

John Harvey Miller and Vincent John Roger Cockriell *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1976: June 22, 23; 1976: October 5.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Murder of policeman while acting in course of his duties — Mandatory sentence of death — Death penalty not cruel and unusual punishment within meaning of s. 2(b) of Canadian Bill of Rights, 1960 (Can.), c. 44 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 214(2), 218(1) (am. 1973, c. 38) — Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1974-75-76, c. 105.

On a joint charge of unlawfully committing "murder punishable by death" in the killing of a policeman while acting in the course of his duties, the two appellants were convicted at trial and sentenced to death pursuant to ss. 214(2) and 218(1) of the *Criminal Code*. On appeal, the majority of the Court of Appeal held, *inter alia*, that the death penalty was not cruel and unusual punishment within the meaning of s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* and that, accordingly, ss. 214(2) and 218(1) of the *Code* were not inoperative by virtue of the application of the said s. 2(b) of the *Bill of Rights*. Following the hearing of the appeals to this Court, the *Criminal Law Amendment Act* (No. 2), 1976, was enacted, whereby, *inter alia*, the death penalty provisions of the *Criminal Code* were repealed. Section 25(2) provides that if "after the coming into force of this Act, an appeal against conviction by a person under a sentence of death upon the coming into force of this Act for murder punishable by death is dismissed, that sentence thereupon becomes a sentence of imprisonment for life for first degree murder without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence." The Act came into force on July 26, 1976.

Held: The appeals should be dismissed.

Per Curiam: Notwithstanding the provisions of the 1976 Act, the question as to whether the death penalty in this case constituted cruel and unusual punishment remained of more than academic importance. If s. 2(b) of the *Bill of Rights* had already had the effect of rendering ss. 214 and 218 inoperative, then these appel-

John Harvey Miller et Vincent John Roger Cockriell *Appellants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1976: les 22 et 23 juin; 1976: le 5 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL D'UNE DÉCISION DE LA COUR D'APPEL
DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Meurtre d'un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions — Sentence de mort impérative — La peine de mort ne constitue pas une peine cruelle ou inusitée au sens du par. 2b) de la Déclaration canadienne des droits, 1960 (Can.), c. 44 — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 214(2), 218(1), (mod. 1973, c. 38) — Loi modifiant le droit pénal (n° 2), 1974-75-76, c. 105.

Conjointement accusés d'avoir illégalement commis un «meurtre punissable de mort» en tuant un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, les deux appelants, à l'issue de leur procès, ont été condamnés à mort conformément aux par. 214(2) et 218(1) du *Code criminel*. En appel, la majorité de la Cour d'appel a statué notamment que la peine de mort ne constitue pas une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et que, en conséquence, les par. 214(2) et 218(1) du *Code* n'étaient pas devenus inopérants en raison de l'application dudit paragraphe 2b) de la *Déclaration des droits*. Après l'audition de ces pourvois par la présente Cour, fut promulguée la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal*, (n° 2) qui a abrogé les dispositions relatives à la peine de mort. Le paragraphe 25(2) prévoit qu'«après l'entrée en vigueur de la présente Loi, toute peine de mort prononcée, avant cette date, pour meurtre punissable de mort est, dès le rejet de tout appel interjeté par le condamné de sa déclaration de culpabilité, commuée en un emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré, assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans». La Loi est entrée en vigueur le 26 juillet 1976.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

La Cour: Malgré les dispositions de la Loi de 1976, la question du caractère cruel et inusité de la peine de mort, en l'espèce, est plus qu'une simple question théorique. Si le par. 2b) de la *Déclaration des droits* avait déjà eu pour effet de rendre inopérants les art. 214 et 218, les appelants n'auraient pas pu être déclarés coupables de

lants could not have been found guilty of "murder punishable by death" and, as the law then stood, the only sentence which could have been imposed would have been one of imprisonment for life under s. 214(3). The question therefore became one of first importance to the appellants because if these appeals were to be allowed rather than dismissed, and if the convictions "for murder punishable by death" were to be quashed, there would be no provision rendering either of the appellants *ineligible* "for parole until he had served twenty-five years of his sentence". Whether or not the appellants were to be denied parole for the first twenty-five years of their sentences therefore depended upon whether or not ss. 214 and 218 of the *Code* were rendered inoperative by s. 2(b) of the *Bill of Rights*.

Per Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ.: Section 5(2) of the *Canadian Bill of Rights* provides for its application to federal law, whether enacted before or after the effective date of the *Bill of Rights*. What is more, the *Bill of Rights* cannot be governed in its interpretation and application by the course of parliamentary legislation, especially post-*Canadian Bill of Rights* legislation. It is rather that the legislation of Parliament falls to be tested as to its operative effect by what the *Bill of Rights* prescribes; otherwise, the *Bill of Rights* becomes merely an interpretation statute, yielding to a contrary intention in legislation measured against it.

It is s. 2 of the *Bill of Rights* which gives force to s. 1 and hence, especially since the prescriptions of s. 2 are stated to be effective "in particular", their import should not be diminished by reference to what is more generally prescribed in s. 1. Section 2(b), therefore, must be considered in its own terms as providing that "no law of Canada should be construed or applied so as to impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment".

Although the words of s. 2(b) have application to methods of punishment, whether the punishment be death or not, they cannot reasonably be limited to methods. It would be patent, for example, that death as a mandatory penalty today for theft would be offensive to s. 2(b). That is because there are social and moral considerations that enter into the scope and application of s. 2(b). Harshness of punishment and its severity in consequences are relative to the offence involved but, that being said, there may still be a question whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency.

The words "cruel and unusual" should not be treated as conjunctive in the sense of requiring a rigidly separate assessment of each word, each of whose meanings must

«meurtre punissable de mort» et, selon la loi en vigueur à l'époque, la seule sentence possible aurait été l'emprisonnement à perpétuité en vertu du par. 214(3). Cette question prend donc une grande importance pour les appelants car, si ces pourvois devaient être accueillis au lieu d'être rejetés et si les déclarations de culpabilité pour «meurtre punissable de mort» devaient être annulées, aucune disposition ne viendrait leur imposer «un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans». La question de savoir si les appelants peuvent ou non obtenir une libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans de leur sentence dépend donc de l'effet du par. 2b) de la *Déclaration des droits* sur les anciens art. 214 et 218 du *Code*.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson: Aux termes de son par. 5(2), la *Déclaration canadienne des droits* s'applique à la législation fédérale édictée, avant ou après son entrée en vigueur. En outre, l'interprétation et l'application de la *Déclaration des droits* ne peuvent dépendre de l'évolution de la législation et surtout pas des lois adoptées après la *Déclaration canadienne des droits*. En fait, c'est l'effet des lois du Parlement qui doit être analysé au vu des dispositions de la *Déclaration des droits*; autrement, cette dernière ne constituerait qu'une simple loi d'interprétation et resterait inopérante devant une loi à l'effet contraire.

C'est l'art. 2 de la *Déclaration des droits* qui donne toute sa force à l'art. 1 et, puisque l'art. 2 précise que ces dispositions s'appliquent «en particulier», on ne peut diminuer leur portée en les interprétant en fonction des dispositions plus générales de l'art. 1. Il faut donc étudier le libellé du par. 2b) selon lequel «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition».

Même si les termes du par. 2b) se reportent aux méthodes d'exécution, qu'il s'agisse de peine de mort ou non, ils ne peuvent s'appliquer uniquement à ces méthodes d'exécution. Il est évident que, si de nos jours, on imposait obligatoirement la peine de mort dans les cas de vol, ce serait contraire aux dispositions du par. 2b), en raison des considérations morales et sociales qui influencent la portée et l'application de ce paragraphe. La dureté d'une peine et la sévérité de ses conséquences sont fonction de l'infraction commise. Ceci dit, on peut encore se demander si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.

Les mots «cruel et inusité» ne doivent pas être considérés comme conjonctifs, en ce sens qu'il faudrait faire une analyse rigoureusement autonome de chaque mot et que

be met before they become effective against challenged legislation, but rather as interacting expressions colouring each other, so to speak, and hence to be considered together as a compendious expression of a norm.

The four grounds of challenge to the death penalty offered by the appellants were respectively, that (1) it is unusually severe and hence degrading to human dignity and worth; (2) it is arbitrarily imposed; (3) it is not acceptable to a large segment of the population and (4) it is excessive in that it cannot be shown that it has had any deterrent effect on murder that would not be realized by a punishment that was not so final. Grounds (2) and (3) were completely without merit, and grounds (1) and (4) must also be rejected. The mandatory death penalty for the murder of a policeman or a prison guard is not cruel and unusual punishment within s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ.: The effect of s. 2(b) of the *Bill of Rights* must be considered in the light of s. 1. The declaration of the right of the individual not to be deprived of life which is contained in s. 1(a) is clearly qualified by the words "except by due process of law", which appear to contemplate a process whereby an individual *may* be deprived of life. At the time when the *Bill of Rights* was enacted there did not exist and had never existed in Canada the right not to be deprived of life in the case of an individual who had been convicted of "murder punishable by death" by the duly recorded verdict of a properly instructed jury; the "existing right" guaranteed by s. 1(a) can only relate to individuals who have not undergone the process of such a trial and conviction.

Accepting the proposition that s. 2 did not create new rights, it cannot be that Parliament intended to create anew the absolute right not to be deprived of life under any circumstances by providing that no law of Canada was to be applied so as "to impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment". If so construed the section would prevent the infringement of a right which had never existed and would thus run contrary to the purpose for which it was enacted.

The fact that Parliament has on three occasions since the enactment of the *Bill of Rights* seen fit to retain the death penalty as part of the *Criminal Code* constitutes strong evidence that it had never intended that the word "punishment" as employed in s. 2(b) should preclude punishment by death in the case of an individual who has been duly convicted of murder. If it were otherwise

le sens de chacun d'eux doit s'appliquer au cas en litige pour que cette disposition ait quelque effet sur la législation contestée. Il s'agit plutôt de termes qui se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme.

Les appelants soulèvent les quatre moyens suivants pour contester la peine de mort: (1) c'est une peine exceptionnellement sévère et elle est en conséquence inhumaine et dégradante; (2) elle est imposée de façon arbitraire; (3) une grande partie de la population la considère inacceptable et (4) elle est excessive puisqu'on ne peut établir qu'elle a un effet plus dissuasif que des peines moins «définitives» qui seraient imposées pour les meurtres. Les deuxième et troisième moyens sont irrecevables, et les moyens (1) et (4) doivent être rejetés. L'imposition de la peine de mort pour le meurtre d'un policier ou d'un gardien de prison n'est pas une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré: L'effet du par. 2b) de la *Déclaration des droits* doit être examiné à la lumière de l'art. 1. La déclaration du droit de l'individu de ne pas être privé de la vie au par. 1a), est nettement restreinte par l'expression «[sauf] par l'application régulière de la loi» et cette expression semble envisager une procédure par laquelle un individu peut être privé de la vie. À l'époque de l'adoption de la *Déclaration des droits*, le droit de l'individu de ne pas être privé de la vie, après une condamnation pour «meurtre punissable de mort», en conformité d'un verdict dûment prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, n'existait pas et n'avait jamais existé au Canada; le «droit existant» garanti au par. 1a) ne peut viser que les individus condamnés sans procès régulier.

Si l'on admet que l'art. 2 n'a pas créé de nouveaux droits, il faut conclure que le Parlement n'avait pas l'intention de créer le droit absolu de ne pas être privé de la vie, quelles que soient les circonstances, lorsqu'il a édicté que nulle loi du Parlement ne devait s'appliquer comme «infligeant des peines ou traitements cruels ou inusités, ou comme en autorisant l'imposition». Interprété de la sorte, l'article empêcherait la transgression d'un droit qui n'a jamais existé et aurait ainsi un effet contraire à son but.

Le fait que le Parlement ait jugé à propos, à trois reprises depuis la promulgation de la *Déclaration des droits*, de maintenir la peine de mort dans le *Code criminel* indique clairement qu'il n'avait jamais eu l'intention, en employant le mot «peine», au par. 2b), de rendre impossible l'imposition de la peine de mort dans le cas d'un individu régulièrement déclaré coupable de

it would mean in light of s. 5(2) that the provisions for punishment by death contained in the amendments had been rendered inoperative in advance of their enactment. That proposition could not be accepted.

Accordingly, the "cruel and unusual treatment or punishment" referred to in s. 2(b) of the *Bill of Rights* does not include punishment by death for murder and it was neither the intention nor the effect of that section to render inoperative the death penalty provisions of the *Criminal Code*.

The words "cruel and unusual" as they are employed in s. 2(b) are to be read conjunctively and refer to "treatment or punishment" which is both cruel and unusual. The death penalty for murder cannot be said to be unusual punishment in the ordinary accepted meaning of that word.

Per Beetz J.: It was unnecessary, for the purpose of this case, to decide whether or not s. 2 of the *Bill of Rights* creates new rights or is subordinate to s. 1. However, as stated by Ritchie J., s. 1 throws some light on s. 2, and the words "cruel and unusual" in s. 2(b) are to be read conjunctively and refer to "treatment or punishment" which is both cruel and unusual and punishment by death for murder is not contrary to s. 2(b).

[*Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *A.-G. of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *R. v. Burnshine*, [1975] S.C.R. 693; *A.-G. of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; *Runyowa v. The Queen*, [1966] 1 All E.R. 633; *Furman v. Georgia* (1972), 408 U.S. 238; *Gregg v. Georgia* (1976), 44 U.S. LW 5230; *Woodson and Waxton v. North Carolina* (1976), 44 U.S. LW 5267; *Jurek v. Texas* (1976), 44 U.S. LW 5262; *Roberts v. Louisiana* (1976), 44 U.S. LW 5281, referred to.]

Criminal law — Joint charge — Failure of defence by one accused of abandonment of intention to associate himself with criminal purpose before crime committed — Errors alleged in conduct of trial — No substantial wrong or miscarriage of justice — Application of s. 613(1)(b)(iii) of Criminal Code.

[*R. v. Whitehouse*, [1941] 1 W.W.R. 112; *R. v. Côté*, [1964] S.C.R. 358; *R. v. Black*, [1966] 1 O.R. 683; *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633; *Ambrose v. The Queen* (1976), 30 C.C.C. (2d) 97, referred to.]

meurtre. S'il en était autrement, cela signifierait, compte tenu du par. 5(2), que les dispositions des modifications prévoyant la peine de mort étaient inopérantes avant même leur entrée en vigueur. On ne peut souscrire à cette thèse.

En conséquence, les «peines ou traitements cruels et inusités» mentionnés au par. 2b) de la *Déclaration des droits* n'incluent pas la peine de mort et ce paragraphe ne vise pas à rendre inopérantes les dispositions du *Code criminel* prévoyant la peine de mort et il n'a pas cet effet.

Les adjectifs «cruels et inusités» au par. 2b) doivent être pris conjonctivement et se rapportent aux «peines ou traitements» qui sont à la fois cruels et inusités. On ne peut prétendre que la peine de mort pour meurtre constitue une peine «inusitée» au sens ordinaire de ce terme.

Le juge Beetz: Il n'est pas nécessaire, aux fins de ce pourvoi, de se prononcer sur la question de savoir si l'art. 2 de la *Déclaration des droits* crée de nouveaux droits, ni sur la question de savoir si l'art. 1 doit prévaloir. Cependant, comme l'a dit le juge Ritchie, l'art. 1 jette de la lumière sur l'art. 2 et les mots «cruels et inusités» au par. 2b) doivent être pris en conjonction et qualifient les mots «traitement ou peine» qui sont à la fois cruels et inusités et la peine de mort pour meurtre n'enfreint pas le par. 2b).

[Arrêts mentionnés: *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *P.G. du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Burnshine*, [1975] R.C.S. 693; *P.G. du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *Runyowa c. La Reine*, [1966] 1 All E.R. 633; *Furman v. Georgia* (1972), 408 U.S. 238; *Gregg v. Georgia* (1976), 44 U.S. LW 5230; *Woodson and Waxton v. North Carolina* (1976), 44 U.S. LW 5267; *Jurek v. Texas* (1976), 44 U.S. LW 5262; *Roberts v. Louisiana* (1976), 44 U.S. LW 5281.]

Droit criminel — Accusation conjointe — Un des accusés n'a pas réussi à établir qu'il avait effectivement abandonné l'intention de participer à la réalisation de la fin criminelle avant la perpétration du crime — Prétendues erreurs dans la conduite du procès — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire — Application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du Code criminel.

[Arrêts mentionnés: *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 W.W.R. 112; *R. c. Côté*, [1964] R.C.S. 358; *R. v. Black*, [1966] 1 O.R. 683; *Brooks c. Le Roi*, [1927] R.C.S. 633; *Ambrose c. La Reine* (1976), 30 C.C.C. (2d) 97.]

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing the appeals of the appellants from their conviction on a joint charge of unlawfully committing "murder punishable by death". Appeals dismissed.

T. L. Robertson, for the appellant, John Harvey Miller.

J. Wood and *J. B. Clarke*, for the appellant, Vincent John Roger Cockriell.

F. J. Rowan and *H. Foster*, for the respondent.

E. L. Greenspan, for the intervenant, Canadian Civil Liberties Association.

W. G. Burke-Robertson, Q.C., for the intervenant, Attorney General of Newfoundland.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Dickson J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This Court is confronted for the first time with a contention that the death penalty, mandatorily imposed in this case on the two appellants upon their conviction of the murder of a policeman, is cruel and unusual punishment within s. 2 (b) of the *Canadian Bill of Rights* and that, consequently, s. 218 (1) of the *Criminal Code*, which prescribes that punishment, must yield to the overriding provisions of s. 2 (b). If the appellants should succeed in their contention, the result would be that capital murder, that is murder for which the punishment is death, could not be retained or included as part of Canadian criminal law so long as s. 2 (b) of the *Canadian Bill of Rights* was applicable; and we would and could have only non-capital murder, punishable now by life imprisonment as a mandatory penalty.

It is mere coincidence that on the very day on which the hearing of this appeal commenced the House of Commons gave second reading to a bill to abolish capital punishment. The bill was subsequently passed into law; and although the result is that the two accused, if their convictions are upheld by the rejection of all grounds of appeal urged against them, will not be liable to execution,

¹ [1975] 6 W.W.R. 1, 63 D.L.R. (3d) 193, 33 C.R.N.S. 129, 24 C.C.C. (2d) 401.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, rejetant les appels interjetés par les appelants de leur déclaration de culpabilité sur l'accusation conjointe d'avoir illégalement commis un «meurtre punissable de mort». Pourvois rejetés.

T. L. Robertson, pour l'appelant, John Harvey Miller.

J. Wood et *J. B. Clarke*, pour l'appelant, Vincent John Roger Cockriell.

F. J. Rowan et *H. Foster*, pour l'intimée.

E. L. Greenspan, pour l'intervenante, Canadian Civil Liberties Association.

W. G. Burke-Robertson, c.r., pour l'intervenant, le procureur général de Terre-Neuve.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Dickson a été prononcé par

LE JUGE EN CHEF—On allègue pour la première fois devant cette Cour que la peine de mort, imposée de façon impérative aux deux appelants condamnés pour le meurtre d'un policier, constitue une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et qu'en conséquence ce paragraphe doit prévaloir sur le par. 218(1) du *Code criminel*, qui prévoit cette peine, et le rendre ainsi inopérant. Si les appelants ont gain de cause, le meurtre qualifié punissable de mort ne pourra donc plus faire partie du droit pénal canadien tant que le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* sera en vigueur; il ne restera alors que le meurtre non qualifié punissable, de façon impérative, d'emprisonnement à perpétuité.

C'est par pure coïncidence que le jour même du début de l'audition de ce pourvoi, la Chambre des communes a passé en deuxième lecture un projet de loi sur l'abolition de la peine de mort et l'a par la suite adopté; en conséquence même si les déclarations de culpabilité des accusés sont maintenues après rejet de tous les moyens d'appel, ils ne pourront pas être exécutés. Cela n'empêche toute-

¹ [1975] 6 W.W.R. 1, 63 D.L.R. (3d) 193, 33 C.R.N.S. 129, 24 C.C.C. (2d) 401.

that does not foreclose this Court from considering the question whether the *Canadian Bill of Rights* precludes the operation of federal legislation making it mandatory to sentence to death a person or persons convicted of killing policemen or prison guards acting in the course of their duties, as provided by ss. 214 (2) and 218 (1) of the *Criminal Code*, provisions which have now been superseded by amending legislation. I have nothing to add to what my brother Ritchie has said about the effect of the abolition legislation on the position of the two appellants.

We are not concerned here with the method of execution, which in this country has been by hanging, no argument having been addressed to it; nor are we concerned directly with whether the sentences herein would have been carried out or would have been commuted, as have other death sentences for more than the past decade. The issue is whether federal legislation may authorize the imposition of the penalty of death for the murder of policemen or prison guards in the face of the proscription of the *Canadian Bill of Rights* against "the imposition of cruel and unusual treatment or punishment". It is patent to me that if such a penalty cannot properly be authorized and imposed (that is, in the absence of a parliamentary declaration in avoidance of the application of the *Canadian Bill of Rights*) for the murder of policemen and prison guards, I am unable to appreciate how it can be authorized and imposed in respect of the murder of anyone else, whatever the status or position of that person.

I have had the advantage of seeing the reasons prepared by my brother Ritchie in which he takes a view of s. 1 of the *Canadian Bill of Rights* that subordinates s. 2 to that opening declaratory section, with the result (having regard to the provisions enacted by Parliament touching culpable homicide since the enactment of the *Canadian Bill of Rights* in 1960) that he finds that the word "punishment" could not have been intended to exclude the penalty of death for murder.

My approach is different, although I come to the same conclusion as does my brother Ritchie that it is not offensive to s. 2 (b) of the *Canadian Bill of Rights* to prescribe the death penalty as a

fois pas la Cour de se prononcer sur la question de savoir si la *Déclaration canadienne des droits* rend inopérante une loi fédérale imposant la peine de mort à des personnes déclarées coupables de meurtre d'un policier ou d'un gardien de prison dans l'exercice de ses fonctions, aux termes des par. 214(2) et 218(1) du *Code criminel*, maintenant abrogés par le texte modificatif. Je n'ai rien à ajouter à ce qu'a dit mon collègue le juge Ritchie sur l'effet de l'abolition de la peine de mort à l'égard des deux appelants.

Nous n'avons pas à envisager ici la question de la méthode d'exécution, en l'occurrence la pendaison, car les plaidoiries n'ont pas traité de ce point; nous ne nous demanderons pas non plus si les sentences prononcées en l'espèce auraient été exécutées ou commuées comme l'ont été toutes les peines de mort depuis plus de 10 ans. Il s'agit en fait de déterminer si une loi fédérale peut autoriser l'imposition de la peine de mort dans les cas de meurtres de policiers ou de gardiens de prison, sans enfreindre la *Déclaration canadienne des droits* qui prohibe l'imposition de «peines ou traitements cruels et inusités». Il est à mon avis évident que si une telle peine ne peut être valablement autorisée et imposée (en l'absence d'une déclaration du Parlement écartant la *Déclaration canadienne des droits*), dans le cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison, je ne vois pas comment elle pourrait l'être pour le meurtre d'une autre personne quel que soit son état ou sa situation.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Ritchie. Il considère que l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* assujettit l'art. 2 à cette disposition introductive et estime (compte tenu des dispositions relatives à l'homicide coupable adoptées par le Parlement depuis la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits* en 1960) que le mot «peine» ne peut viser à exclure la peine de mort dans le cas de meurtre.

Comme mon collègue le juge Ritchie, je conclus que l'imposition de la peine de mort dans le cas de meurtre d'un policier ou d'un gardien de prison

punishment to be mandatorily imposed for the murder of a policeman or prison guard.

Section 5(2) of the *Canadian Bill of Rights* provides for its application to federal law, whether enacted before or after the effective date of the *Canadian Bill of Rights*, and this Court has acted on this provision to test the operative effect of federal legislation in the face of the *Canadian Bill of Rights* although enacted subsequent to it: see, for example, *Brownridge v. The Queen*²; and *cf. Curr v. The Queen*³, at p. 893. What is more, it seems to me that the *Canadian Bill of Rights* cannot be governed in its interpretation and application by the course of parliamentary legislation, especially post-*Canadian Bill of Rights* legislation. It is rather that the legislation of Parliament falls to be tested as to its operative effect by what the *Canadian Bill of Rights* prescribes; otherwise, the *Canadian Bill of Rights* becomes merely an interpretation statute, yielding to a contrary intention in legislation measured against it. This Court rejected such an approach in its majority judgment in the *Drybones*⁴ case, and it reaffirmed its rejection of that approach in both the majority and minority judgments in *Hogan v. The Queen*⁵.

Although this moves the problem of the application of the *Canadian Bill of Rights* to a common plane, it by no means determines the scope of its application, nor its force in particular cases. Such decisions of this Court as *Attorney-General of Canada v. Lavell*⁶; *R. v. Burnshine*⁷, and *Attorney-General of Canada v. Canard*⁸, show this in no uncertain fashion.

I take the same view here as I expressed in the majority judgment of this Court in *Curr v. The Queen*⁹, at p. 896, that is, that it is s. 2 of the *Canadian Bill of Rights* which gives force to s. 1

n'enfreint pas le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, mais mon raisonnement diffère.

Aux termes de son par. 5(2), la *Déclaration canadienne des droits* s'applique à la législation fédérale édictée avant ou après son entrée en vigueur et cette Cour s'est fondée sur cette disposition pour déterminer l'applicabilité de lois fédérales contestées, eu égard à la *Déclaration canadienne des droits*, même si elles avaient été édictées après son entrée en vigueur: voir par exemple, *Brownridge c. La Reine*²; *cf. Curr c. La Reine*³, à la p. 893. En outre, je suis d'avis que l'interprétation et l'application de la *Déclaration canadienne des droits* ne peuvent dépendre de l'évolution de la législation et surtout pas des lois adoptées après la *Déclaration canadienne des droits*. En fait, c'est l'effet des lois du Parlement qui doit être analysé au vu des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*; autrement, cette dernière ne constituerait qu'une simple loi d'interprétation et resterait inopérante devant une loi à l'effet contraire. La Cour a rejeté un tel raisonnement dans son jugement rendu à la majorité dans *Drybones*⁴, et tant la majorité de la Cour que les juges en dissidence l'ont de nouveau rejeté dans *Hogan c. La Reine*⁵.

La Cour a ainsi ramené le problème de l'application de la *Déclaration canadienne des droits* à un dénominateur commun, sans pour autant avoir défini son champ d'application ni son effet dans certains cas particuliers. Les jugements de cette Cour dans *Le Procureur général du Canada c. Lavell*⁶, *R. c. Burnshine*⁷, et *Le Procureur général du Canada c. Canard*⁸, le démontrent de façon évidente.

Je maintiens l'opinion que j'ai exprimée dans le jugement rendu à la majorité par cette Cour dans *Curr c. La Reine*⁹, à la p. 896: c'est l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* qui donne toute

² [1972] S.C.R. 926.

³ [1972] S.C.R. 889.

⁴ [1970] S.C.R. 282.

⁵ [1975] 2 S.C.R. 574.

⁶ [1974] S.C.R. 1349.

⁷ [1975] S.C.R. 693.

⁸ [1976] 1 S.C.R. 170.

⁹ [1972] S.C.R. 889.

² [1972] R.C.S. 926.

³ [1972] R.C.S. 889.

⁴ [1970] R.C.S. 282.

⁵ [1975] 2 R.C.S. 574.

⁶ [1974] R.C.S. 1349.

⁷ [1975] R.C.S. 693.

⁸ [1976] 1 R.C.S. 170.

⁹ [1972] R.C.S. 889.

and hence, especially since the prescriptions of s. 2 are stated to be effective "in particular", I would not diminish their import by reference to what is more generally prescribed in s. 1. I turn, therefore, to a consideration of s. 2 (b) in its own terms as providing that "no law of Canada shall be construed or applied so as to impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment".

In the original draft bill, introduced in 1958 and superseded by a revised draft in 1960 (after being left for public examination for more than a year), the forerunner of s. 2(b) was a reproduction of s. 4(2) of the *Universal Declaration of Human Rights* which forbids "the imposition of torture, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment". A similar provision was found in the constitution of Southern Rhodesia of 1961 and was the subject of consideration by the Privy Council in *Runyowa v. Reginam*¹⁰, on appeal from a judgment of the Federal Supreme Court of the then Federation of Rhodesia and Nyasaland. The Privy Council was of the opinion that the formulation in the then Southern Rhodesian Constitution was manifestly different from the "cruel and unusual punishment" provisions of the American Constitution and that, accordingly, American decisions, to which the Privy Council was referred, although helpful, were not directly enough in point in respect of the different conceptions involved in the Southern Rhodesian provisions.

In the particular case, the Judicial Committee, affirming the Federal Supreme Court, concluded that the mandatory death penalty imposed upon a person convicted of complicity in arson did not offend the Constitution, having regard particularly to a qualifying provision that "nothing ... done under the authority of any written law shall be held to be ... in contravention of this section [forbidding torture or inhuman or degrading punishment or other treatment] to the extent that the law in question authorizes the doing of anything by way of punishment or other treatment which might lawfully have been so done in Southern Rhodesia immediately before the appointed day". It is obvious that this decision, having regard to its

sa force à l'art. 1 et, en conséquence, puisque l'art. 2 précise que ses dispositions s'appliquent «en particulier», je ne diminuerai pas leur portée en les interprétant en fonction des dispositions plus générales de l'art. 1. Je vais donc étudier le libellé du par. 2b) selon lequel «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition».

Dans l'avant-projet de loi initial, présenté en 1958 et remplacé par un projet modifié en 1960, (après avoir été soumis au public pendant plus d'un an), le par. 2b) reprenait les termes du par. 4(2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui dispose que «nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants». La Constitution de 1961 de la Rhodésie du sud contient une disposition semblable qui a été examinée par le Conseil privé dans *Runyowa v. Reginam*¹⁰, en appel d'un jugement de la Cour suprême fédérale de l'ancienne fédération de la Rhodésie et du Nyassaland. Le Conseil privé a jugé que le libellé de la Constitution de l'ancienne Rhodésie du sud était foncièrement différent des dispositions relatives aux «peines cruelles et inusitées» dans la Constitution américaine et qu'en conséquence, la jurisprudence américaine invoquée devant le Conseil privé, tout en étant utile, n'était pas vraiment pertinente puisque la Constitution de la Rhodésie du sud reposait sur des concepts différents.

Dans cette affaire, le Comité judiciaire, confirmant l'arrêt de la Cour suprême fédérale de la Rhodésie, a conclu que les dispositions imposant obligatoirement la peine de mort à toute personne déclarée coupable de complicité avec un incendiaire, n'enfreignaient pas la Constitution, puisque celle-ci prévoyait expressément que [TRADUCTION] «tout acte ... accompli sous l'autorité d'une loi écrite sera réputé ... fait en conformité de cette partie [qui interdit la torture, les peines et autres traitements inhumains et dégradants] si la loi en cause autorise l'imposition d'une peine ou d'un traitement qui était légal en Rhodésie du sud immédiatement avant la date d'entrée en vigueur de la loi». Il est évident que cette décision, vu le

¹⁰ [1966] 1 All E.R. 633.

¹⁰ [1966] 1 All E.R. 633.

foundation, can be of no assistance in the present case.

In its present formulation, s. 2(b) is in the language of the *English Bill of Rights* of 1688 and of the eighth amendment to the American Constitution. Although the words have application to methods of punishment, whether the punishment be death or not, and there are indications that this was what they were aimed at when originally adopted in England and in the United States, they cannot reasonably be limited to methods, which at one time in history included decapitation, disembowelling and drawing and quartering. It would be patent to me, for example, that death as a mandatory penalty today for theft would be offensive to s. 2(b). That is because there are social and moral considerations that enter into the scope and application of s. 2(b). Harshness of punishment and its severity in consequences are relative to the offence involved but, that being said, there may still be a question (to which history too may be called in aid of its resolution) whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency. This is not a precise formula for s. 2(b), but I doubt whether a more precise one can be found.

Two main submissions were made by the appellants and by the intervenor Canadian Civil Liberties Association on the proper approach to the words "cruel and unusual punishment". They supported the view expressed by McIntyre J.A. in dissent that the words should be treated disjunctively, a construction which would strengthen their sterilizing effect upon s. 218(1) and allied provisions of the *Criminal Code*. However, in the course of the oral argument, counsel for the appellants stated that they would not insist on a disjunctive interpretation, in effect abandoning that point.

McIntyre J.A., in stating that the words should be given a disjunctive meaning, invoked American judicial decisions and academic writings on those decisions to support that view. Robertson J.A., who spoke for the other four members of the five judge Court assumed for the sake of argument (as he said) that hanging is cruel punishment, and then proceeded to consider whether death as pun-

texte sur lequel elle se fonde, ne peut être d'aucune utilité en l'espèce.

Le paragraphe 2b) actuel reprend le libellé du *Bill of Rights* anglais de 1688 et du huitième amendement de la Constitution américaine. Même si ces textes se rapportent aux méthodes d'exécution, qu'il s'agisse de peine de mort ou non, et l'on peut penser que c'était effectivement le but visé lors de leur adoption initiale en Angleterre et aux États-Unis, ils ne peuvent s'appliquer uniquement aux méthodes d'exécution qui autrefois comprenaient la décapitation, l'éventration et l'écartèlement. Il est à mon sens évident que si de nos jours, on imposait obligatoirement la peine de mort dans les cas de vol, ce serait contraire aux dispositions du par. 2b), en raison des considérations morales et sociales qui influencent la portée et l'application de ce paragraphe. La dureté d'une peine et la sévérité de ses conséquences sont fonction de l'infraction commise. Ceci dit, on peut encore se demander (et, à ce sujet, l'histoire peut nous être de quelque utilité) si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Ce n'est pas une définition bien précise du par. 2b), mais je doute que l'on puisse faire mieux.

Les appelants et l'intervenante, la Canadian Civil Liberties Association, ont avancé deux arguments principaux à l'égard de l'interprétation des mots «peines cruelles et inusitées». Ils appuient l'opinion dissidente du juge McIntyre selon laquelle ces mots devraient être pris séparément; une telle interprétation renforcerait leur effet neutralisant sur le par. 218(1) et les dispositions connexes du *Code criminel*. Cependant, au cours des plaidoiries, les avocats des appelants ont déclaré qu'ils n'insisteraient pas sur l'interprétation disjunctive des dispositions et ils n'ont pas plaidé ce point.

Pour appuyer son interprétation disjunctive de ces mots, le juge McIntyre a eu recours à la jurisprudence américaine et aux commentaires s'y rapportant. Quant au juge Robertson, qui a rendu le jugement au nom des quatre autres juges d'une formation de cinq juges, il a d'abord présumé aux fins de la discussion que la pendaison constituait une peine cruelle et s'est ensuite

ishment for murder was "unusual". He concluded, having regard to the fact that death was the punishment for murder in England from time immemorial and that it was known in Canada before Confederation and had been continuously prescribed since then, that it could not be considered "unusual" within s. 2(b), notwithstanding the consistent practice of commutation by the federal Cabinet since 1962. It is clear that Robertson J.A. looked upon the key words of s. 2(b) as being conjunctive. Earlier in his reasons on the effect of the *Canadian Bill of Rights* he concluded that because of differences in methods of interpretation and in permissible resort to extrinsic material in the construction of the American Constitution and of the Canadian statutory *Bill of Rights*, he did not find American decisions relevant.

At the time that he wrote, the leading American decision was *Furman v. Georgia*¹¹, and indeed this was still the leading decision at the time that this Court heard the present appeal. Shortly after the hearing, a number of other judgments on the question of the compatibility of the death penalty with the eighth (and through it with the fourteenth) amendment were handed down by the Supreme Court of the United States, among them *Gregg v. Georgia*¹² and *Woodson and Waxton v. North Carolina*¹³. There were three companion cases to these two, of which I would mention *Jurek v. Texas*¹⁴ and *Roberts v. Louisiana*¹⁵, principally because of the dissenting reasons of White J. in this last-mentioned case.

The various judgments in the Supreme Court of the United States, which I would not discount as being irrelevant here, do lend support to the view that "cruel and unusual" are not treated there as conjunctive in the sense of requiring a rigidly separate assessment of each word, each of whose meanings must be met before they become effective against challenged legislation, but rather as

demandé si la peine de mort imposée dans le cas d'un meurtre était «inusitée». Il a conclu que puisque la peine de mort pour meurtre existait en Angleterre depuis des temps immémoriaux et qu'elle existait au Canada avant la Confédération et qu'elle n'a cessé de faire partie de notre droit depuis, elle ne pouvait pas être considérée comme «inusitée» au sens du par. 2b), et ce, nonobstant la pratique constante du Cabinet depuis 1962 de commuer les peines. Le juge Robertson a de toute évidence considéré les mots clé du paragraphe comme conjonctifs. Quant à l'effet de la *Déclaration canadienne des droits*, il avait précédemment conclu dans ses motifs qu'il existe de telles différences, tant dans les méthodes d'interprétation que dans le recours possible à des documents extrinsèques, pour interpréter la Constitution américaine et le texte législatif de la *Déclaration canadienne des droits*, que la jurisprudence américaine n'est pas pertinente.

A l'époque où il écrivait, l'arrêt américain faisant autorité était *Furman v. Georgia*¹¹, et c'était toujours le cas lorsque la Cour a entendu le présent pourvoi. Peu de temps après l'audition en l'espèce, la Cour suprême des États-Unis a rendu plusieurs arrêts relatifs à la compatibilité de la peine de mort avec le huitième amendement (et, par voie de conséquence, avec le quatorzième); je mentionne à ce titre *Gregg v. Georgia*¹² et *Woodson and Waxton v. North Carolina*¹³. Ces deux arrêts étaient accompagnés de trois autres, en particulier *Jurek v. Texas*¹⁴ et *Roberts v. Louisiana*¹⁵; je retiens ce dernier à cause des motifs en dissidence du juge White.

Ces jugements de la Cour suprême des États-Unis, que je considère au moins devoir être pris en considération, appuient l'opinion que les mots «cruel et inusité» ne doivent pas être considérés comme conjonctifs, en ce sens qu'il faudrait faire une analyse rigoureusement autonome de chaque mot et que le sens de chacun d'eux doit s'appliquer au cas en litige pour que cette disposition ait

¹¹ (1972), 408 U.S. 238.

¹² (1976), 44 U.S. LW 5230.

¹³ (1976), 44 U.S. LW 5267.

¹⁴ (1976), 44 U.S. LW 5262.

¹⁵ (1976), 44 U.S. LW 5281.

¹¹ (1972), 408 U.S. 238.

¹² (1976), 44 U.S. LW 5230.

¹³ (1976), 44 U.S. LW 5267.

¹⁴ (1976), 44 U.S. LW 5262.

¹⁵ (1976), 44 U.S. LW 5281.

interacting expressions colouring each other, so to speak, and hence to be considered together as a compendious expression of a norm. I think this to be a reasonable appraisal, in line with the duty of the Court not to whittle down the protections of the *Canadian Bill of Rights* by a narrow construction of what is a quasi-constitutional document.

Since we are concerned here with a situation where the death penalty is mandatory, I need not embark on any consideration of questions of uneven application of authorized punishments or questions of discretionary, arbitrary or capricious application of the death penalty. It cannot be argued that arbitrariness or capriciousness resides in the limitation of the death penalty to the murder of policemen and prison guards, persons who are specially entrusted with the enforcement of the criminal law and with the custody and supervision of convicted persons. The progressive restriction of the situations in which the death penalty could be imposed in this country (prior to its recent abolition for civil as opposed to military offences, with which we are not here concerned), does not point to an erratic imposition when it was mandatory in the narrow classes of cases for which it was authorized.

In *Furman v. Georgia*, only two members of the Supreme Court of the United States, Brennan and Marshall JJ., were of the opinion that the death penalty was *per se* unconstitutional, and they adhered to this view in the two recent cases of *Gregg v. Georgia* and *Woodson and Waxton v. North Carolina*. The other three members of the Court, who with Justices Brennan and Marshall formed the majority in the five to four *Furman* decision, based themselves on the view that there was a broad discretion given to the jury as the sentencing tribunal to impose the death penalty or not for several crimes (which varied as among different states), and this discretion, not clearly guided by legislative direction, resulted in discriminatory and wanton and even freakish sentencing which was, moreover, so infrequent in relation to the number of cases in which it could have been

quelque effet sur la législation contestée. Il s'agit plutôt de termes qui se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme. C'est à mon avis une interprétation raisonnable conforme au devoir de la Cour de ne pas diminuer la protection offerte par la *Déclaration canadienne des droits* en interprétant de façon restrictive ce document quasi constitutionnel.

Puisque la peine de mort est obligatoire dans le cas qui nous occupe, je ne mentionnerai pas la question de l'application inégale des peines autorisées, ni la question de l'application discrétionnaire, arbitraire ou inconséquente de la peine de mort. On ne peut dire que la limitation de la peine de mort aux seuls meurtres de policiers et de gardiens de prison, personnes précisément chargées de faire respecter le droit pénal et préposées à la garde et à la surveillance des condamnés, est arbitraire ou inconséquente. La diminution graduelle des cas dans lesquels la peine de mort pouvait être imposée dans notre pays (jusqu'à sa récente abolition pour les infractions civiles, par opposition aux infractions militaires dont il n'est pas question en l'espèce), ne fait pas ressortir que lorsqu'elle était obligatoire pour les infractions relevant de catégories restreintes, elle était imposée de façon désordonnée.

Dans *Furman v. Georgia*, deux membres seulement de la Cour suprême des États-Unis, les juges Brennan et Marshall, étaient d'avis que la peine de mort était intrinsèquement inconstitutionnelle et ils ont maintenu leur opinion dans *Gregg v. Georgia* et dans *Woodson and Waxton v. North Carolina*. Les trois autres membres de la Cour qui ont formé la majorité avec les juges Brennan et Marshall dans *Furman*, arrêt rendu à cinq contre quatre, se sont fondés sur l'opinion que le jury, en tant que tribunal prononçant la sentence, dispose d'un grand pouvoir discrétionnaire pour décider d'imposer ou non la peine de mort pour certains crimes (ce qui varie selon les États). Ce pouvoir discrétionnaire, ont-ils souligné, qui n'est pas guidé par des directives législatives, donne lieu à des sentences discriminatoires, inconséquentes et même surprenantes et à des condamnations telle-

imposed as to make any particular death sentence cruel and unusual.

I pause here to draw attention to two important differences, relevant in this case, between Canadian and American criminal law. First, there is one *Criminal Code* for the whole of Canada; the criminal law is within exclusive federal jurisdiction, unlike the case in the United States where it is, in general, within state jurisdiction and hence varies from state to state. Second, there is no provision in Canadian criminal law for sentencing by juries. It appears to me that the reproach of arbitrariness and capriciousness in sentencing, which was considered in the *Furman* case, embraced also an issue of equality before the law when related to the alleged randomness of jury practices in dealing with the death penalty. Even so, four members of the Court in the *Furman* case were of the opinion that the death penalty was not cruel and unusual punishment, although wide discretionary authority was vested in juries to impose it.

In its recent judgment in *Gregg v. Georgia*, the Supreme Court of the United States not only dealt with the question whether the death penalty is *per se* unconstitutional, and determined, with only Justices Brennan and Marshall dissenting on this point, that it was not, but it also dealt with the validity of new Georgia legislation designed to overcome the infirmities that were present in the legislation reviewed in the *Furman* case. On this point too the Court was of opinion, the two dissents being *a fortiori* on the matter, that Georgia's new scheme had adequate standards for the jury as sentencing tribunal, especially when its determinations were subject to scrutiny and review by the Georgia Supreme Court as to whether, *inter alia*, a death sentence was excessive or disproportionate as compared with the disposition of similar cases, having regard to the crime and to the accused.

It was on the *per se* position of Justice Brennan that the appellants in the present case particularly relied and, no doubt, they would have invoked the majority judgment of the Supreme Court of the United States in *Woodson and Waxton v. North*

ment rares par rapport au nombre de cas où elles auraient pu être imposées, qu'elles rendent la peine de mort cruelle et inusitée.

Je m'arrête pour souligner deux différences importantes, et pertinentes en l'espèce, entre le droit pénal canadien et américain. Premièrement, il existe un seul *Code criminel* applicable à tout le Canada; à la différence du droit pénal américain, qui relève des États et varie de l'un à l'autre, le droit pénal canadien relève exclusivement du pouvoir législatif fédéral. Deuxièmement, en droit pénal canadien, les jurés ne prononcent pas les sentences. Il me semble que lorsqu'on s'attaque dans *Furman* au caractère arbitraire des sentences, il s'agit aussi d'égalité devant la loi en raison du manque d'uniformité dans l'imposition des peines de mort par les jurés. Pourtant, en dépit du large pouvoir discrétionnaire dont disposent les jurés pour imposer la peine de mort, quatre des juges de la Cour ont estimé dans *Furman* que la peine de mort ne constituait pas une peine cruelle et inusitée.

Dans son récent arrêt *Gregg v. Georgia*, la Cour suprême des États-Unis a non seulement traité de la question de savoir si la peine de mort était intrinsèquement inconstitutionnelle, concluant, les juges Brennan et Marshall étant dissidents sur ce point, qu'elle ne l'était pas, mais elle a également examiné la validité des nouvelles dispositions législatives adoptées dans l'État de Georgie afin de remédier aux défauts de la législation analysée dans *Furman*. A ce sujet, la Cour était également d'avis, les deux dissidences portant évidemment sur cet aspect du litige, que la nouvelle législation adoptée en Georgie donne aux jurys des lignes directrices adéquates pour l'imposition de sentences, d'autant plus que leur décision est soumise à l'examen et à la révision de la Cour suprême de Georgie, en vue de déterminer notamment si la peine de mort est excessive ou disproportionnée, eu égard aux sentences prononcées dans des affaires semblables, compte tenu du crime et de l'accusé.

Les appelants en l'espèce se sont essentiellement fondés sur la thèse du juge Brennan au sujet de l'inconstitutionnalité intrinsèque de la disposition et il ne fait aucun doute qu'ils auraient invoqué le jugement rendu à la majorité par la Cour suprême

Carolina had it been delivered at the time of their submissions to this Court. I turn, therefore, first to the contentions based on Justice Brennan's views, and I shall deal thereafter with the *Woodson and Waxton* case.

The *per se* argument must, it seems to me, have in view the imposition of the death penalty for the most heinous of offences, and murder is certainly of that class; the *per se* contention is of little validity when addressed to, say, simple assault, because other considerations come into play in such a case in determining whether the death sentence would be cruel and unusual punishment. Approaching the issue on this basis, I note that four grounds of challenge to the death penalty are offered by the appellants and they are, respectively, that (1) the death penalty is unusually severe and hence degrading to human dignity and worth; (2) it is arbitrarily imposed; (3) it is not acceptable to a large segment of the population and (4) it is excessive in that it cannot be shown that it has had any deterrent effect on murder that would not be realized by a punishment that was not so final.

The contention of arbitrary imposition seems odd in a Canadian context when imposition of the penalty is mandatory for capital murder as heretofore defined. I do not, moreover, see any arbitrariness in imposition by reason of Cabinet review to determine whether to exercise the prerogative of mercy, a review which relates to the individual case, although there has been a consistent policy of commutation since 1962. Again, the contention of unacceptability to a large segment of the Canadian population appears to me to be asking this Court to define and apply s. 2(b) by a statistical measure of approval or disapproval of the death penalty. This is not what s. 2(b) prescribes. In my opinion, grounds (2) and (3) are completely without merit.

Ground (4), excessiveness, is posited on an assertion that the death penalty must be cruel and unusual if it cannot be shown to be an effective deterrent to the commission of the offence for

des États-Unis dans *Woodson and Waxton v. North Carolina* s'il avait été rendu avant l'audition de la présente affaire. J'analyserai donc d'abord les prétentions fondées sur l'opinion exprimée par le juge Brennan et puis l'arrêt *Woodson and Waxton*.

L'argument fondé sur l'inconstitutionnalité intrinsèque de la disposition doit, à mon avis, viser l'imposition de la peine de mort pour les infractions les plus odieuses, comme le meurtre; cet argument a peu de valeur dans le cas, par exemple, des voies de fait simples, parce que d'autres facteurs entrent en jeu pour déterminer si dans pareil cas la peine de mort est une condamnation cruelle et inusitée. Compte tenu de tout cela, je remarque que les appelants soulèvent les quatre moyens suivants pour étayer leur thèse: (1) la peine de mort est une peine exceptionnellement sévère et elle est en conséquence inhumaine et dégradante; (2) elle est imposée de façon arbitraire; (3) une grande partie de la population la considère inacceptable, et (4) elle est excessive puisqu'on ne peut établir qu'elle a un effet plus dissuasif que des peines moins «définitives» qui seraient imposées pour les meurtres.

L'argument fondé sur le caractère arbitraire de l'imposition de la peine sonne faux dans le contexte canadien, où l'imposition de la peine est obligatoire en cas de meurtre qualifié, du moins dans sa définition passée. En outre, je ne vois rien d'arbitraire dans l'imposition de la peine à cause de la possibilité de faire un recours en grâce devant le Cabinet qui examine ainsi chaque cas particulier avant de prendre sa décision, bien que depuis 1962 la peine capitale ait constamment été commuée. De plus, l'argument fondé sur le fait qu'une grande partie de la population canadienne considère inacceptable la peine de mort revient, à mon avis, à demander à la Cour de définir et d'appliquer le par. 2b) en fonction de statistiques sur les partisans et les adversaires de la peine capitale. Ce n'est pas ce que prescrit ce paragraphe. Les deuxième et troisième moyens sont donc irrecevables.

Le quatrième moyen, à savoir le caractère excessif de la peine, repose sur l'affirmation que la peine de mort est cruelle et inusitée si l'on ne peut établir qu'elle décourage la perpétration des infractions

which it is prescribed. The same issue is raised in a somewhat different fashion by the Canadian Civil Liberties Association which contended that the death penalty is not a "fit" penalty because the purposes of punishment would be served equally well by lesser punishment; and if it is not a fit penalty, that is some evidence that it is cruel and unusual. Indeed, so the argument runs, such a conclusion is warranted by the severity of the penalty and its affront to human dignity. This last assertion engages ground (1) of the submission of the appellants, although it too is made separately by the Canadian Civil Liberties Association.

The contentions of severity and excessiveness advanced by the appellants and by the intervenor were supported by them by drawing on the reasons of Brennan J. in the *Furman* case who took as his guiding principle that "a punishment must not be so severe as to be degrading to the dignity of human beings" and, further, that the fundamental premise of the constitutional prohibition against cruel and unusual punishments is that "even the vilest criminal remains a human being possessed of common human dignity". The appellants and the intervenor pointed to the preamble of the *Canadian Bill of Rights* in its reference to "the dignity and worth of the human being" as reflecting this same sentiment.

On the aforementioned principle, Justice Brennan propounded a cumulative test, which represented the arguments addressed to this Court by the appellants and the intervenor, and it was in these words:

If a punishment is unusually severe, if there is a strong probability that it is inflicted arbitrarily, if it is substantially rejected by contemporary society, and if there is no reason to believe that it serves any penal purpose more effectively than some less severe punishment, then the continued infliction of that punishment violates the command of the Clause that the State may not inflict inhuman and uncivilized punishments upon those convicted of crimes.

The appellants did not advance their submissions as being necessarily cumulative, but I take from their contentions that if severity and excessiveness (as they conceived them) were established, that

qu'elle punit. La Canadian Civil Liberties Association a repris cette thèse sous un autre angle. Elle prétend que la peine de mort ne constitue pas une peine «appropriée», parce que le but du châtement lui-même serait atteint tout aussi bien par une sentence moins sévère; si la peine n'est pas appropriée, cela indiquerait qu'elle est cruelle et inusitée. En fait, toujours selon ce raisonnement, cette conclusion se justifie par la sévérité d'une peine qui en outre fait outrage à la dignité humaine. Cette dernière affirmation correspond au premier moyen invoqué par les appelants, bien qu'elle soit avancée séparément par la Canadian Civil Liberties Association.

A l'appui de leurs prétentions relatives à la sévérité et au caractère excessif de la peine, les appelants et l'intervenante ont invoqué certains extraits des motifs du juge Brennan dans *Furman*, qui avait retenu le critère suivant: [TRADUCTION] «une peine ne doit pas être sévère au point de porter atteinte à la dignité humaine» et a ajouté que la Constitution prohibe les peines cruelles et inusitées en raison du principe fondamental selon lequel [TRADUCTION] «le pire criminel reste un être humain et garde sa dignité humaine». Les appelants et l'intervenante ont soutenu que le préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, qui se réfère à «la dignité et la valeur de la personne humaine», reflète la même idée.

Au sujet du principe susmentionné, le juge Brennan avait proposé un critère global correspondant aux arguments avancés par les appelants et l'intervenante devant cette Cour:

[TRADUCTION] Si une peine est exceptionnellement sévère, s'il est très probable qu'elle soit infligée arbitrairement, si elle est fondamentalement rejetée par la société contemporaine et s'il n'y a aucune raison de croire qu'elle sert la justice plus efficacement qu'une peine moins sévère, alors l'imposition de cette peine enfreint la clause qui interdit à l'État d'infliger aux criminels des peines inhumaines et barbares.

Les appelants n'ont pas allégué que ces différents éléments étaient nécessairement cumulatifs, mais je déduis de leurs argumentations que si l'on établissait la sévérité et le caractère excessif de la

should be enough to sustain their attack on the death penalty in the present case. I am prepared to accept this premise, but I am unable to agree that the conclusion that they urge is well-founded.

In a general sense, all punishment by way of imprisonment or otherwise is degrading, but society cannot be expected to tolerate without sanction breaches of the criminal law merely because punishment degrades the criminal. What we are concerned with here is not mere degradation by which society expresses its reprobation of criminal behaviour but the extent of it, related of course to the offence and at times to the offender. The enormity and the irreversibility of a death penalty when carried out certainly bespeak its undue severity in the abstract, but the present case is concerned with proportionality, with mandatory application of the death penalty not to an entire range of the most heinous of offences, that is, murder, but to particular and narrow instances of it specially selected by Parliament as meriting the drastic penalty of death.

The fact that Parliament has, since the hearing of these appeals, abolished the death penalty for any type of murder does not mean that this Court must, *ex post facto*, conclude that the death penalty as previously prescribed was "cruel and unusual punishment" so as to render the previous prescription inoperative. In exercising the jurisdiction over the operation and application of federal law, as committed to it under the *Canadian Bill of Rights*, this Court may certainly consider the course of parliamentary enactments and the state of the statute book as of the time when it comes to a decision, but it would abdicate its function if it surrendered to parliamentary policy without making an independent assessment of the compatibility of a particular policy, reflected in a challenged statute, with the *Canadian Bill of Rights*, regardless of a subsequent change in that policy by Parliament. Such a change, always open to the Parliament, does not signal a previous abridgement of the *Canadian Bill of Rights*.

peine de mort (selon leur conception de ces notions), cela suffirait pour que leur contestation de cette peine en l'espèce soit accueillie. Je suis disposé à accepter ces prémisses, mais je ne puis admettre que leurs conclusions sont bien fondées.

En règle générale, toute peine, que ce soit l'emprisonnement ou autre chose, est dégradante, mais on ne peut s'attendre à ce que la société tolère, sans les punir, les violations du droit pénal pour la simple raison que la peine encourue porte atteinte à la dignité du criminel. Ce qui nous occupe présentement n'est pas seulement la dégradation par laquelle la société exprime sa désapprobation du comportement criminel, mais également sa portée, par rapport à l'infraction commise et, dans certains cas, au coupable. La gravité et le caractère irréversible de la peine de mort lorsqu'elle est exécutée révèlent certainement une sévérité injustifiée dans l'abstrait, mais la présente affaire porte sur la proportionnalité et sur l'imposition obligatoire de la peine de mort non pas à toute la catégorie des infractions les plus odieuses qui soient, c.-à-d. les meurtres, mais à des cas de meurtres précis et limités qui méritaient, selon le législateur, la peine de mort.

Le fait que le Parlement, depuis l'audition de ces pourvois, a aboli la peine de mort pour tous les genres de meurtres ne signifie pas que cette Cour doive *ex post facto* conclure que la peine de mort imposée avant les récentes modifications législatives constituait une «peine cruelle et inusitée», de manière à rendre inopérante l'ancienne loi. Dans l'exercice du contrôle de la mise en œuvre des lois fédérales qui lui est dévolu par la *Déclaration canadienne des droits*, cette Cour peut certainement tenir compte de l'évolution des lois adoptées par le Parlement et de l'état du droit statutaire à l'époque où elle rend sa décision, mais elle ne remplirait pas son rôle si elle souscrivait à la politique législative sans au préalable étudier elle-même la compatibilité d'une politique particulière, exprimée dans une loi contestée, avec la *Déclaration canadienne des droits*, indépendamment des changements ultérieurs de cette politique par le Parlement. Une telle modification, que le Parlement peut adopter en tout temps, ne signifie pas que la loi antérieure contrevient à la *Déclaration canadienne des droits*.

The appellants and the intervenor would subsume the question of proportionality under what to them was the larger issue of penal policy, contending in that connection that the purposes of punishment, conceived generally as being for the protection of society through prevention, deterrence and reformation, would be equally well served by providing for a lesser punishment, such as life imprisonment. They submit data designed to show that there is no convincing proof of general deterrence, so far as murder is concerned, by reason of the imposition of capital punishment. I do not (indeed it is impossible to) disagree with this contention, but it is based on two premises, neither of which I find acceptable.

The first of these is that the issue of cruel and unusual punishment in this case is to be resolved not only as a question of fact respecting deterrence, but that the burden of proof (or disproof) is on Parliament. In my opinion, the data presented by the appellants and by the intervenor cannot have been lost on Parliament when it first narrowed the situations in which the death penalty for murder was mandatory and, more recently, abolished the death penalty for all types of murder. That did not mean, however, that Parliament acted on a firm basis of fact but rather that it considered the data in arriving at a legislative judgment, a judgment which cannot be said to have been limited by or to the factor of deterrence. Indeed, while I agree that there is no convincing proof of general deterrence as submitted by the appellants and the intervenor, it may equally be said, at least in respect of the narrow situations with which we are concerned in this case, that there is no convincing proof that deterrence has had no impact. The number of murders of policemen and prison guards has been, fortunately, relatively small, and there are no persuasive statistics for a conclusion one way or the other, certainly not a conclusion that Parliament could not reasonably believe, when it limited the mandatory death penalty to the murder of policemen and prison guards, that there would be a deterrent effect. There is no question of any burden of proof resting on Parliament, especially when dealing with a penalty that has been known and imposed man-

Selon les appelants et l'intervenante, la question de la proportionnalité relève de la question plus large de la politique pénale. Ils prétendent en effet que l'imposition d'une peine a pour but la protection de la société par la prévention, l'exemplarité et la réformé, et que ce but serait atteint par l'imposition d'une peine moins sévère, comme l'emprisonnement à perpétuité. Ils ont soumis des statistiques indiquant que rien ne prouve que le maintien de la peine capitale décourage le crime, particulièrement le meurtre. Je n'entends pas m'opposer à cette prétention (ce serait d'ailleurs impossible) mais elle repose sur deux prémisses que je ne saurais accepter.

Selon la première, la question du caractère cruel et inusité de la peine imposée en l'espèce doit non seulement être tranchée comme une question de fait relative à l'exemplarité, mais le fardeau de la preuve (ou de la réfutation) est à la charge du Parlement. A mon avis, les statistiques présentées par les appelants et l'intervenante n'ont pas échappé au Parlement lorsqu'il a d'abord restreint le nombre de crimes passibles de la peine de mort et lorsque plus récemment il a aboli la peine de mort. Cela ne signifie pas que le Parlement se fondait uniquement sur des faits patents mais plutôt qu'il a pris en considération toutes les données pour formuler sa politique législative et on ne peut prétendre qu'il a limité ses débats à la question de l'exemplarité de la peine. En fait, je reconnais comme l'avancent les appelants et l'intervenante qu'il n'y a pas de preuve déterminante que la peine de mort décourage le crime, mais l'on peut tout aussi bien dire, tout au moins à l'égard des cas circonscrits qui nous occupent, qu'on ne peut pas prouver non plus que le maintien de la peine de mort n'a eu aucun effet. Le nombre de meurtres de policiers et de gardiens de prison est resté, heureusement, relativement peu élevé et les statistiques ne nous permettent pas de conclure dans un sens ou dans l'autre. Elles ne nous permettent certainement pas d'affirmer que le Parlement n'avait pas de bonnes raisons de croire, lorsqu'il a restreint l'imposition obligatoire de la peine de mort aux cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison, que cette mesure aurait une certaine force de dissuasion. Le Parlement n'a donc certainement

datorily over so long a period.

This brings me to the second unacceptable premise which appears to be that deterrence should be the governing consideration in assessing the mandatory death penalty under s.2(b), and that small regard, at the best, should be paid to retribution or to the social outrage which may reasonably find expression in a penal policy of a mandatory death penalty for the murder of policemen and prison guards. It is not difficult to appreciate that the kind of revulsion that an orderly society may feel against murder, and especially murder of policemen and prison guards, may express itself in a correspondingly severe sanction that would be deemed inappropriate for less grievous offences. In short, as was said by Justice Stewart in *Gregg v. Georgia*, "the decision that capital punishment may be the appropriate sanction in extreme cases is an expression of the community's belief that certain crimes are themselves so grievous an affront to humanity that the only adequate response may be the penalty of death" (44 U.S. LW at p. 5239).

It is certainly arguable that the mandatory death penalty, considered as mere vengeance, should be regarded as cruel and unusual punishment within s. 2(b), having regard to its enormity and its irreversibility, its incompatibility with any aim of rehabilitation and its physical and mental pain. I do not think, however, that it can be said that Parliament, in limiting the mandatory death penalty to the murder of policemen and prison guards, had only vengeance in view. There was obviously the consideration that persons in such special positions would have a sense of protection by reason of the grave penalty that would follow their murder and, further, that the mandatory penalty would be, to some extent at least, a deterrent as, for example, to a prison inmate already serving a life sentence but tempted to escape even if this meant committing murder. It was open to Parliament to act on these additional considerations in limiting the mandatory death penalty as it did, and I am unable to say that they were not acted upon. On this view, I cannot find that there

pas le fardeau de la preuve, d'autant plus qu'il s'agit d'une peine reconnue et imposée de façon obligatoire depuis très longtemps.

J'en viens à la seconde prémisse inacceptable: l'exemplarité de la peine devrait être la considération déterminante dans l'examen de la peine de mort imposée de façon obligatoire aux fins du par. 2b), et, au mieux, il faudrait n'accorder que très peu d'importance à l'esprit justicier ou de l'indignation générale qui peuvent raisonnablement s'exprimer dans une politique pénale qui impose la peine de mort dans les cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison. On comprend facilement qu'une société disciplinée, révoltée par certains meurtres, particulièrement ceux de policiers et de gardiens de prison, puisse imposer une sanction aussi sévère, qui ne serait pas justifiée pour des infractions moins graves. En résumé, comme l'a déclaré le juge Stewart dans *Gregg v. Georgia*, [TRADUCTION] «la décision d'imposer la peine capitale dans des cas extrêmes exprime la conviction de la collectivité que certains crimes constituent un tel affront à l'humanité que la seule sanction adéquate peut être la peine de mort». (44 U.S. LW à la p. 5239.)

On peut certainement soutenir qu'on devrait considérer l'imposition obligatoire de la peine de mort, en tant que simple vengeance, comme une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b), compte tenu de sa gravité, de son caractère irréversible et des douleurs physiques et morales qu'elle entraîne et compte tenu du fait qu'elle est incompatible avec toute visée de réhabilitation. Je ne pense toutefois pas que l'on puisse dire que le Parlement, en restreignant l'imposition obligatoire de la peine de mort aux cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison, ne répondait qu'à un sentiment de vengeance. Il a sans aucun doute estimé qu'elle contribuait à donner aux policiers et gardiens de prison un certain sentiment de sécurité vu la gravité de la peine qu'entraînerait leur meurtre et, en outre, qu'elle aurait, du moins dans une certaine mesure, un effet dissuasif à l'égard, par exemple, du détenu purgeant une sentence d'emprisonnement à perpétuité qui serait tenté de s'évader même au prix d'un meurtre. Le Parlement pouvait prendre en considération ces éléments

was no social purpose served by the mandatory death penalty so as to make it offensive to s. 2(b).

The appellants sought to strengthen their position by invoking the public conscience or public morality as reflecting a revulsion against capital punishment. No doubt, this is a strongly held position by an undetermined section of the public so far as the death penalty in general is concerned but the issue is not so free of debate as to enable me to say that the moral position is clear. Indeed, I can, I believe, properly take judicial notice of the fact that there is a substantial opinion that the imposition of the death penalty for the murder of policemen or prison guards is neither shocking nor abhorrent. This is adequate ground for being wary about interfering with a legislative policy that prescribes the death penalty in such cases.

I wish, finally, to say a word about the recent *Woodson and Waxton* case. There the Supreme Court of the United States, by a bare majority, set aside mandatory death penalties imposed upon the petitioners under North Carolina law when they were found guilty of first-degree murder by reason of a killing in the course of a robbery. Again, as in *Furman* and in *Gregg*, seven members of the Court refused to hold that the death sentence was unconstitutional under any circumstances. However, three members of the Court who, with Justices Brennan and Marshall, formed the majority for the decision in the case, held that a mandatory death sentence for a broad category of homicidal offences was cruel and unusual punishment. In reaching this conclusion, the three Justices, Stewart, Powell and Stevens JJ., reviewed the history of the mandatory death penalty in the various states, a history which showed a progressive relaxation of mandatory imposition to enable juries to exercise discretion in individual cases. The Justices regarded this relaxation and the substitution of discretionary sentencing as indicating the aversion of society at large to the mandatory death penalty, and its reintroduction was not an adequate

additionnels en décidant, comme il l'a fait, de limiter les cas d'imposition obligatoire de la peine de mort et je ne puis dire qu'il les a négligés. Il m'est donc impossible de conclure que l'imposition obligatoire de la peine de mort enfreint le par. 2b) parce qu'elle ne sert aucune fin sociale.

Les appelants ont prétendu, à l'appui de leur thèse, que la peine de mort révoltait la conscience sociale et la moralité publique. C'est effectivement l'opinion que défend âprement une partie du public à l'égard de la question de la peine de mort en général, mais ce débat soulève de telles controverses que je ne peux dire que du point de vue moral la situation est claire. De fait, je puis tout aussi bien prendre acte de ce qu'une bonne partie de l'opinion publique estime que l'imposition obligatoire de la peine de mort dans les cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison n'est ni révoltante ni répugnante. Il convient donc d'agir avec circonspection avant d'intervenir dans une politique législative prescrivant la peine de mort dans de tels cas.

Je tiens en dernier lieu à dire quelques mots sur le récent arrêt *Woodson and Waxton*. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis, par une faible majorité, a infirmé des sentences de mort imposées de façon obligatoire aux requérants en vertu de la législation de la Caroline du Nord, à la suite de leur condamnation pour meurtre au premier degré commis lors de la perpétration d'un vol qualifié. Comme dans *Furman* et dans *Gregg*, sept juges de la Cour ont refusé de déclarer que la peine de mort était inconstitutionnelle quelles que soient les circonstances. Cependant, trois membres de la Cour, qui ont formé la majorité avec les juges Brennan et Marshall dans cette décision-là, ont jugé que l'imposition obligatoire de la peine de mort prévue pour une vaste catégorie d'homicides constituait une peine cruelle et inusitée. Pour parvenir à cette conclusion, les trois juges, Stewart, Powell et Stevens, ont passé en revue l'historique de l'imposition obligatoire de la peine de mort dans les divers États; cet historique montre que la mitigation progressive de l'imposition obligatoire de la peine de mort a permis aux jurys d'exercer leur pouvoir discrétionnaire dans chaque cas particulier. Les juges ont considéré que cette mitigation

response to the vice of the legislation in the *Furman* case, namely that the discretion was unguided. A further element in the position of the three Justices was that the mandatory death sentence, having regard to the irretrievable nature of the death penalty compared with other forms of present-day punishment, did not leave room for individual assessment of each convicted person. As they put it,

While the prevailing practice of individualizing sentencing determinations generally reflects simply enlightened policy rather than a constitutional imperative, we believe that in capital cases the fundamental respect for humanity underlying the Eighth Amendment ... requires consideration of the character and record of the individual offender and the circumstances of the particular offence as a constitutionally indispensable part of the process of inflicting the penalty of death.

Justice Stewart, who wrote the reasons in which Justices Powell and Stevens concurred, made an express reservation in a footnote of "a mandatory death penalty statute limited to an extremely narrow category of homicide, such as murder by a prisoner serving a life sentence, defined in large part in terms of the character or record of the offender", and stated that no opinion was being expressed as to the constitutionality of such a statute. Whether the Canadian statute in issue here would, if found in the United States, lead to a different result than that reached in *Woodson and Waxton* may be speculative, especially in view of the decision of the Supreme Court of the United States in the companion case of *Jurek v. Texas* where a Texas statute limiting the death penalty to five specific situations, was upheld; but it should be noted that the gist of that decision (from which only Brennan and Marshall JJ. dissented) lay in the view of the Court that the capital sentencing procedure prescribed by the statute met constitutional standards by requiring what was referred to as "individualized sentencing determinations".

en faveur de la substitution d'une sentence discrétionnaire révélait la répugnance de la société en général à l'égard de l'imposition obligatoire de la peine de mort et que son rétablissement ne remédiait pas de façon adéquate aux défauts de la loi étudiée dans *Furman*, où l'on avait jugé que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire n'était pas suffisamment guidé. Les trois juges ont en outre statué que l'imposition obligatoire de la peine de mort, vu son caractère irrémédiable par rapport aux autres formes de peines imposées de nos jours, ne laissait pas suffisamment de latitude pour évaluer le cas individuel de chaque condamné. Ils ont déclaré:

[TRADUCTION] Bien que la pratique courante consistant à individualiser les sentences reflète plus une politique éclairée qu'un impératif constitutionnel, nous pensons qu'en matière de peine capitale, le respect fondamental de la personne humaine qu'exprime le huitième amendement ... exige que les antécédents et le dossier de chaque accusé ainsi que les circonstances de l'infraction soient attentivement étudiés, à titre d'éléments indispensables du processus de l'imposition d'une peine de mort.

Le juge Stewart, qui a rédigé les motifs auxquels ont souscrit les juges Powell et Stevens, fait la réserve expresse, dans une note en bas de page à l'égard d'une [TRADUCTION] «loi prévoyant l'imposition obligatoire de la peine de mort dans des cas très restreints d'homicides, comme par exemple, un meurtre commis par un prisonnier purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité, en tenant compte des antécédents et du dossier de l'accusé», et a précisé qu'il ne se prononçait pas sur la constitutionnalité d'une telle loi. On ne saurait affirmer que la législation canadienne en cause, si elle avait existé aux États-Unis, aurait mené la Cour suprême des États-Unis à une conclusion différente dans *Woodson and Waxton*, puisque cette Cour, dans *Jurek v. Texas*, rendu au même moment, a jugé valide une loi du Texas limitant la peine de mort à cinq cas précis; il convient cependant de souligner que cette décision (les juges Brennan et Marshall étant les seuls dissidents) repose sur l'opinion que la procédure prévue dans la loi relativement à l'imposition de la peine capitale est conforme aux exigences constitutionnelles parce qu'elle prévoyait ce que la Cour a appelé [TRADUCTION] «une individualisation des sentences».

The *Canadian Criminal Code's* death penalty offences are not only narrower than those in *Jurek v. Texas* but, what is more, there is no such legislative history in Canada, as there is in the United States, of a discretionary sentencing procedure in respect of the death penalty, exhibiting over the years a move away from provisions which originally prescribed mandatory death sentences.

It is also I think of prime importance here that the widest judicial review is open in capital cases; there is an unqualified right of appeal by an accused to this Court on any ground of law or fact or mixed law and fact: see *Criminal Code*, s. 619. I am, therefore, unable to accept the reasons given in *Woodson and Waxton* against the constitutionality of a mandatory death sentence as having persuasive force here. The considerations which underlie the reasons of Stewart J. do not apply here, having regard to our history, the limited range of capital offences, the absence of any practice of jury sentencing and the broad scope of judicial review, not to mention the reserve power of the Government to commute death sentences.

The same observations apply to the majority judgment of the Supreme Court of the United States in *Roberts v. Louisiana* which concerned a mandatory death penalty statute narrower in its definition of first-degree murder than that in the *Woodson and Waxton* case and where the result was the same as in that case. The Louisiana statute involved in the *Roberts* case is broader in its definition of death penalty offences than the Canadian provision in issue here, but like the Canadian provision it makes the death penalty mandatory for those offences, whereas previously the jury was authorized to return a verdict of "guilty without capital punishment". In commenting on this change in the law, White J. in his dissenting reasons, concurred in by the Chief Justice and by Justices Blackmun and Rehnquist, observed:

Les infractions passibles de peine de mort en vertu du *Code criminel* canadien sont non seulement moins nombreuses que dans le cas de *Jurek v. Texas*, mais en outre le Canada n'a pas suivi la même évolution législative que les États-Unis où le développement du pouvoir discrétionnaire en matière de condamnation à la peine de mort montre que l'on abandonne progressivement les dispositions qui préoyaient à l'origine l'imposition obligatoire de la peine de mort.

Il est également à mon avis très important d'observer qu'ici les condamnations à la peine capitale ouvrent toutes les voies de recours; l'accusé possède le droit absolu d'interjeter appel devant cette Cour, pour tout motif de droit ou de fait, ou tous motifs mixtes de droit et de fait: voir le *Code criminel* art. 619. Je ne puis donc admettre que les motifs rendus dans *Woodson and Waxton*, concluant à l'inconstitutionnalité de la peine de mort imposée de façon obligatoire, ont une influence déterminante sur notre droit. Comme notre histoire diffère, que seules quelques infractions précises entraînent la peine capitale, que les jurés ne prononcent pas les sentences, que le droit d'appel est très large, et en outre que le gouvernement peut commuer les peines de mort, les considérations sous-jacentes aux motifs de jugement du juge Stewart ne s'appliquent pas ici.

Les mêmes remarques peuvent s'appliquer au jugement rendu à la majorité par la Cour suprême des États-Unis dans *Roberts v. Louisiana*, relatif à une loi prévoyant l'imposition obligatoire de la peine de mort dans le cas de meurtre au premier degré, qui était défini de façon plus restrictive que dans *Woodson and Waxton*, et où la Cour est parvenue au même résultat. La Loi de la Louisiane mise en cause dans *Roberts* prévoit un plus grand nombre d'infractions entraînant la peine de mort que la loi canadienne mais, comme cette dernière, elle rend la peine de mort obligatoire pour ces infractions alors qu'auparavant les jurés pouvaient prononcer un verdict de [TRADUCTION] «culpabilité sans peine capitale». Parlant de cette modification de la Loi, le juge White a fait remarquer dans ses motifs en dissidence auxquels ont souscrit le Juge en chef et les juges Blackmun et Rehnquist:

The difference between a jury having and not having the lawful discretion to spare the life of the defendant is apparent and fundamental. It is undeniable that the unfettered discretion of the jury to save the defendant from death was a major contributing factor in the developments which led us to invalidate the death penalty in *Furman v. Georgia*. This factor Louisiana has now sought to eliminate by making the death penalty compulsory upon a verdict of guilty in first-degree murder cases. As I see it, we are now in no position to rule that the State's present law, having eliminated the overt discretionary power of juries, suffers from the same constitutional infirmities which led this Court to invalidate the Georgia death penalty statute in *Furman v. Georgia*.

I refer to one other matter dealt with by White J. because it relates to submissions made by the intervenor in the present case respecting the allegedly arbitrary imposition of the death penalty because of (1) prosecutorial discretion in the choice of a charge and in acceptance of a plea of guilty to a lesser charge and (2) jury "discretion" in the range of verdicts open to it on a charge of murder. These submissions were also made in *Roberts v. Louisiana* and, in my opinion, were effectively disposed of by White J. in his reasons at pp. 5287 and 5288 of 44 U.S. LW. The discretion of a prosecutor is part of the normal criminal process and it cannot be assumed that it will be incompetently or dishonestly exercised. Again, juries do not have unfettered discretion to convict of a lesser included offence but must be guided by the evidence, and the *Criminal Code* provisions for review by appellate courts are there to ensure against unreasonable or unfounded jury verdicts.

None of the contentions made against the death penalty in the present case persuades me that it is cruel and unusual punishment within s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*, and I would reject this ground of appeal.

As to the other grounds urged in this Court, I am in agreement with my brother Ritchie that

[TRADUCTION] La différence entre un jury qui a légalement le pouvoir discrétionnaire d'épargner la vie d'un défendeur et le jury qui ne l'a pas est manifeste et fondamentale. Il est indéniable que le pouvoir discrétionnaire absolu du jury d'épargner ainsi le défendeur constitue l'un des motifs essentiels qui nous ont menés à conclure à l'invalidité de la peine de mort dans *Furman v. Georgia*. La Louisiane a voulu remédier à cette situation en rendant obligatoire l'imposition de la peine de mort en cas de déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. A mon avis, nous ne pouvons donc statuer que la loi en vigueur dans cet État, qui a éliminé le pouvoir discrétionnaire des jurés, est inconstitutionnelle pour les mêmes raisons que celles qui ont amené cette Cour à invalider dans *Furman v. Georgia*, la loi de la Georgie sur la peine de mort.

Je mentionnerai un autre point étudié par le juge White, qui touche certains arguments par l'intervenante en l'espèce à l'égard de l'imposition arbitraire de la peine de mort, parce que (1) la poursuite a le pouvoir discrétionnaire de choisir le chef d'accusation et d'accepter un plaidoyer de culpabilité pour une infraction moindre et (2) le jury a un certain «pouvoir discrétionnaire» quant aux divers verdicts qu'il peut rendre sur une accusation de meurtre. Ces arguments ont également été avancés dans *Roberts v. Louisiana* et, à mon avis, le juge White en a adéquatement disposé aux pp. 5287 et 5288 de 44 U.S. LW. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite fait partie de la procédure criminelle normale et on ne peut présumer qu'il sera exercé malhonnêtement ou à mauvais escient. Je le répète, les jurés n'ont pas le pouvoir discrétionnaire absolu de déclarer un accusé coupable d'une infraction moindre comprise dans l'inculpation; leur verdict doit être fondé sur la preuve et les dispositions du *Code criminel* concernant les recours devant les tribunaux d'appel ont pour but de corriger tout verdict déraisonnable ou non fondé que pourraient rendre les jurés.

Aucun des arguments présentés en l'espèce contre la peine de mort ne me convainc qu'elle constitue une peine cruelle et inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et je suis d'avis de rejeter ce moyen.

Quant aux autres moyens invoqués devant cette Cour, je partage l'opinion de mon collègue le juge

there is no reversible error, and I would, accordingly, dismiss the two appeals.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by

RITCHIE J.—These are appeals from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia dismissing the appeals of the two appellants from their conviction at a trial held before Mr. Justice Kirke Smith sitting with a jury, on a joint charge of unlawfully committing “murder punishable by death” in the killing of a policeman while acting in the course of his duties in the County of Westminster in the Province of British Columbia on March 29, 1974.

In rendering judgment on behalf of the majority of the Court of Appeal of British Columbia, Robertson J.A., considered six grounds of appeal alleging errors in the charge of the learned trial judge and also a seventh ground which was set out in the factum filed on behalf of Cockriell as follows:

7. It is respectfully submitted that the provisions of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 and amendments thereto relating to murder punishable by death are rendered inoperative by reason of their infringement of section 2(b) of the Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III.

The majority of the Court of Appeal found that s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* did not have this effect and accordingly when the present appeals were asserted to this Court, the same question, being one of law, was asserted as a ground of appeal and was phrased as follows:

The majority of the Court of Appeal for the Province of British Columbia erred in holding that the death penalty is not cruel and unusual punishment within the meaning of Section 2(b) of the Bill of Rights, being R.S.C. 1970, Appendix III; and that accordingly the said majority of the Court of Appeal for the Province of British Columbia erred in holding that Section 214(2) and Section 218(1) of the Criminal Code of Canada, being R.S.C. 1970, C-34 and amendments thereto (namely S.C. 1973, c. 38 section 2(2) and Section 3(1)) were not inoperative by virtue of the application of the said Section 2(b) of the Bill of Rights.

Ritchie qu'aucune erreur justifiant l'infirmité du jugement n'a été commise et, en conséquence, je suis d'avis de rejeter les deux pourvois.

Ce jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ces pourvois attaquent un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejetant les appels interjetés par les deux appelants de leur déclaration de culpabilité à l'issue d'un procès tenu devant le juge Kirke Smith et un jury. Ils sont conjointement accusés d'avoir, le 29 mars 1974, illégalement commis un «meurtre punissable de mort» en tuant un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, dans le comté de Westminster (Colombie-Britannique).

Parlant au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Robertson a, dans son jugement, étudié six moyens d'appel fondés sur des erreurs qu'aurait faites le juge de première instance dans ses directives et un septième moyen, formulé en ces termes dans le factum soumis au nom de Cockriell:

[TRADUCTION] 7. Nous prétendons avec égards que les dispositions du Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, et modifications, relatives au meurtre punissable de mort sont devenues inopérantes parce qu'elles contreviennent au par. 2b) de la Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III.

La majorité de la Cour d'appel a jugé que le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* n'avait pas cet effet. En conséquence, lorsque cette Cour a été saisie des présents pourvois, cette question de droit a été reprise comme moyen d'appel et formulée comme suit:

[TRADUCTION] La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en statuant que la peine de mort ne constitue pas une peine cruelle ou inusitée au sens du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III; et, en conséquence, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en jugeant que les par. 214(2) et 218(1) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications (notamment S.C. 1973, chap. 38, par. 2(2) et 3(1)) n'étaient pas devenus inopérants en raison de l'application dudit par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

In view of the far-reaching importance of this submission the Attorneys General of the Provinces were advised that it would be raised on this appeal and the Province of Newfoundland intervened in accordance with Rule 60 of the Supreme Court Rules and was represented at the hearing. Leave was also granted by Mr. Justice Spence for the intervention of the Canadian Civil Liberties Association. For these reasons, and in view of the fact that the dissenting judgment of McIntyre J.A., in the Court of Appeal, is based almost exclusively on this ground, it appears to me to be desirable to deal with it before considering the errors alleged in the charge to the jury, all of which were also argued at length.

The relevant portions of the sections of the *Criminal Code* which the appellants allege to have been rendered inoperative by the *Canadian Bill of Rights* read as follows:

214. (1) Murder is punishable by death or is punishable by imprisonment for life.

(2) Murder is punishable by death, in respect of any person, where such person by his own act caused or assisted in causing the death of

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties, . . . or counselled or procured another person to do any act causing or assisting in causing the death.

(3) All murder other than murder punishable by death is punishable by imprisonment for life. [1973, c. 38, s. 2.]

218. (1) Every one who commits murder punishable by death is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to death.

The section of the *Bill of Rights* which is invoked by the appellants reads as follows:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in par-

Compte tenu de la très grande importance de cet argument, les procureurs généraux des provinces ont été informés qu'il serait soulevé dans ce pourvoi. La province de Terre-Neuve, qui est intervenue en conformité de la règle 60 des Règles de la Cour suprême, était représentée à l'audition. Le juge Spence a également accordé à la Canadian Civil Liberties Association l'autorisation d'intervenir. Pour ces motifs et parce que la dissidence du juge McIntyre porte presque exclusivement sur ce moyen, il me semble souhaitable de l'examiner avant de considérer les allégations d'erreurs dans l'exposé du juge au jury, qui ont également fait l'objet de longues plaidoiries.

Voici les parties pertinentes des dispositions du *Code criminel* qui, selon les appelants, seraient rendues inopérantes par la *Déclaration canadienne des droits*:

214. (1) Le meurtre est punissable de mort ou est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

(2) Le meurtre est punissable de mort, à l'égard de toute personne, lorsque cette personne, par son propre fait, a causé ou aider à causer la mort

a) d'un officier de police, d'un agent de police, d'un constable, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, . . . ou a conseillé à une autre personne de commettre un acte quelconque qui cause ou aide à causer la mort, ou a incité cette autre personne à commettre un tel acte.

(3) Tout meurtre autre qu'un meurtre punissable de mort est punissable d'emprisonnement à perpétuité. [1973, c. 38, art. 2.]

218. (1) Quiconque commet un meurtre punissable de mort est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à mort.

Les appelants invoquent l'article suivant de la *Déclaration canadienne des droits*:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la

ticular, no law of Canada shall be construed or applied so as to . . .

(b) impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment . . .

It is to be remembered that the expression "law of Canada" as used in the *Bill of Rights* is defined in s. 5(2) as meaning "an Act of the Parliament of Canada enacted before or after the coming into force of this Act . . .".

The effect of s. 2(b) of the *Bill of Rights* must be considered in light of s. 1 which provides:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(a) *the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;*

(The emphasis is my own.)

At the outset it should be stated that these reasons for judgment are not concerned with the moral issue involved in the retention or abolition of capital punishment.

The answer to the question of whether or not the death penalty sections of the *Criminal Code* are to be retained as a feature of the administration of justice in Canada lies with Parliament, and since the hearing of this appeal Parliament has repealed those sections, but the question of whether, at the time when this murder was committed and the appellants were tried, convicted and sentenced to death, Parliament had already, by enacting s. 2(b) and s. 5(2) of the *Bill of Rights* "recognized and declared" that no law of Canada was to be applied so as to impose punishment by death, is a question for the Courts and this was the only question argued in this area in this appeal.

I subscribe to the analysis of the meaning and effect of ss. 1 and 2 of the *Bill of Rights* to be found in the reasons for judgment of Mr. Justice Martland, speaking for the majority of this Court

transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme . . .

b) infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition;

Soulignons qu'en vertu du par. 5(2) de la *Déclaration canadienne des droits*, l'expression «loi du Canada» désigne «une loi du Parlement du Canada, édictée avant ou après la mise en vigueur de la présente loi . . .».

L'effet du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* doit être examiné à la lumière de l'art. 1, dont voici le texte:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

a) *le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;*

(Les italiques sont de moi.)

Précisons au départ que ces motifs de jugement ne traiteront pas du problème moral que pose le maintien ou l'abolition de la peine capitale.

Il revient au Parlement de décider si les dispositions du *Code criminel* relatives à la peine de mort devraient continuer de faire partie de notre système pénal; d'ailleurs, depuis l'audition de ce pourvoi, le Parlement a abrogé ces articles. En revanche, il appartient aux tribunaux de déterminer si à l'époque de la perpétration du meurtre, du procès, de la condamnation et du prononcé de la peine de mort à l'égard des appelants, le Parlement, en édictant les par. 2b) et 5(2) de la *Déclaration canadienne des droits*, avait déjà «reconnu et déclaré» qu'aucune loi du Canada ne devait être appliquée de façon à imposer la peine de mort, et, dans ce pourvoi, les plaidoiries se sont limitées à cet aspect du problème.

Je souscris à l'analyse du sens et de l'effet des art. 1 et 2 de la *Déclaration canadienne des droits* que le juge Martland, parlant pour la majorité de la Cour, a faite dans ses motifs de jugement dans

in *The Queen v. Burnshine*¹⁶, at p. 705 where, after noting that the *Bill of Rights* "by its express wording ... declared and continued existing rights and freedoms", he went on to say:

It was those existing rights and freedoms which were not to be infringed by any federal statute. Section 2 did not create new rights. Its purpose was to prevent infringement of existing rights. It did particularize in paras. (a) to (g), certain rights which were a part of the rights declared in s. 1 ...

The declaration of the right of the individual not to be deprived of life which is contained in s. 1(a) is clearly qualified by the words "except by due process of law", which appear to me to contemplate a process whereby an individual *may* be deprived of life. At the time when the *Bill of Rights* was enacted there did not exist and had never existed in Canada the right not to be deprived of life in the case of an individual who had been convicted of "murder punishable by death" by the duly recorded verdict of a properly instructed jury and, in my view, the "existing right" guaranteed by s. 1(a) can only relate to individuals who have not undergone the process of such a trial and conviction.

Accepting as I do the proposition that s. 2 did not create new rights, it cannot be that Parliament intended to create anew the absolute right not to be deprived of life under any circumstances by providing that no law of Canada was to be applied so as "to impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment". If so construed the section would prevent the infringement of a right which had never existed and would thus run contrary to the purpose for which it was enacted. As I have said, the abolition of the death penalty is a matter for Parliament and is not to be achieved by such an oblique method as that suggested by the appellants.

In seeking to determine the intention of Parliament in enacting s. 2(b), I think it is pertinent to observe that since the *Bill of Rights* was enacted Parliament had amended the provisions of the *Criminal Code* defining the types of culpable homicide which are punishable by death on three occasions. In this regard it must be noted that

*La Reine c. Burnshine*¹⁶, à la p. 705. Après avoir souligné que la *Déclaration canadienne des droits* «... porte déclaration et continuation de droits et libertés existants, de par ses termes exprès», il dit:

Ce sont ces droits et ces libertés qui existaient alors qui ne doivent être violés par aucune loi fédérale. L'article 2 ne crée pas de droits nouveaux. Son but est d'empêcher la transgression de droits existants. Il précise effectivement, dans les alinéas a) à g), certains droits faisant partie de ceux qui sont déclarés dans l'art. 1 ...

La déclaration du droit de l'individu de ne pas être privé de la vie, au par. 1a), est nettement restreinte par l'expression «[sauf] par l'application régulière de la loi». A mon avis, on envisage une procédure par laquelle un individu peut être privé de la vie. A l'époque de l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, le droit d'un individu de ne pas être privé de la vie, après une condamnation pour «meurtre punissable de mort» en conformité d'un verdict dûment prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, n'existait pas et n'avait jamais existé au Canada et, à mon avis, le «droit existant» garanti au par. 1a) ne peut viser que les individus condamnés sans procès régulier.

Si l'on admet comme je le fais, que l'art. 2 n'a pas créé de nouveaux droits, il faut conclure que le Parlement n'avait pas l'intention de créer le droit absolu de ne pas être privé de la vie, quelles que soient les circonstances, lorsqu'il a édicté que nulle loi du Canada ne devait s'appliquer comme «infligeant des peines ou traitements cruels ou inusités, ou comme en autorisant l'imposition». Interprété de la sorte, l'article empêcherait la transgression d'un droit qui n'a jamais existé et aurait ainsi un effet contraire à son but. Comme je l'ai déjà dit, il revient au Parlement de décider l'abolition de la peine de mort et on ne peut y parvenir par une voie indirecte comme celle suggérée par les appelants.

Pour déterminer quelle était l'intention du Parlement lorsqu'il a adopté le par. 2b), il me semble pertinent de souligner que depuis la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits*, le Parlement a modifié trois fois les dispositions du *Code criminel* qui définissent les homicides coupables punissables de mort. Soulignons à cet égard que

¹⁶ [1975] 1 S.C.R. 693.

¹⁶ [1975] 1 R.C.S. 693.

within a year after the *Bill of Rights* had been enacted, the same Parliament passed *An Act to amend the Criminal Code* by 1960-61 (Can.), c. 44, and by s. 2 re-enacted s. 206(1) of the former *Code* in the following terms:

Every one who commits capital murder is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to death.

The death penalty was also recognized in the amendments to the *Criminal Code*, 1967-68, c. 15, and 1973-74, c. 38, by which ss. 214 and 218 were enacted as they existed at the times relevant to this appeal. None of these amendments contained any declaration that it was to operate notwithstanding the *Bill of Rights*.

In my view the fact that Parliament saw fit to retain the death penalty as part of the *Criminal Code* after the enactment of the *Bill of Rights* constitutes strong evidence of the fact that it had never been intended that the word "punishment" as employed in s. 2(b) should preclude punishment by death in the case of an individual who has been duly convicted of murder.

If it were otherwise it would mean in light of s. 5(2) that the provisions for punishment by death contained in the amendments had been rendered inoperative in advance of their enactment. I cannot accept that proposition.

For these reasons I have concluded that the "cruel and unusual treatment or punishment" referred to in s. 2(b) of the *Bill of Rights* does not include punishment by death for murder and that it was neither the intention nor the effect of that section to render inoperative the death penalty provisions of the *Criminal Code*.

Having reached this conclusion I do not find it necessary, in considering the meaning of "cruel and unusual treatment or punishment" as employed in s. 2(b) of the *Bill of Rights*, to make any assessment of current community standards of morality or of the deterrent effect of the death penalty. These matters in my view raise what are essentially questions of policy and as such they are of necessity considerations effecting the decision of

moins d'un an après la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits*, le même Parlement a adopté une *Loi modifiant le Code criminel*, 1960-61 (Can.), c. 44, dont l'art. 2 a remplacé le par. 206(1) de l'ancien *Code criminel* par la disposition suivante:

Quiconque commet un meurtre qualifié est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à mort.

La peine de mort fait également partie des modifications du *Code criminel*, 1967-68, c. 15 et 1973-74, c. 38, qui ont promulgué les art. 214 et 218 qui, à l'époque pertinente aux fins de ce pourvoi, étaient toujours libellés de la même façon. Aucune de ces modifications ne déclarait expressément qu'elle s'appliquerait nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*.

A mon avis, le fait que le Parlement ait jugé à-propos de maintenir la peine de mort dans le *Code criminel*, après la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits* indique clairement qu'il n'avait jamais eu l'intention, en employant le mot «peine», au par. 2b), de rendre impossible l'application de la peine de mort dans le cas d'un individu régulièrement déclaré coupable de meurtre.

S'il en était autrement, cela signifierait, compte tenu du par. 5(2), que les dispositions des modifications prévoyant la peine de mort étaient inopérantes avant même leur entrée en vigueur. Je ne peux souscrire à cette thèse.

Pour tous ces motifs, je conclus que les «peines ou traitements cruels et inusités» mentionnés au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* n'incluent pas la peine de mort, que ce paragraphe ne vise pas à rendre inopérantes les dispositions du *Code criminel* prévoyant la peine de mort et qu'il n'a pas cet effet.

Compte tenu de cette conclusion, j'estime que, pour analyser l'expression «peines ou traitements cruels et inusités» employée au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'est pas nécessaire d'examiner les normes morales actuelles de la collectivité ni l'effet dissuasif de la peine de mort. A mon avis, ces points soulèvent essentiellement des questions de principe qui, nécessairement, entrent en ligne de compte dans la décision

Parliament as to whether or not the death penalty should be retained; but in the view which I take they do not arise in considering the question of law here at issue which is whether the provisions of s. 2(b) of the *Bill of Rights* preclude the imposition of punishment by death for murder of a police officer as provided in ss. 214 and 218 of the *Criminal Code* in force at the time of this murder.

In my opinion the words "cruel and unusual" as they are employed in s. 2(b) of the *Bill of Rights* are to be read conjunctively and refer to "treatment or punishment" which is both cruel and unusual. In this latter regard I share the view of Mr. Justice Robertson that, having regard to the fact that the death penalty for murder had been a part of the law of England from time immemorial and that, at the time when this murder was committed and the trial was held, it had been a feature of the criminal law of Canada since Confederation, it cannot be said to have been an "unusual" punishment in the ordinary accepted meaning of that word.

The dissenting reasons for judgment of Mr. Justice McIntyre, are, however, predicated on his conclusion that the death penalty constitutes cruel and unusual punishment. This opinion is in large measure based on decisions rendered by the Supreme Court of the United States in construing the words "cruel and unusual punishment" as they occur in the 8th and 14th amendments to the United States Constitution, and he places great reliance on the case of *Furman v. The State of Georgia*¹⁷, where it was held that the imposition of the death penalty did constitute cruel and unusual punishment. Even if I found it necessary to enter upon a discussion of these cases in the United States Supreme Court, I would be disinclined to adopt them as applicable in interpreting s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

Although the phrase "cruel and unusual punishments" is to be found in the English Bill of Rights of 1688 and the use of the words "cruel and unusual" in this context in both the *Canadian Bill*

du Parlement de maintenir ou non la peine de mort; cependant, compte tenu de ma conclusion, j'estime que ces considérations ne sont pas pertinentes à l'égard du point de droit qui nous occupe, c.-à-d. la question de savoir si les dispositions du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* interdisent l'imposition de la peine de mort pour le meurtre d'un policier, comme le préoyaient les art. 214 et 218 du *Code criminel*, en vigueur au moment de la perpétration du meurtre en question.

A mon avis, les adjectifs «cruels et inusités» au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* doivent être pris conjonctivement et se rapportent aux «peines ou traitements» qui sont à la fois cruels et inusités. A ce sujet, je partage l'opinion du juge Robertson selon laquelle, puisque la peine de mort pour meurtre fait partie du droit anglais depuis des temps immémoriaux et qu'à l'époque de la perpétration du meurtre et du procès, la peine de mort existait dans notre droit et ce, depuis la Confédération, on ne peut prétendre qu'elle constitue une peine «inusitée» au sens ordinaire de ce terme.

La dissidence du juge McIntyre repose toutefois sur la conclusion que la peine de mort constitue une peine cruelle et inusitée. Son opinion est en grande partie fondée sur les arrêts de la Cour suprême des États-Unis relatifs à l'interprétation des mots [TRADUCTION] «peines cruelles et inusitées» employés au 8^e et au 14^e amendements de la Constitution américaine; il s'appuie tout particulièrement sur *Furman v. The State of Georgia*¹⁷, où l'on a jugé que la peine de mort constituait une peine cruelle et inusitée. Même si j'estimais nécessaire de discuter de ces décisions, je ne serais pas disposé à les appliquer aux fins de l'interprétation du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Bien que l'on trouve l'expression «peines cruelles et inusitées» dans le *Bill of Rights* anglais de 1688 où, sans aucun doute, tant la *Déclaration canadienne des droits* que la Constitution américaine

¹⁷ (1972), 408 U.S. 238.

¹⁷ (1972), 408 U.S. 238.

of *Rights* and the United States Constitution no doubt owes its origin to that source, I am nonetheless satisfied that these two latter documents differ so radically in their purpose and content that judgments rendered in interpretation of one are of little value in interpreting the other. In view, however, of the stress placed on the case of *Furman* in Mr. Justice McIntyre's decision, I think it pertinent to observe that since the argument of this appeal the United States Supreme Court has rendered decisions holding that "the imposition of the death penalty is not *per se* cruel and unusual punishment violative of the 8th and 14th amendments". I refer particularly to the cases of *Gregg v. Georgia*; *Roberts v. Louisiana*, and *Woodson et al. v. North Carolina*, all of which were decided on July 2, 1976, and which also recognized that the mandatory death penalty imposed in certain States did violate the provisions of the Constitution to which I have referred.

The circumstances surrounding the death of the police officer in this case and the course of the joint trial of the two appellants before Mr. Justice Kirke Smith are set out at length in the reasons for judgment delivered by Robertson J.A. which are now conveniently reported at pp. 2 to 61 of [1975] 6 W.W.R., (hereinafter referred to as "the Report") and I am accordingly relieved of the task of restating them in detail. The case presented by the Crown is fully described at pp. 7 and 8 of the Report, and the essential facts appear to me to be that the appellants, who were jointly charged with "murder punishable by death", had been together in an automobile in the early hours of March 29, 1974, after having spent the previous evening drinking at a beer parlour and at the home of some friends. The evidence admitted at the trial indicates that they bore a grudge against the police and having talked of shooting a police officer, they took with them a loaded rifle and drove the car to the Town of Cloverdale where they intentionally drew themselves to the attention of the police by their method of driving and by the appellant Cockriell throwing a beer bottle out of the car through the window of the local Court House. When a police officer followed them in his police car with flashing lights Miller, who was driving, pulled over to the shoulder of the road and stopped. When the

ont puisé les mots «cruel et inusité», je suis néanmoins convaincu que ces deux derniers documents diffèrent tellement dans leur nature et leur portée que les jugements interprétant l'un ne peuvent réellement servir à interpréter l'autre. Compte tenu cependant de l'importance accordée dans les motifs du juge McIntyre à *Furman*, j'estime pertinent d'ajouter que depuis l'audition de ce pourvoi, la Cour suprême des États-Unis a statué dans plusieurs décisions, que [TRADUCTION] «la peine de mort ne constitue pas intrinsèquement une peine cruelle et inusitée, qui contrevient au 8^e et au 14^e amendements». Je me réfère plus particulièrement aux arrêts *Gregg v. Georgia*; *Roberts v. Louisiana*, et *Woodson et al. v. North Carolina*, tous prononcés le 2 juillet 1976, qui établissent notamment que l'imposition obligatoire de la peine de mort dans certains États contrevient auxdites dispositions de la Constitution.

Le juge Robertson expose soigneusement dans ses motifs de jugement, publiés aux pp. 2 à 61 de [1975] 6 W.W.R. (ci-après appelé «le recueil»), les circonstances entourant la mort du policier et le déroulement du procès conjoint des deux appelants devant le juge Kirke Smith. Je n'ai donc pas à reprendre ces points en détail. L'argumentation du ministère public est exposée aux pp. 7 et 8 du recueil et voici, à mon sens, les faits importants: les appelants, tous deux inculpés de «meurtre punissable de mort», voyageaient ensemble en automobile aux petites heures du 29 mars 1974. Ils avaient passé la soirée à boire dans une taverne et chez des amis. La preuve admise au procès révèle qu'ils en voulaient à la police et qu'ayant parlé de tuer un policier, ils se sont munis d'une carabine chargée, se sont rendus en voiture jusqu'à la ville de Cloverdale où ils ont intentionnellement attiré l'attention des policiers par leur façon de conduire et Cockriell a lancé de la voiture une bouteille de bière à travers la fenêtre du palais de justice. Voyant qu'un policier les suivait en voiture avec ses signaux d'urgence, Miller, qui était au volant, s'est rangé sur le bas-côté de la route et a arrêté l'automobile. Lorsque le policier est sorti de sa voiture pour demander à Miller de produire son permis de conduire et de sortir de l'automobile, Cockriell a appuyé sur la détente de la carabine

police officer got out of his car and came over to ask Miller for his driver's licence and then asked him to get out of his car, the loaded, cocked rifle which was resting on Miller's arms was discharged by Cockriell pulling the trigger. The bullet struck the police officer in the chest causing his death.

The defences of the two appellants are described at p. 4 of the Report of Mr. Justice Robertson's reasons as follows:

The theory of Miller's defence was that he never intended anything by what he said about shooting a policeman: it was drunk talk; that he was too drunk to form the intention to shoot the policeman; that he had no idea that Cockriell would ever do such a thing and that what Cockriell did was an accident; and that in fact Miller did not do it.

The theory of Cockriell's defence was that he never formed any intention to shoot a policeman: his talk was just drunk talk for the purpose of attracting attention; that he did not know the gun was loaded; that if he ever had any intention, he had abandoned it before the event; and that in any event the rifle was discharged by accident. (He did not rely on drunkenness.)

The defence of abandonment was advanced in this Court on Cockriell's behalf, but there is no evidence to indicate that he at any time communicated "his intention to abandon the common purpose" to his associate, Miller, and "timely communication" of such intention amounting, where "practicable and reasonable", to "unequivocal notice" has been characterized as "an essential element" of this defence by Sloan J.A. in *R. v. Whitehouse* (Elias Savage)¹⁸, at pp. 115 and 116. This view was recently unanimously adopted in the Court of Criminal Appeal in England in *R. v. Becerra and Cooper*, decided on December 16, 1975, but as yet unreported, and as I share it, I cannot find any ground for holding that Cockriell had abandoned his intention to associate himself with the criminal purpose before the crime was committed.

The learned trial judge refused to order separate trials for the appellants or to sever their defences,

armée que Miller avait sur les bras. Le policier a reçu la balle en pleine poitrine et en est mort.

Le juge Robertson expose la défense des deux appelants, à la p. 4 du recueil:

[TRADUCTION] Selon la thèse de la défense de Miller, ce dernier n'était pas sérieux quand il parlait de tuer un policier: c'étaient des propos d'ivrogne, il était trop ivre pour former l'intention de tirer sur le policier; il n'avait jamais imaginé que Cockriell le ferait et l'acte de Cockriell était un accident; en fait ce n'est pas Miller qui a tiré.

Selon la thèse de la défense de Cockriell, il n'avait jamais formé l'intention de tirer sur un policier: il était ivre et ses propos ne visaient qu'à attirer l'attention; il ignorait que la carabine était chargée; s'il a eu quelque intention de tuer, il a abandonné cette idée avant l'incident; de toute façon la carabine s'est déchargée par accident. (Il n'a pas invoqué son ivresse).

On a invoqué devant cette Cour, à l'égard de Cockriell, l'abandon de l'intention, mais aucune preuve n'indique qu'il ait à quelque moment fait part à son associé Miller de [TRADUCTION] «son intention d'abandonner la fin commune»; or, le juge Sloan a défini, dans *R. v. Whitehouse* (Elias Savage)¹⁸, aux pp. 115 et 116, la [TRADUCTION] «communication en temps opportun» de cette intention équivalant, lorsque c'est [TRADUCTION] «possible et raisonnable», à un [TRADUCTION] «avis sans équivoque», comme étant un [TRADUCTION] «élément essentiel» de cette défense. Récemment, le 16 décembre 1975, la Court of Criminal Appeal, en Angleterre, a adopté cette opinion à l'unanimité dans *Rex v. Becerra and Cooper* (non encore publié), et puisque je partage cette opinion, j'estime que rien ne me permet de conclure que Cockriell a effectivement abandonné l'intention de participer à la réalisation de la fin criminelle avant la perpétration du crime.

Le savant juge de première instance a refusé d'ordonner des procès distincts pour les appelants

¹⁸ [1941] 1 W.W.R. 112.

¹⁸ [1941] 1 W.W.R. 112.

and after a lengthy trial the jury convicted both Miller and Cockriell.

In appealing to the Court of Appeal the errors alleged in the conduct of the trial concerned a failure so to order separate trials and separate defences, alleged misdirection as to the admissibility and use of certain evidence, failure to review the theories of the defences and misdirection as to drunkenness in the case of Miller.

In the course of his reasons for judgment in the Court of Appeal, Robertson J.A. expressed the opinion that the trial judge should have instructed the jury specifically that

... Miller could, though otherwise guilty of the same offence, [*i.e.* murder] be convicted of manslaughter if the jury were of the opinion that, because of drunkenness, he was unable to form the necessary intent.

He went on to say:

However, in view of the fact that earlier the Judge had stated the proposition correctly, and of the fact that the evidence showed only some degree of effect on Miller of the beer that he had drunk, I cannot consider the error to be of significance.

Mr. Justice Robertson went on to say at p. 43 of the Report:

Limiting myself to the arguments presented, I can see no error in the charge on the verdicts that were open, except for the misdirection I have referred to with respect to Miller and drunkenness. However, in my consideration of the record to ascertain whether there are present any other grounds upon which either of the convictions ought to be set aside, there has occurred to me a point that, in my respectful opinion, indicates a misdirection of the jury by the learned trial Judge in his charge, particularly with respect to Miller.

This latter point concerned the interaction of s. 214 and s. 21 of the *Criminal Code* which reads as follows:

- 21.** (1) Every one is a party to an offence who
- (a) actually commits it,
 - (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it, or
 - (c) abets any person in committing it.

et de séparer leurs défenses, et, après un long procès, le jury a déclaré Miller et Cockriell coupables.

L'appel devant la Cour d'appel se fondait sur des prétendues erreurs dans la conduite du procès: le défaut d'ordonner des procès distincts et des défenses séparées, une directive prétendument erronée sur la question de la recevabilité et de l'utilisation de certaines preuves, le défaut d'analyser les thèses de chaque défense et une directive erronée relative à l'ivresse dans le cas de Miller.

Dans ses motifs de jugement en Cour d'appel, le juge Robertson a déclaré que le juge de première instance aurait dû indiquer précisément au jury que

[TRADUCTION] ... même s'il était à tous autres égards coupable de la même infraction [c.-à-d. de meurtre], Miller pouvait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable si le jury concluait que, vu son état d'ivresse, il ne pouvait former l'intention requise.

Mais il a ajouté:

[TRADUCTION] Cependant, comme le juge avait déjà correctement exposé ce point au jury et comme la preuve révélait que Miller n'était pas très troublé par sa consommation de bière, je ne peux pas considérer l'erreur comme grave.

Le juge Robertson a ensuite déclaré, à la p. 43 du recueil:

[TRADUCTION] Si je m'en tiens à l'argumentation présentée, je ne vois dans l'exposé aucune erreur quant aux verdicts possibles, à l'exception de la directive erronée que j'ai mentionnée relativement à l'ivresse de Miller. Cependant, en étudiant attentivement le dossier en vue de déterminer si d'autres motifs justifieraient l'annulation de l'une ou l'autre des déclarations de culpabilité, j'ai relevé un point qui, à mon humble avis indique que le savant juge du procès a fait une erreur dans son exposé au jury, particulièrement en ce qui concerne Miller.

Cette remarque vise l'effet conjugué des art. 214 et 21 du *Code criminel*; voici le texte de l'art. 21:

- 21.** (1) Est partie à une infraction quiconque
- a) la commet réellement,
 - b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou
 - c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

This further ground which presented itself to Mr. Justice Robertson is summarized at pp. 44 and 45 of the Report where he says:

There is a marked difference between parts of s. 214(2) and parts of s. 21. The latter has not anywhere in it the words "by his own act". Section 214(2) uses the words "assisted", "counselled" and "procured", while s. 21(1) uses the words "aiding" and "abets". . . . Section 21(2) (which does use the word "assist") can have no application to the first class of murder in s. 214(2) because it is designed to make responsible as a party one who has not "by his own act" committed the offence and so is inconsistent with that class. Section 214(2) is, therefore, its own code and neither subsection of s. 21 can be applied to it. But there is nothing in s. 21 that is inconsistent with s. 214(3) and so s. 21 may be applied in a case of murder punishable otherwise than by death.

It follows that, where a person commits the murder of a police officer acting in the course of his duties but the case does not fall within s. 214(2), it will fall within s. 214(3) and the murder will be punishable by imprisonment for life.

In concluding his observations in this regard, Mr. Justice Robertson says of the trial judge at p. 50:

He later instructed the jury that the verdicts that it was open to them to find were guilty of murder punishable by death, guilty of manslaughter and not guilty. He said nothing about guilty of murder punishable by imprisonment for life being a verdict open to the jury in the case of Miller, and this was error, as I have shown.

The authorities to which reference is made in support of this argument are *R. v. Côté*¹⁹, and *R. v. Black*²⁰, both of which are concerned with the effect of s. 202 of the former *Criminal Code*

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entr'aider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

Le juge Robertson a expliqué, aux pp. 44 et 45 du recueil, comment il envisageait ce motif:

[TRADUCTION] Il y a une nette différence entre le par. 214(2) et l'art. 21. Ce dernier article n'utilise nulle part l'expression «par son propre fait». Le par. 214(2) emploie les mots «a aidé», «a conseillé» et «a incité», alors que le par. 21(1) emploie les termes «aider» et «encourager». . . . Le par. 21(2) (qui emploie le mot «entr'aider») ne peut s'appliquer à la première catégorie de meurtres du par. 214(2), parce qu'il vise à rendre partie à une infraction une personne qui n'a pas «par son propre fait» commis l'infraction ce qui est incompatible avec cette catégorie. Le par. 214(2) se suffit donc à lui-même et aucun des paragraphes de l'art. 21 ne peut s'y appliquer. Cependant, l'art. 21 n'est pas incompatible avec le par. 214(3) et il peut donc s'appliquer à un meurtre punissable autrement que par la peine de mort.

Il s'ensuit donc que dans le cas du meurtre d'un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, qui ne relève pas du par. 214(2), le par. 214(3) est applicable et ce meurtre est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

En conclusion, le juge Robertson a ajouté à propos de l'exposé du juge du procès (p. 50)

[TRADUCTION] Il a ensuite indiqué au jury qu'il pouvait rendre les verdicts suivants: coupable de meurtre punissable de mort, coupable d'homicide involontaire coupable ou non coupable. Il n'a pas informé le jury qu'il pouvait rendre, dans le cas de Miller, un verdict de culpabilité de meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité et cela, comme je l'ai démontré, constitue une erreur.

On a invoqué, à l'appui de cette thèse, *R. c. Côté*¹⁹, et *R. c. Black*²⁰, qui portent tous deux sur l'effet de l'art. 202 de l'ancien *Code criminel* (1953-54 (Can.), c. 51) et où, dans chaque cas, le meurtre

¹⁹ [1964] S.C.R. 358.

²⁰ [1966] 1 O.R. 683.

¹⁹ [1964] R.C.S. 358.

²⁰ [1966] 1 O.R. 683.

(1953-54 (Can.), c. 51) and in each of which the alleged murder had been committed in the course of robbery. With the greatest respect, I do not consider these authorities to be applicable to the present circumstances and I would not wish to be taken as affirming the reasons for judgment of the majority of the Court of Appeal in this regard.

In any event, after a careful review of all the grounds of appeal taken by each appellant, Mr. Justice Robertson saw fit to apply the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and found that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred. The following passage appears at p. 59 of the Report where he said:

Earlier in these reasons I set out a number of passages from the evidence of the two accused given under oath in open court at the trial and I followed them with a summary that began with this sentence: "This evidence of the accused themselves (with the gaps filled in by other evidence about which there is no dispute) presents a damning *prima facie* picture of a deliberate murder". Without more, that body of evidence is such that no jury properly instructed could reach any conclusion but that both accused were guilty. It is so complete that nothing in the post-arrest statements that was not either repeated or confirmed in the accuseds' evidence at trial added anything of an inculpatory nature to which there was any substantial significance.

In applying the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, Mr. Justice Robertson found that the Crown had discharged the onus which is now generally accepted as the test in such cases and which was stated by this Court in *Brooks v. The King*²¹, and recently restated by Mr. Justice Spence in *Ambrose v. The Queen*, as yet unreported²²:

... the onus is upon the Crown to satisfy the Court that the jury, charged as it should have been, could not, as reasonable men, have done otherwise than find the appellant guilty.

The penultimate paragraph of Mr. Justice Robertson's reasons for judgment, with which I agree, is phrased as follows:

allégué avait été commis au cours d'un vol qualifié. Avec égards, je ne pense que cette jurisprudence s'applique aux circonstances de l'espèce et je ne veux pas qu'on croie que je souscris aux motifs du jugement de la majorité de la Cour d'appel à ce sujet.

Quoi qu'il en soit, après un examen attentif des moyens d'appel de chaque appelant, le juge Robertson a jugé approprié d'appliquer le sous-alinéa 613(1)b)(iii) du *Code criminel* et conclu qu'aucun tort important ni déni de justice ne s'était produit. On trouve ce qui suit à la p. 59 du recueil:

[TRADUCTION] Plus haut dans ces motifs, j'ai cité certains extraits des témoignages des deux accusés, faits sous serment à l'audition du procès, et je les ai résumés en commençant par la phrase suivante: «Ces témoignages des accusés eux-mêmes (dont les lacunes ont été comblées par d'autres parties non contestées de la preuve) établissent *prima facie* un meurtre prémédité». Cette partie de la preuve est tellement accablante qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu conclure autrement qu'à la culpabilité des deux accusés. Cette preuve est tellement complète que rien dans les déclarations faites après l'arrestation qui n'a pas été répété ou confirmé par les accusés au procès n'apporte d'élément nouveau de nature incriminante d'une importance quelconque.

En appliquant les dispositions du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code criminel*, le juge Robertson a conclu que le ministère public s'était acquitté de la charge de la preuve qui est maintenant généralement acceptée comme critère dans de tels cas. Cette Cour l'a définie dans *Brooks c. Le Roi*²¹, définition récemment reprise par le juge Spence dans *Ambrose c. La Reine*, non encore publié²²:

[TRADUCTION] ... il incombe au ministère public de convaincre la Cour que si les jurés avaient reçu les directives qu'ils auraient dû recevoir, ils n'auraient pu raisonnablement faire autrement que trouver l'appelant coupable.

Dans l'avant-dernier alinéa de ses motifs de jugement, auxquels je souscris, le juge Robertson s'est exprimé comme suit:

²¹ [1927] S.C.R. 633.

²² Since reported 30 C.C.C. (2d) 97.

²¹ [1927] R.C.S. 633.

²² Maintenant publié 30 C.C.C. (2d) 97.

I can now answer the questions that I put to myself and my answers are these. Had there been no misdirection; (i) the verdicts would necessarily have been the same; (ii) the jury, as reasonable men, could not have done otherwise than find the accused guilty; and (iii) there is no possibility that the jury would have had a reasonable doubt as to the guilt of either of the accused.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

In conclusion it appears to me to be desirable to consider the "transitional" provisions of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, being the statute repealing the death penalty provisions of the *Criminal Code* which was enacted after the hearing of these appeals and to which reference is made in the earlier part of these reasons. The relevant provisions are found in s. 25(1) and (2) of that Act.

Section 25(1) reads as follows:

25. (1) If, on the day this Act comes into force, any person is under a sentence of death for murder punishable by death that has not been commuted, that sentence thereupon becomes a sentence of imprisonment for life for first degree murder without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence.

This section applies to any person under sentence of death at the time when the Act "comes into force" whose sentence has not been commuted, and I think that such a person is to be taken as being one who has either not appealed against conviction or whose rights to appeal have been exhausted or abandoned before seeking to invoke the authority of the Governor in Council to commute the sentence in accordance with s. 684(1) of the *Code*. On the other hand the case of persons like the appellants who have appealed and whose appeals have not been disposed of until after the coming into force of the Act, is separately dealt with under s. 25(2) which in my view applies directly and with full force to the present case. That section reads as follows:

25. (2) If, after the coming into force of this Act, an appeal against conviction by a person under a sentence of death upon the coming into force of this Act for murder punishable by death is dismissed, that sentence thereupon becomes a sentence of imprisonment for life

[TRADUCTION] Je peux donc répondre aux questions que je m'étais préalablement posées: s'il n'y avait eu aucune directive erronée, (i) les verdicts auraient été nécessairement les mêmes, (ii) le jury n'aurait pu raisonnablement faire autrement que déclarer les appelants coupables, et (iii) le jury n'aurait pu entretenir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'un ou l'autre des accusés.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour tous ces motifs.

En conclusion, il me semble approprié d'étudier les dispositions «transitoires» de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, (n° 2)* qui a abrogé les dispositions relatives à la peine de mort du *Code criminel*. Il s'agit de dispositions édictées après l'audition de ces pourvois et que j'ai mentionnées au début de ces motifs. Les dispositions pertinentes de cette Loi sont les par. 25(1) et (2).

Voici le texte du par. 25(1):

25. (1) Dès l'entrée en vigueur de la présente loi, toute peine de mort prononcée pour meurtre punissable de mort, qui n'a pas été commuée avant cette date, l'est en un emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré, assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans.

Cet article s'applique à toute personne condamnée à la peine de mort avant «l'entrée en vigueur» de la Loi et dont la sentence n'a pas été commuée. A mon avis, cette disposition vise une personne qui n'a pas interjeté appel de sa condamnation ou qui a épuisé ou abandonné tout recours avant de demander au gouverneur en conseil la commutation de la peine en conformité du par. 684(1) du *Code*. En revanche, le cas de personnes qui, comme les appelants, ont interjeté appel et dont les appels n'ont pas été réglés avant l'entrée en vigueur de la Loi, relève du par. 25(2), qui s'applique pleinement à mon avis en l'espèce. Cet article se lit comme suit:

25. (2) Après l'entrée en vigueur de la présente loi, toute peine de mort prononcée, avant cette date, pour meurtre punissable de mort est, dès le rejet de tout appel interjeté par le condamné de sa déclaration de culpabilité, commuée en un emprisonnement à perpétuité pour

for first degree murder without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence.

The Act of which this section is a part came into force on July 26, 1976, (*Canada Gazette*, Part II, vol. 110, No. 15), at which time an appeal was outstanding against the convictions of the two appellants for "murder punishable by death" and they were both "under sentence of death". It follows that if these appeals are dismissed the sentences of death will thereupon become sentences of imprisonment for life for first degree murder without eligibility for parole *until they have each served twenty-five years of their respective sentences*.

There is no doubt that the enactment of s. 25 and the repeal of ss. 214 and 218 of the *Criminal Code* by ss. 4 and 5 of the same Act makes any discussion of whether or not punishment by death is cruel and unusual an academic one in so far as future cases are concerned, but the contention advanced on behalf of the appellants that ss. 214 and 218 of the *Code* as they stood at the time of the murder and of the trial and both appeals were made inoperative by s. 2(b) of the *Bill of Rights*, is not disposed of by s. 25 of the new Act.

As I have already indicated, the indictable offence of "murder punishable by death" was created by s. 218(1) of the *Code* as it stood before the 1976 amendment in the following terms:

218. (1) Every one who commits murder punishable by death is guilty of an offence and shall be sentenced to death.

and the former s. 214 which defined the type of murder punishable by death also provided in its concluding section 214(3) that "all murder other than murder punishable by death is punishable by imprisonment for life".

If effect were given to the argument that ss. 214 and 218 of the *Code* had been rendered inoperative by the provisions of s. 2(b) of the *Bill of Rights*, then it would follow that the Court, acting under the law as it then existed, should "allow the appeal, quash the conviction for murder punishable by death and substitute a conviction for murder punishable by life imprisonment", which is

meurtre au premier degré, assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans.

Cet article fait partie d'une loi qui est entrée en vigueur le 26 juillet 1976 (*Gazette du Canada*, partie II, vol. 110 n° 15). A cette époque, les appelants avaient interjeté appel de leur condamnation pour «meurtre punissable de mort» et étaient tous deux condamnés à mort. Il s'ensuit que si les pourvois sont rejetés les peines de mort seront commuées en un emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré et assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans respectivement.

Il est certain que la promulgation de l'art. 25 et l'abrogation des art. 214 et 218 du *Code criminel* par les art. 4 et 5 de la même loi font de la question du caractère cruel et inusité de la peine de mort une question purement théorique pour l'avenir, mais l'argument avancé par les appelants, à savoir que les art. 214 et 218 du *Code* en vigueur à l'époque du meurtre, du procès et de leurs deux appels étaient rendus inopérants par le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, n'est pas réglé par l'art. 25 de la nouvelle loi.

Comme je l'ai déjà indiqué, c'est par l'art. 218(1) du *Code* en vigueur avant la modification de 1976, que l'acte criminel de «meurtre punissable de mort» a été créé. Voici les termes de cet ancien article:

218. (1) Quiconque commet un meurtre punissable de mort est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à mort.

et l'ancien art. 214 qui définissait les meurtres punissables de mort, prévoyait également au par. (3) que «tout meurtre autre qu'un meurtre punissable de mort est passible d'emprisonnement à perpétuité».

Si l'on admet que les art. 214 et 218 du *Code* ont été rendus inopérants par le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour devrait donc, se fondant sur le droit en vigueur à l'époque, «accueillir le pourvoi, infirmer la condamnation pour meurtre punissable de mort et la remplacer par une condamnation à l'emprisonnement à perpétuité», ce qui correspond à l'ordonnance deman-

the order sought by the appellants under this head of their appeal.

In the result, by allowing the appeal on this ground, the Court would have performed the function of rendering ss. 214 and 218 inoperative, which end was achieved by Parliament when it repealed these sections.

It will be observed that s. 25(2) only applies to "a person under sentence of death . . . for murder punishable by death" and it is only such a person whose sentence "thereupon becomes a sentence of imprisonment for life for first degree murder without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence". If s. 2(b) of the *Bill of Rights* had already had the effect of rendering ss. 214 and 218 inoperative, then these appellants could not have been found guilty of "murder punishable by death" and, as the law then stood, the only sentence which could have been imposed would have been one of imprisonment for life under s. 214(3). The question therefore becomes one of first importance to the appellants because if these appeals were to be allowed rather than dismissed, and if the convictions "for murder punishable by death" were to be quashed, there would be no provision rendering either of the appellants *ineligible* "for parole until he had served twenty-five years of his sentence". Whether or not the appellants are to be denied parole for the first twenty-five years of their sentences therefore depends upon whether or not ss. 214 and 218 of the *Code* were rendered inoperative by s. 2(b) of the *Bill of Rights*, and the answer to this latter question is by no means an academic one.

It is for these reasons that I have considered it important, notwithstanding the provisions of the 1976 Act, to develop the argument that when the provisions of s. 2(b) of the *Bill* are read in light of those of s. 1(a), it becomes apparent that Parliament did not thereby intend to create any right in the individual not to be deprived of life if he were duly convicted of "murder punishable by death", on the ground that such deprivation constituted cruel and unusual treatment.

BEETZ J.—I do not find it necessary, for the purpose of this case, to express any view as to

dée par les appelants sous ce chef dans le présent pourvoi.

En définitive, en accueillant le pourvoi sur ce point, la Cour rendrait les art. 214 et 218 inopérants, ce qui correspond à ce qu'a fait le Parlement en abrogeant ces articles.

Soulignons que le par. 25(2) ne s'applique que dans le cas de la «peine de mort prononcée . . . pour meurtre punissable de mort» et ce n'est que dans ce cas que la peine de mort est «commuée en un emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré, assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans». Si le par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* avait déjà eu pour effet de rendre inopérants les art. 214 et 218, les appelants n'auraient donc pas pu être déclarés coupables de «meurtre punissable de mort» et, selon la loi en vigueur à l'époque, la seule sentence qu'on pouvait imposer était l'emprisonnement à perpétuité en vertu du par. 214(3). Cette question prend donc une grande importance pour les appelants car si ces pourvois devaient être accueillis au lieu d'être rejetés et si les condamnations pour «meurtre punissable de mort» devaient être infirmées, aucune disposition ne viendrait leur imposer «un délai préalable à la libération conditionnelle de vingt-cinq ans». La question de savoir si les appelants peuvent ou non obtenir une libération conditionnelle avant d'avoir purgé vingt-cinq ans de leur sentence dépend donc de l'effet du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* sur les anciens art. 214 et 218 du *Code* et cette question est loin d'être purement théorique.

C'est pour ces motifs que j'ai estimé important, malgré les dispositions de la Loi de 1976, d'exposer que lorsque les dispositions du par. 2b) de la *Déclaration* sont lues en corrélation avec celles du par. 1a), il devient évident que le Parlement n'entendait pas accorder à l'individu régulièrement déclaré coupable «de meurtre punissable de mort» le droit de ne pas être privé de la vie, au motif que cela constituerait un traitement cruel et inusité.

LE JUGE BEETZ—Je n'estime pas nécessaire, aux fins de ce pourvoi, de me prononcer sur la

whether or not s. 2 of the *Canadian Bill of Rights* creates new rights or as to whether or not it is subordinate to s. 1.

However, I do agree with Mr. Justice Ritchie that s. 1 throws some light on s. 2, that the words "cruel and unusual" in s. 2(b) are to be read conjunctively and refer to "treatment or punishment" which is both cruel and unusual and that punishment by death for murder is not contrary to s. 2(b).

I also agree with Mr. Justice Ritchie on the effect of the *Criminal Law Amendment Act* (No. 2), 1976 and on the merits of this case.

I would dismiss the appeals.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant, John Harvey Miller: Rankin, Robertson & Co., Vancouver.

Solicitors for the appellant, Vincent John Roger Cockriell: Deverell, Harrop & Co., Vancouver.

Solicitors for the respondent: Rowan & Cram, Vancouver.

question de savoir si l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* crée de nouveaux droits ni sur la question de savoir si l'art. 1 doit prévaloir.

Cependant, je partage l'opinion de M. le juge Ritchie que l'art. 1 jette de la lumière sur l'art. 2, que les mots «cruel et inusité» au par. 2b) doivent être pris en conjonction et qualifient les mots «traitement ou peine» qui sont à la fois cruels et inusités et que la peine de mort pour meurtre n'enfreint pas le par. 2b).

Je me range également à l'avis du juge Ritchie quant à l'effet de la *Loi de 1976 modifiant le Droit pénal*, (n° 2) et à sa décision sur le fond de l'affaire.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appellant, John Harvey Miller: Rankin, Robertson & Co., Vancouver.

Procureurs de l'appellant, Vincent John Roger Cockriell: Deverell, Harrop & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Rowan & Cram, Vancouver.