



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2001 Vol. 1

1^{er} cahier, 2001 Vol. 1

Cited as [2001] 1 S.C.R. 3-219

Renvoi [2001] 1 R.C.S. 3-219

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

R. v. Latimer 3

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Accused convicted of second degree murder after killing his severely disabled daughter — Criminal Code providing for mandatory minimum sentence of life imprisonment with no chance of parole for 10 years — Whether imposition of mandatory minimum sentence for second degree murder constitutes “cruel and unusual punishment” in this case, so that accused should receive constitutional exemption from minimum sentence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 235, 745(c).

Criminal law — Defences — Defence of necessity — Accused convicted of second degree murder after killing his severely disabled daughter — Trial judge removing defence of necessity from jury after counsel’s closing addresses — Whether jury should have been allowed to consider defence of necessity — Whether timing of trial judge’s ruling as to availability of defence rendered accused’s trial unfair.

Criminal law — Trial — Jury — Fairness of trial — Jury nullification — Accused convicted of second degree murder following death of his severely disabled daughter — Whether trial unfair because trial judge misled jury into believing it would have some input into appropriate sentence, thereby lessening chance of jury nullification.

R. v. Parrott 178

Criminal law — Evidence — Hearsay exception — Expert witnesses — Whether mentally challenged complainant must be called as witness on *voir dire* to assess necessity component of principled approach to admitting hearsay evidence — Whether trial judge erred in relying entirely on expert evidence directed at *voir dire* issue of testimonial competence — Whether complainant’s out-of-court statements are inadmissible at trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.

R. v. Sharpe..... 45

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Whether possession of expressive material protected by right to freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Whether Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing right to liberty — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Crown conceding that Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing freedom of expression — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Latimer 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Accusé ayant tué sa fille gravement handicapée déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le Code criminel prévoit une peine minimale obligatoire d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans — L’imposition de la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré constitue-t-elle « une peine cruelle et inusitée » en l’espèce, de sorte que l’accusé devrait bénéficier d’une exemption constitutionnelle de la peine minimale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 235, 745c).

Droit criminel — Moyens de défense — Moyen de défense fondé sur la nécessité — Accusé ayant tué sa fille gravement handicapée déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Élimination par le juge du procès du moyen de défense fondé sur la nécessité après l’exposé final des avocats — Le jury aurait-il dû avoir la possibilité d’examiner le moyen de défense fondé sur la nécessité? — Le moment où le juge du procès a rendu sa décision sur la possibilité d’invoquer la nécessité comme moyen de défense a-t-il nui à l’équité du procès de l’accusé?

Droit criminel — Procès — Jury — Équité du procès — Annulation par le jury — Accusé ayant tué sa fille gravement handicapée déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le fait pour le juge du procès d’induire le jury en erreur en l’amenant à croire qu’il participerait à la détermination de la peine porte-t-il atteinte à l’équité du procès en diminuant la possibilité d’annulation par le jury?

R. c. Parrott 178

Droit criminel — Preuve — Exception à la règle du oui-dire — Témoins experts — Une plaignante ayant une déficience mentale doit-elle témoigner au cours d’un voir-dire afin de permettre l’évaluation du critère de la nécessité établi selon la méthode moderne de réception de la preuve par oui-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en se fondant uniquement sur la preuve d’expert sur la question de la compétence de la plaignante à témoigner au voir-dire? — Les déclarations extrajudiciaires de la plaignante sont-elles inadmissibles au procès? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

R. c. Sharpe..... 45

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Pornographie juvénile — La possession de matériel expressif est-elle protégée par le droit à la liberté d’expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — L’interdiction de la possession de pornographie juvénile prévue au Code criminel porte-t-elle atteinte au droit à la liberté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Child pornography — Criminal Code prohibiting possession of child pornography — Scope of definition of “child pornography” — Defences available — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Pornographie juvénile — Ministère public reconnaissant que l’interdiction de la possession de pornographie prévue au Code criminel porte atteinte à la liberté d’expression — L’atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des/droits et libertés, art. 1 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Droit criminel — Pornographie juvénile — Possession de pornographie juvénile interdite par le Code criminel — Portée de la définition de « pornographie juvénile » — Moyens de défense disponibles — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1.

**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Volume 1, 2001

1^{er} volume, 2001

Robert William Latimer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Canadian Civil Liberties Association, the Canadian AIDS Society, the Council of Canadians with Disabilities, the Saskatchewan Voice of People with Disabilities, the Canadian Association for Community Living, People in Equal Participation Inc., DAWN Canada: DisAbled Women's Network of Canada, People First of Canada, the Catholic Group for Health, Justice and Life, the Evangelical Fellowship of Canada, the Christian Medical and Dental Society and Physicians for Life *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. LATIMER

Neutral citation: 2001 SCC 1.

File No.: 26980.

2000: June 14; 2001: January 18.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Accused convicted of second degree murder after killing his severely disabled daughter — Criminal Code providing for mandatory minimum sentence of life imprisonment with no chance of parole for 10 years — Whether imposition of mandatory minimum sentence for second degree murder constitutes "cruel and unusual punishment" in this case, so that accused should receive constitutional exemption from minimum sentence — Canadian Charter of Rights and

Robert William Latimer *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, l'Association canadienne des libertés civiles, la Société canadienne du SIDA, le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Saskatchewan Voice of People with Disabilities, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, la People in Equal Participation Inc., DAWN Canada : Réseau d'action des femmes handicapées du Canada, Des personnes d'abord du Canada, le Catholic Group for Health, Justice and Life, l'Alliance évangélique du Canada, la Christian Medical and Dental Society et Physicians for Life *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. LATIMER

Référence neutre : 2001 CSC 1.

N° du greffe : 26980.

2000 : 14 juin; 2001 : 18 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Accusé ayant tué sa fille gravement handicapée déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le Code criminel prévoit une peine minimale obligatoire d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans — L'imposition de la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré constitue-t-elle « une peine cruelle et inusitée » en l'espèce, de sorte que l'accusé devrait bénéficier d'une exemption constitutionnelle de la peine

Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 235, 745(c).

Criminal law — Defences — Defence of necessity — Accused convicted of second degree murder after killing his severely disabled daughter — Trial judge removing defence of necessity from jury after counsel's closing addresses — Whether jury should have been allowed to consider defence of necessity — Whether timing of trial judge's ruling as to availability of defence rendered accused's trial unfair.

Criminal law — Trial — Jury — Fairness of trial — Jury nullification — Accused convicted of second degree murder following death of his severely disabled daughter — Whether trial unfair because trial judge misled jury into believing it would have some input into appropriate sentence, thereby lessening chance of jury nullification.

The accused was charged with first degree murder following the death of T, his 12-year-old daughter who had a severe form of cerebral palsy. T was quadriplegic and her physical condition rendered her immobile. She was said to have the mental capacity of a four-month-old baby, and could communicate only by means of facial expressions, laughter and crying. T was completely dependent on others for her care. She suffered five to six seizures daily, and it was thought that she experienced a great deal of pain. She had to be spoon-fed, and her lack of nutrients caused weight loss. There was evidence that T could have been fed with a feeding tube into her stomach, an option that would have improved her nutrition and health, and that might also have allowed for more effective pain medication to be administered, but the accused and his wife rejected this option. After learning that the doctors wished to perform additional surgery, which he perceived as mutilation, the accused decided to take his daughter's life. He carried T to his pickup truck, seated her in the cab, and inserted a hose from the truck's exhaust pipe into the cab. T died from the carbon monoxide. The accused at first maintained that T had simply passed away in her sleep, but later confessed to having taken her life. The accused was found guilty of second degree murder and sentenced to life imprisonment without parole eligibility

minimale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 235, 745c).

Droit criminel — Moyens de défense — Moyen de défense fondé sur la nécessité — Accusé ayant tué sa fille gravement handicapée déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Élimination par le juge du procès du moyen de défense fondé sur la nécessité après l'exposé final des avocats — Le jury aurait-il dû avoir la possibilité d'examiner le moyen de défense fondé sur la nécessité? — Le moment où le juge du procès a rendu sa décision sur la possibilité d'invoquer la nécessité comme moyen de défense a-t-il nui à l'équité du procès de l'accusé?

Droit criminel — Procès — Jury — Équité du procès — Annulation par le jury — Accusé ayant tué sa fille gravement handicapée déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le fait pour le juge du procès d'inclure le jury en erreur en l'amenant à croire qu'il participerait à la détermination de la peine porte-t-il atteinte à l'équité du procès en diminuant la possibilité d'annulation par le jury?

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré à la suite de la mort de T, sa fille de 12 ans qui souffrait d'une paralysie cérébrale grave. T est quadriplégique et son état physique la rend immobile. T aurait la capacité mentale d'un bébé de quatre mois et elle ne peut communiquer qu'au moyen d'expressions du visage, de rires et de pleurs. Elle dépend entièrement des autres pour prendre soin d'elle. Elle a cinq à six crises d'épilepsie par jour et on croit qu'elle souffre énormément. Elle doit être nourrie à la cuillère et son manque d'éléments nutritifs lui fait perdre du poids. Des éléments de preuve démontrent que T aurait pu être nourrie à l'aide d'une sonde positionnée dans son estomac, ce qui aurait amélioré son alimentation et sa santé et aurait également pu permettre l'administration d'analgésiques plus efficaces, mais l'accusé et sa femme ont rejeté cette option. Après avoir appris que les médecins veulent effectuer une intervention chirurgicale supplémentaire, qu'il percevait comme étant de la mutilation, l'accusé décide d'enlever la vie à sa fille. Il emmène T à sa camionnette, l'assoit dans la cabine et insère dans la cabine un boyau lié au tuyau d'échappement de la camionnette. T meurt d'intoxication par le monoxyde de carbone. L'accusé soutient d'abord que T est simplement morte dans son sommeil, mais admet plus tard lui avoir enlevé la vie. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième

for 10 years; the Court of Appeal upheld the accused's conviction and sentence, but this Court ordered a new trial.

During the second trial defence counsel asked the trial judge for a ruling, in advance of his closing submissions, on whether the jury could consider the defence of necessity. The trial judge told counsel that he would rule on necessity after the closing submissions, and later ruled that the defence was not available. In the course of its deliberations, the jury sent the trial judge a note inquiring, in part, whether it could offer any input into sentencing. The trial judge told the jury it was not to concern itself with the penalty. He added: "it may be that later on, once you have reached a verdict, you – we will have some discussions about that". After the jury returned with a guilty verdict, the trial judge explained the mandatory minimum sentence of life imprisonment, and asked the jury whether it had any recommendation as to whether the ineligibility for parole should exceed the minimum period of 10 years. Some jury members appeared upset, according to the trial judge, and later sent a note asking him if they could recommend less than the 10-year minimum. The trial judge explained that the *Criminal Code* provided only for a recommendation over the 10-year minimum, but suggested that the jury could make any recommendation it liked. The jury recommended one year before parole eligibility. The trial judge then granted a constitutional exemption from the mandatory minimum sentence, sentencing the accused to one year of imprisonment and one year on probation. The Court of Appeal affirmed the conviction but reversed the sentence, imposing the mandatory minimum sentence of life imprisonment without parole eligibility for 10 years.

Held: The appeals against conviction and sentence should be dismissed.

The defence of necessity is narrow and of limited application in criminal law. The accused must establish the existence of the three elements of the defence. First, there is the requirement of imminent peril or danger.

degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans; la Cour d'appel a confirmé cette déclaration de culpabilité ainsi que la peine d'emprisonnement, mais notre Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Au cours du second procès, l'avocat de la défense a demandé au juge du procès de décider, avant sa plaidoirie finale, si le jury pouvait examiner le moyen de défense fondé sur la nécessité. Le juge du procès l'a informé qu'il se prononcerait sur la nécessité après les exposés finals et a décidé par la suite que ce moyen de défense ne pouvait pas être invoqué. Au cours de ses délibérations, le jury a fait parvenir au juge du procès une note dans laquelle il lui demandait notamment s'il pouvait participer à la détermination de la peine. Le juge du procès a répondu aux jurés qu'ils ne devaient pas se soucier de la peine à infliger. Il a ajouté : « Il se peut donc que plus tard, lorsque vous aurez prononcé le verdict, vous — nous en discussions ». Après que le jury eut prononcé un verdict de culpabilité, le juge du procès a expliqué la peine minimale obligatoire d'emprisonnement à perpétuité et a demandé aux jurés s'ils avaient une recommandation à faire quant à une prolongation de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle au-delà de la période minimale de 10 ans. Certains jurés ont paru contrariés, selon le juge, et lui ont envoyé par la suite une note dans laquelle ils lui demandaient s'ils pouvaient recommander un délai moindre que la période minimale de 10 ans. Le juge du procès a expliqué que le *Code criminel* ne prévoit que la possibilité d'une recommandation d'une période excédant la période minimale de 10 ans, mais il a indiqué que le jury pouvait recommander ce qu'il voulait. Le jury a recommandé que le délai préalable à la libération conditionnelle soit d'un an. Le juge du procès a alors accordé une exemption constitutionnelle de la peine minimale obligatoire, condamnant l'accusé à une peine d'emprisonnement d'un an et à une période de probation également d'un an. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité mais elle a infirmé la peine, imposant la peine minimale obligatoire, soit l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans.

Arrêt : Les pourvois interjetés contre la déclaration de culpabilité et contre la peine sont rejetés.

Le moyen de défense fondé sur la nécessité est restreint et n'a qu'une application limitée en droit criminel. L'accusé doit démontrer l'existence de trois éléments avant de pouvoir invoquer la nécessité. Premièrement, il

Second, the accused must have had no reasonable legal alternative to the course of action he or she undertook. Third, there must be proportionality between the harm inflicted and the harm avoided. Here, the trial judge was correct to remove the defence from the jury since there was no air of reality to any of the three requirements for necessity. The accused did not himself face any peril, and T's ongoing pain did not constitute an emergency in this case. T's proposed surgery did not pose an imminent threat to her life, nor did her medical condition. It was not reasonable for the accused to form the belief that further surgery amounted to imminent peril, particularly when better pain management was available. Moreover, the accused had at least one reasonable legal alternative to killing his daughter: he could have struggled on, with what was unquestionably a difficult situation, by helping T to live and by minimizing her pain as much as possible or by permitting an institution to do so. Leaving open the question of whether the proportionality requirement could be met in a homicide situation, the harm inflicted in this case was immeasurably more serious than the pain resulting from T's operation which the accused sought to avoid. Killing a person — in order to relieve the suffering produced by a medically manageable physical or mental condition — is not a proportionate response to the harm represented by the non-life-threatening suffering resulting from that condition.

It is customary and in most instances preferable for the trial judge to rule on the availability of a defence prior to closing addresses to the jury. While the timing of the removal of the defence of necessity from the jury's consideration was later in the trial than usual, it did not render the accused's trial unfair or violate his constitutional rights. The trial judge's decision did not ambush the accused nor should it have caught him unaware.

The trial judge did not prejudice the accused's rights in replying to the question from the jury on whether it could offer input on sentencing. The trial did not become unfair simply because the trial judge undermined the jury's *de facto* power to nullify. In most if not all cases, jury nullification will not be a valid factor in analyzing trial fairness for the accused. Guarding against jury nullification is a desirable and legitimate exercise for a trial judge; in fact a judge is required to

doit y avoir danger imminent. Deuxièmement, l'accusé ne doit pas avoir d'autre solution raisonnable et légale que d'agir comme il l'a fait. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité. En l'espèce, le juge du procès a eu raison de soustraire ce moyen de défense à l'appréciation du jury car il n'y a aucune apparence de vraisemblance quant aux trois exigences relatives à la nécessité. L'accusé ne courait pas lui-même un danger et la douleur constante de T ne constituait pas une situation d'urgence en l'espèce. L'opération que l'on voulait faire subir à T ne mettait pas sa vie en danger et ne risquait pas d'aggraver son état. Il n'était pas raisonnable pour l'accusé de croire qu'une intervention chirurgicale de plus constituait un danger imminent, surtout qu'un meilleur contrôle de la douleur était possible. L'accusé disposait en outre d'au moins une solution raisonnable et légale autre que celle de tuer sa fille : il aurait pu continuer à endurer ce qui était indiscutablement une situation difficile en aidant T à vivre et en atténuant sa douleur dans toute la mesure du possible, ou permettre à un établissement de s'en charger. La question de savoir s'il est possible de respecter l'exigence de proportionnalité dans le cas d'un homicide demeurant ouverte, le mal infligé en l'espèce était démesurément plus grave que la douleur qui résulterait de l'intervention chirurgicale de T et que l'accusé cherchait à éviter. Tuer quelqu'un — dans le but de mettre fin à la douleur produite par un état de santé physique ou mental qui peut être traité par des soins médicaux — n'est pas une réaction proportionnée au mal que constitue une douleur qui ne met pas la vie en danger et qui résulte de cet état de santé.

Il est habituel et, dans la plupart des cas, préférable que le juge du procès se prononce sur la possibilité d'invoquer un moyen de défense avant les exposés finals au jury. Même si ce moyen de défense a été soustrait à l'examen du jury à une étape plus avancée du procès que d'habitude, cela n'a pas nui à l'équité du procès de l'accusé ni violé ses droits constitutionnels. La décision du juge du procès n'a pas pris l'accusé par surprise et ne devrait pas l'avoir fait non plus.

Le juge du procès n'a pas porté atteinte aux droits de l'accusé en répondant à la question du jury, qui voulait savoir s'il pouvait participer à la détermination de la peine. Le procès n'est pas devenu inéquitable du seul fait que le juge du procès a miné le pouvoir d'annulation de fait du jury. Dans la plupart voire la totalité des cas, l'annulation par le jury n'est pas un élément valable dont il faut tenir compte en analysant l'équité du procès pour l'accusé. Il est souhaitable et légitime pour le juge

take steps to ensure that the jury will apply the law properly.

The mandatory minimum sentence for second degree murder in this case does not amount to cruel and unusual punishment within the meaning of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Since in substance the accused concedes the general constitutionality of ss. 235 and 745(c) of the *Criminal Code* as these sections are applied in combination, this appeal is restricted to a consideration of the particularized inquiry and only the individual remedy sought by the accused — a constitutional exemption — is at issue. In applying s. 12, the gravity of the offence, as well as the particular circumstances of the offender and the offence, must be considered. Here, the minimum mandatory sentence is not grossly disproportionate. Murder is the most serious crime known to law. Even if the gravity of second degree murder is reduced in comparison to first degree murder, it is an offence accompanied by an extremely high degree of criminal culpability. In this case the gravest possible consequences resulted from an act of the most serious and morally blameworthy intentionality. In considering the characteristics of the offender and the particular circumstances of the offence, any aggravating circumstances must be weighed against any mitigating circumstances. On the one hand, due consideration must be given to the accused's initial attempts to conceal his actions, his lack of remorse, his position of trust, the significant degree of planning and premeditation, and T's extreme vulnerability. On the other hand, the accused's good character and standing in the community, his tortured anxiety about T's well-being, and his laudable perseverance as a caring and involved parent must be taken into account. Considered together the personal characteristics and particular circumstances of this case do not displace the serious gravity of this offence. Finally, this sentence is consistent with a number of valid penological goals and sentencing principles. Although in this case the sentencing principles of rehabilitation, specific deterrence and protection are not triggered for consideration, the mandatory minimum sentence plays an important role in denouncing murder. Since there is no violation of the accused's s. 12 right, there is no basis for granting a constitutional exemption.

du procès d'empêcher l'annulation par le jury; en fait, le juge est tenu de prendre les mesures nécessaires pour que le jury applique la loi correctement.

En l'espèce, la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré ne constitue pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme l'accusé reconnaît essentiellement la constitutionnalité générale de l'art. 235 et de l'al. 745c) du *Code criminel* dans la mesure où ces dispositions sont appliquées ensemble, le présent pourvoi ne porte que sur l'examen particularisé et seule la réparation individuelle sollicitée par l'accusé, à savoir l'exemption constitutionnelle, est en cause. La gravité de l'infraction ainsi que la situation personnelle du contrevenant et les circonstances particulières de l'infraction doivent être prises en compte aux fins de l'analyse fondée sur l'art. 12. En l'espèce, la peine minimale obligatoire n'est pas exagérément disproportionnée. Le meurtre est le crime le plus grave en droit. Même si la gravité du meurtre au deuxième degré est moindre que dans le cas du meurtre au premier degré, le meurtre au deuxième degré constitue une infraction assortie d'un degré extrêmement élevé de culpabilité criminelle. En l'espèce, les plus graves conséquences possible ont découlé d'un acte dont l'intentionnalité est la plus grave et la plus moralement coupable. Quant aux caractéristiques du contrevenant et aux circonstances particulières de l'infraction, nous devons tenir compte des circonstances aggravantes et des circonstances atténuantes. D'une part, nous devons prendre dûment en compte les tentatives initiales de l'accusé de dissimuler ses actes, son absence de remords, sa position de confiance, le degré élevé de planification et de préméditation ainsi que l'extrême vulnérabilité de T. D'autre part, la bonne moralité et la bonne réputation de l'accusé au sein de la collectivité, sa profonde angoisse au sujet du bien-être de T ainsi que sa persévérance louable en tant que parent qui aime sa fille et prend soin d'elle doivent également entrer en ligne de compte. Prises ensemble, les caractéristiques personnelles et les circonstances particulières de la présente affaire ne l'emportent pas sur la gravité considérable de cette infraction. Enfin, la présente peine est compatible avec un certain nombre d'objectifs pénologiques et de principes de détermination de la peine. Même si les principes de réinsertion sociale, de dissuasion spécifique et de protection qui s'appliquent en matière de détermination de la peine ne doivent pas être pris en considération en l'espèce, la peine minimale obligatoire joue un rôle important dans la dénonciation du meurtre. Étant donné qu'il n'y a eu aucune atteinte au droit garanti à l'accusé par l'art. 12, rien ne justifie d'accorder une exemption constitutionnelle.

Apart from the foregoing, s. 749 of the *Criminal Code* provides for the royal prerogative of mercy, which is a matter for the executive to consider, not the courts.

Cases Cited

Applied: *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39; **distinguished:** *R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77; **referred to:** *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Loughnan*, [1981] V.R. 443; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Howe*, [1987] 1 A.C. 417; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *United States v. Holmes*, 26 F. Cas. 360 (1842); *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *R. v. Cracknell* (1931), 56 C.C.C. 190; *R. v. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Mulvahill and Snelgrove* (1993), 21 B.C.A.C. 296; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 12, 15(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. 1995, c. 22, s. 6], ss. 235, 718, 745(c), 745.2, 749.

Authors Cited

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries*, Part I, vol. 2. Philadelphia: The Institute, 1985.
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Recodifying Criminal Law*. Revised and Enlarged Edition of Report 30. Ottawa: The Commission, 1987.
 Card, Richard. *Card Cross and Jones: Criminal Law*, 12th ed. London: Butterworths, 1992.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown and Co., 1978.
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.

Cela dit, l'art. 749 du *Code criminel* prévoit une prérogative royale de clémence, une question qui relève de l'exécutif et non pas des tribunaux.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77; **arrêts mentionnés :** *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Southwark London Borough Council c. Williams*, [1971] Ch. 734; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Loughnan*, [1981] V.R. 443; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Howe*, [1987] 1 A.C. 417; *R. c. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *United States c. Holmes*, 26 F. Cas. 360 (1842); *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *R. c. Cracknell* (1931), 56 C.C.C. 190; *R. c. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464; *R. c. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Mulvahill and Snelgrove* (1993), 21 B.C.A.C. 296; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12, 15(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. 1995, ch. 22, art. 6], art. 235, 718, 745(c), 745.2, 749.

Doctrine citée

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries*, Part I, vol. 2. Philadelphia: The Institute, 1985.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport : Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Édition révisée et augmentée du rapport n° 30. Ottawa: La Commission, 1987.
 Card, Richard. *Card Cross and Jones: Criminal Law*, 12th ed. London: Butterworths, 1992.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown and Co., 1978.
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.

Robinson, Paul H. *Criminal Law Defenses*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
Smith, Sir John. *Smith & Hogan: Criminal Law*, 9th ed. London: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1998), 131 C.C.C. (3d) 191, 172 Sask. R. 161, 185 W.A.C. 161, 22 C.R. (5th) 380, [1999] 6 W.W.R. 118, [1998] S.J. No. 731 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder and allowing the Crown's appeal from the decision of Noble J. (1997), 121 C.C.C. (3d) 326, 12 C.R. (5th) 112, [1997] S.J. No. 701 (QL), granting a constitutional exemption from the mandatory minimum sentence and sentencing the accused to one year of imprisonment and one year on probation. Appeals against conviction and sentence dismissed.

Edward L. Greenspan, Q.C., Mark Brayford, Q.C., and Marie Henein, for the appellant.

Kenneth W. MacKay, Q.C., and Graeme G. Mitchell, Q.C., for the respondent.

Robert J. Frater and Bradley Allison, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Kent Roach, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

R. Douglas Elliott and Patricia A. LeFebour, for the intervener the Canadian AIDS Society.

Robert G. Richards, Q.C., and Heather D. Heavin, for the interveners the Council of Canadians with Disabilities, the Saskatchewan Voice of People with Disabilities, the Canadian Association for Community Living, People in Equal Participation Inc., DAWN Canada: DisAbled Women's Network of Canada and People First of Canada.

Robinson, Paul H. *Criminal Law Defenses*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
Smith, Sir John. *Smith & Hogan: Criminal Law*, 9th ed. London: Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1998), 131 C.C.C. (3d) 191, 172 Sask. R. 161, 185 W.A.C. 161, 22 C.R. (5th) 380, [1999] 6 W.W.R. 118, [1998] S.J. No. 731 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et qui a accueilli l'appel du ministre public contre la décision du juge Noble (1997), 121 C.C.C. (3d) 326, 12 C.R. (5th) 112, [1997] S.J. No. 701 (QL), par laquelle celui-ci a accordé une exemption constitutionnelle de la peine minimale obligatoire, condamnant l'accusé à une peine d'emprisonnement d'un an et à une période de probation également d'un an. Pourvois contre la déclaration de culpabilité et contre la peine rejetés.

Edward L. Greenspan, c.r., Mark Brayford, c.r., et Marie Henein, pour l'appellant.

Kenneth W. MacKay, c.r., et Graeme G. Mitchell, c.r., pour l'intimé.

Robert J. Frater et Bradley Allison, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Kent Roach, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

R. Douglas Elliott et Patricia A. LeFebour, pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA.

Robert G. Richards, c.r., et Heather D. Heavin, pour les intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Saskatchewan Voice of People with Disabilities, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, la People in Equal Participation Inc., DAWN Canada: Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et Des personnes d'abord du Canada.

William J. Sammon, for the intervener the Catholic Group for Health, Justice and Life.

David M. Brown and Janet Epp Buckingham, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada, the Christian Medical and Dental Society and Physicians for Life.

The following is the judgment delivered by

1 THE COURT — This appeal arises from the death of Tracy Latimer, a 12-year-old girl who had a severe form of cerebral palsy. Her father, Robert Latimer, took her life some seven years ago. He was found guilty of second degree murder. This appeal deals with three questions of law arising from his trial. First, did the trial judge mishandle the defence of necessity, resulting in an unfair trial? Second, was the trial unfair because the trial judge misled the jury into believing it would have some input into the appropriate sentence? Third, does the imposition of the mandatory minimum sentence for second degree murder constitute “cruel and unusual punishment” in this case, so that Mr. Latimer (“the appellant”) should receive a constitutional exemption from the minimum sentence?

2 We conclude that the answer to all three questions is no. The defence of necessity is narrow and of limited application in criminal law. In this case, there was no air of reality to that defence. The trial judge was correct to conclude that the jury should not consider necessity. While the timing of the removal of this defence from the jury’s consideration was later in the trial than usual, it did not render the appellant’s trial unfair or violate his constitutional rights. On the second issue, the trial judge did not prejudice the appellant’s rights in replying to a question from the jury on whether it could offer input on sentencing. In answer to the third question, we conclude that the mandatory minimum sentence for second degree murder in this case does not amount to cruel and unusual punishment within the meaning of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The test for what amounts to “cruel and unusual pun-

William J. Sammon, pour l’intervenant le Catholic Group for Health, Justice and Life.

David M. Brown et Janet Epp Buckingham, pour les intervenants l’Alliance évangélique du Canada, la Christian Medical and Dental Society et Physicians for Life.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Le présent pourvoi découle de la mort de Tracy Latimer, une fillette de 12 ans qui souffrait d’une paralysie cérébrale grave. Son père, Robert Latimer, lui a enlevé la vie il y a environ sept ans. Il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Le pourvoi porte sur trois questions de droit découlant de son procès. Premièrement, le juge du procès a-t-il mal appliqué le moyen de défense fondé sur la nécessité, ce qui aurait donné lieu à un procès inéquitable? Deuxièmement, le procès était-il inéquitable pour le motif que le juge du procès a amené le jury à croire qu’il pourrait participer à la détermination de la peine appropriée? Troisièmement, l’imposition de la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré constitue-t-elle « une peine cruelle et inusitée » en l’espèce, de sorte que M. Latimer (« appellant ») devrait bénéficier d’une exemption constitutionnelle de la peine minimale?

Nous concluons que la réponse à ces trois questions est négative. Le moyen de défense fondé sur la nécessité est restreint et n’a qu’une application limitée en droit criminel. Dans la présente affaire, il n’a aucune apparence de vraisemblance. Le juge du procès a eu raison de conclure que le jury ne devait pas examiner la nécessité. Même si ce moyen de défense a été soustrait à l’examen du jury à une étape plus avancée du procès que d’habitude, cela n’a pas nui à l’équité du procès de l’appellant ni violé ses droits constitutionnels. Quant à la deuxième question, le juge du procès n’a pas porté atteinte aux droits de l’appellant en répondant à la question du jury, qui voulait savoir s’il pouvait participer à la détermination de la peine. En réponse à la troisième question, nous concluons qu’en l’espèce la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré ne constitue pas une peine cruelle et inusitée au sens de

ishment” is a demanding one, and the appellant has not succeeded in showing that the sentence in his case is “grossly disproportionate” to the punishment required for the most serious crime known to law, murder.

We conclude that Mr. Latimer’s conviction and sentence of life in prison with a mandatory minimum of 10 years’ imprisonment for second degree murder should be upheld. This means that the appellant will not be eligible for parole consideration for 10 years, unless the executive elects to exercise the power to grant him clemency from this sentence, using the royal prerogative of mercy. The Court’s role is to determine the questions of law that arise in this appeal; the matter of executive clemency remains in the realm of the executive, and it is discussed later in these reasons.

The law has a long history of difficult cases. We recognize the questions that arise in Mr. Latimer’s case are the sort that have divided Canadians and sparked a national discourse. This judgment will not end that discourse.

Mr. Latimer perceived his daughter and family to be in a difficult and trying situation. It is apparent from the evidence in this case that he faced challenges of the sort most Canadians can only imagine. His care of his daughter for many years was admirable. His decision to end his daughter’s life was an error in judgment. The taking of another life represents the most serious crime in our criminal law.

I. Facts

The appellant, Robert Latimer, farmed in Wilkie, Saskatchewan. His 12-year-old daughter, Tracy, suffered a severe form of cerebral palsy. She was quadriplegic and her physical condition rendered her immobile. She was bedridden for much of the time. Her condition was a permanent

l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le critère applicable pour déterminer ce qui constitue une « peine cruelle et inusitée » est rigoureux, et l’appelant n’a pas réussi à démontrer que la peine qui lui a été infligée est « exagérément disproportionnée » par rapport à celle requise pour le crime le plus grave en droit, soit le meurtre.

Nous concluons qu’il y a lieu de confirmer la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré de M. Latimer ainsi que la peine d’emprisonnement à perpétuité assortie d’un emprisonnement minimal de 10 ans qui lui a été infligée. Cela signifie que l’appelant ne sera pas admissible à la libération conditionnelle avant 10 ans, à moins que l’exécutif ne décide de lui accorder la clémence par l’exercice de la prérogative royale de clémence. Le rôle de notre Cour est de trancher les questions de droit qui se posent en l’espèce; la question de la clémence de l’exécutif demeure du ressort de ce dernier et elle est analysée plus loin dans les présents motifs.

L’histoire du droit est parsemée d’affaires difficiles. Nous reconnaissons que les questions soulevées dans l’affaire de M. Latimer sont de celles qui ont divisé les Canadiens et qui ont suscité un débat national. Le présent arrêt ne mettra pas fin à ce débat.

Monsieur Latimer estimait que sa fille et sa famille se trouvaient dans une situation éprouvante. Il ressort de la preuve soumise en l’espèce qu’il faisait face à des difficultés que la plupart des Canadiens ne peuvent qu’imaginer. Le soin qu’il a pris de sa fille pendant de nombreuses années était admirable. Sa décision de mettre fin aux jours de cette dernière a été une erreur de jugement. Enlever la vie d’une autre personne est le crime le plus grave en droit criminel.

I. Les faits

L’appelant, Robert Latimer, est un agriculteur de Wilkie (Saskatchewan). Sa fille de 12 ans, Tracy, souffre d’une paralysie cérébrale grave. Elle est quadriplégique et son état physique la rend immobile. Elle est clouée au lit la plupart du temps. Son état, qui est permanent, résulte d’une

3

4

5

6

one, caused by neurological damage at the time of her birth. Tracy was said to have the mental capacity of a four-month-old baby, and she could communicate only by means of facial expressions, laughter and crying. She was completely dependent on others for her care. Tracy suffered seizures despite the medication she took. It was thought she experienced a great deal of pain, and the pain could not be reduced by medication since the pain medication conflicted with her anti-epileptic medication and her difficulty in swallowing. Tracy experienced five to six seizures daily. She had to be spoon-fed, and her lack of nutrients caused weight loss.

7 There was evidence that Tracy could have been fed with a feeding tube into her stomach, an option that would have improved her nutrition and health, and that might also have allowed for more effective pain medication to be administered. The Latimers rejected the feeding-tube option as being intrusive and as representing the first step on a path to preserving Tracy's life artificially.

8 Tracy had a serious disability, but she was not terminally ill. Her doctors anticipated that she would have to undergo repeated surgeries, her breathing difficulties had increased, but her life was not in its final stages.

9 Tracy enjoyed music, bonfires, being with her family and the circus. She liked to play music on a radio, which she could use with a special button. Tracy could apparently recognize family members and she would express joy at seeing them. Tracy also loved being rocked gently by her parents.

10 Tracy underwent numerous surgeries in her short lifetime. In 1990, surgery tried to balance the muscles around her pelvis. In 1992, it was used to reduce the abnormal curvature in her back.

11 Like the majority of totally involved, quadriparetic children with cerebral palsy, Tracy had developed scoliosis, an abnormal curvature

altération neurologique survenue à la naissance. Tracy aurait la capacité mentale d'un bébé de quatre mois et elle ne peut communiquer qu'au moyen d'expressions du visage, de rires et de pleurs. Elle dépend entièrement des autres pour prendre soin d'elle. Elle fait des convulsions malgré ses médicaments. On croit qu'elle souffre énormément, et sa douleur ne peut pas être soulagée par les médicaments étant donné que les analgésiques sont incompatibles avec les médicaments contre l'épilepsie et qu'elle a de la difficulté à avaler. Tracy a cinq à six crises d'épilepsie par jour. Elle doit être nourrie à la cuillère, et son manque d'éléments nutritifs lui fait perdre du poids.

Des éléments de preuve démontrent que Tracy aurait pu être nourrie à l'aide d'une sonde positionnée dans son estomac, ce qui aurait amélioré son alimentation et sa santé et aurait également pu permettre l'administration d'analgésiques plus efficaces. Les Latimer ont rejeté cette option, car ils considéraient que cette technique d'alimentation était envahissante et constituait la première étape vers le maintien artificiel de la vie de Tracy.

Tracy a une déficience grave, mais n'est pas en phase terminale. Ses médecins prévoient qu'elle devra subir de nombreuses chirurgies. Ses problèmes respiratoires se sont aggravés, mais elle n'en est pas aux derniers moments de sa vie.

Tracy affectionne la musique ainsi que les feux de camp et elle aime être avec sa famille et aller au cirque. Elle se plaît à écouter de la musique à une radio qu'elle peut utiliser en appuyant sur un bouton spécial. Tracy peut apparemment reconnaître les membres de sa famille et elle manifeste de la joie lorsqu'elle les voit. Elle aime également être bercée doucement par ses parents.

Tracy a subi de nombreuses interventions chirurgicales au cours de sa brève existence. On l'a opérée en 1990 pour équilibrer la musculature de sa ceinture pelvienne, puis en 1992 pour corriger la courbure anormale de son dos.

Comme la plupart des enfants atteints de quadriparésie avancée et de paralysie cérébrale, Tracy a une scoliose — courbure et rotation anormales du

and rotation in the back, necessitating surgery to implant metal rods to support her spine. While it was a successful procedure, further problems developed in Tracy's right hip: it became dislocated and caused her considerable pain.

Tracy was scheduled to undergo further surgery on November 19, 1993. This was to deal with her dislocated hip and, it was hoped, to lessen her constant pain. The procedure involved removing her upper thigh bone, which would leave her lower leg loose without any connecting bone; it would be held in place only by muscle and tissue. The anticipated recovery period for this surgery was one year.

The Latimers were told that this procedure would cause pain, and the doctors involved suggested that further surgery would be required in the future to relieve the pain emanating from various joints in Tracy's body. According to the appellant's wife, Laura Latimer, further surgery was perceived as mutilation. As a result, Robert Latimer formed the view that his daughter's life was not worth living.

In the weeks leading up to Tracy's death, the Latimers looked into the option of placing Tracy in a group home in North Battleford. She had lived there between July and October of 1993, just prior to her death, while her mother was pregnant. The Latimers applied to place Tracy in the home in October, but later concluded they were not interested in permanently placing her in that home at that time.

On October 12, 1993, after learning that the doctors wished to perform this additional surgery, the appellant decided to take his daughter's life. On Sunday, October 24, 1993, while his wife and Tracy's siblings were at church, Robert Latimer carried Tracy to his pickup truck, seated her in the cab, and inserted a hose from the truck's exhaust pipe into the cab. She died from the carbon monoxide.

dos — pour laquelle on a dû pratiquer une opération pour implanter des tiges métalliques destinées à soutenir sa colonne vertébrale. Même si l'opération a été couronnée de succès, d'autres problèmes se sont développés dans la hanche droite de Tracy, qui s'est disloquée et lui cause une douleur considérable.

Tracy doit subir, le 19 novembre 1993, une autre opération chirurgicale, qui devrait régler son problème de hanche disloquée et, espère-t-on, calmer sa douleur constante. L'opération comporte l'enlèvement de la partie supérieure de l'os de la cuisse, ce qui ferait que le bas de sa jambe serait lâche, n'étant tenu en place que par le muscle et la chair. La période de récupération prévue est d'un an.

On dit aux Latimer que cette opération sera douloureuse, et les médecins en cause indiquent qu'il faudra procéder à d'autres opérations pour alléger la douleur provenant de diverses articulations du corps de Tracy. Selon la femme de l'appelant, Laura Latimer, toute autre intervention chirurgicale était perçue comme étant de la mutilation. Robert Latimer estime donc que la vie de sa fille ne vaut pas la peine d'être vécue.

Au cours des semaines précédant la mort de Tracy, les Latimer examinent la possibilité de la placer dans un foyer collectif de North Battleford. Elle y a vécu de juillet à octobre 1993, peu avant sa mort, alors que sa mère était enceinte. Les Latimer demandent en octobre que Tracy soit placée dans ce foyer, mais ils décident par la suite qu'ils ne désirent pas à ce moment-là l'y placer de façon permanente.

Le 12 octobre 1993, après avoir appris que les médecins veulent effectuer cette opération supplémentaire, l'appelant décide d'enlever la vie à sa fille. Le dimanche 24 octobre 1993, alors que sa femme et ses autres enfants sont à l'église, Robert Latimer emmène Tracy à sa camionnette, l'assoit dans la cabine et insère dans la cabine un boyau lié au tuyau d'échappement de la camionnette. Elle meurt d'intoxication par le monoxyde de carbone.

12

13

14

15

16 The police conducted an autopsy and discovered carbon monoxide in her blood. The appellant at first maintained that Tracy simply passed away in her sleep. He later confessed to having taken her life, and gave a statement to the investigating police and partially re-enacted his actions on videotape. Mr. Latimer also told police that he had considered giving Tracy an overdose of Valium, or “shooting her in the head”.

17 Mr. Latimer has been convicted of murder twice in this case. He was initially charged with first degree murder and convicted by a jury of second degree murder. The Court of Appeal for Saskatchewan upheld his conviction and life sentence with no eligibility for parole for 10 years, with Bayda C.J.S. dissenting on the sentence: *R. v. Latimer* (1995), 99 C.C.C. (3d) 481 (“*Latimer (No. 1)*”). The case was then appealed to this Court: [1997] 1 S.C.R. 217. It turned out that the prosecutor had interfered with the jury selection process. The Crown conceded that a new trial could not be avoided. In the second trial, Mr. Latimer was again convicted of second degree murder, and it is from that conviction that this appeal arises.

18 During the second trial, two things occurred that, the appellant submits, resulted in an unfair trial. First, as counsel were about to make closing addresses to the jury, defence counsel asked the trial judge for a ruling on whether the jury could consider the defence of necessity. He wanted this ruling in advance of his closing submissions, since he planned to tailor his address to the judge’s ruling. The trial judge, however, refused to make any ruling until after hearing counsel’s closing addresses. Defence counsel made submissions, including some on the necessity defence. When counsel had concluded their addresses, the trial judge ruled that the jury was not entitled to consider necessity.

19 Second, some time after beginning their deliberations, the jury sent a number of written questions

La police procède à une autopsie et découvre du monoxyde de carbone dans le sang. L’appelant soutient d’abord que Tracy est simplement morte dans son sommeil. Il admet plus tard lui avoir enlevé la vie, fait une déclaration aux enquêteurs et reproduit en partie ses actes sur bande vidéo. Monsieur Latimer dit également aux policiers qu’il a envisagé de donner à Tracy une surdose de Valium ou de [TRADUCTION] « lui tirer une balle dans la tête ».

Monsieur Latimer a été déclaré coupable de meurtre à deux reprises dans la présente affaire. Il a d’abord été accusé de meurtre au premier degré et déclaré coupable par un jury de meurtre au deuxième degré. La Cour d’appel de la Saskatchewan a confirmé cette déclaration de culpabilité ainsi que la peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans, le juge en chef Bayda étant dissident relativement à la peine : *R. c. Latimer* (1995), 99 C.C.C. (3d) 481 (« *Latimer (n° 1)* »). L’affaire a fait l’objet d’un pourvoi devant notre Cour : [1997] 1 R.C.S. 217. Il s’est avéré que le poursuivant avait entravé le processus de sélection des jurés. Le ministère public a reconnu qu’un nouveau procès était inévitable. Au second procès, M. Latimer a de nouveau été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et c’est cette déclaration de culpabilité qui est à l’origine du présent pourvoi.

Selon l’appelant, deux choses rendent inéquitable ce second procès. Premièrement, lorsque les avocats s’apprêtaient à faire leurs exposés finals au jury, l’avocat de la défense a demandé au juge du procès de décider si le jury pouvait examiner le moyen de défense fondé sur la nécessité. Il voulait que cette décision soit rendue avant sa plaidoirie finale, car il prévoyait la formuler en fonction de cette décision. Toutefois, le juge du procès a refusé de rendre une décision avant les exposés finals des avocats. L’avocat de la défense a présenté des arguments, notamment sur le moyen de défense fondé sur la nécessité. Une fois les exposés des avocats terminés, le juge du procès a décidé que le jury ne pouvait pas examiner la nécessité.

Deuxièmement, après avoir commencé à délibérer, les jurés ont fait parvenir des questions au juge

to the trial judge, one of which was: “Is there any possible way we can have input to a recommendation for sentencing?” The trial judge told the jury it was not to concern itself with the penalty. He said:

. . . the penalty in any of these charges is not the concern of the jury. Your concern is, as I said, the guilt or innocence of the accused, you must reach — that’s your job, you reach that conclusion, and don’t concern yourself with what the penalty might be. We say that because we don’t want you to be influenced one way or the other with what that penalty is. So it may be that later on, once you have reached a verdict, you — we will have some discussions about that, but not at this stage of the game. You must just carry on and answer the question that was put to you, okay. [Emphasis added.]

The appellant highlights the underlined passage as misleading the jury.

After the jury returned with a guilty verdict, the trial judge explained the mandatory minimum sentence of life imprisonment, and asked the jury whether it had any recommendation as to whether Mr. Latimer’s ineligibility for parole should exceed the minimum period of 10 years. Some jury members appeared upset, according to the trial judge, and later sent a note asking him if they could recommend less than the 10-year minimum. The trial judge explained that the *Criminal Code* provided only for a recommendation over the 10-year minimum, but suggested that the jury could make any recommendation it liked. The jury recommended one year before parole eligibility. The trial judge then granted a constitutional exemption from the mandatory minimum sentence, sentencing the appellant to one year of imprisonment and one year on probation, to be spent confined to his farm.

The Court of Appeal for Saskatchewan affirmed Mr. Latimer’s conviction but reversed the sentence. It imposed the mandatory minimum sen-

du procès, dont celle-ci : [TRADUCTION] « Y a-t-il moyen que nous puissions faire une recommandation relativement à la peine? » Le juge du procès a répondu aux jurés qu’ils ne devaient pas se soucier de la peine à infliger. Il a dit :

[TRADUCTION] . . . la peine relative à ces accusations n’est pas l’affaire du jury. Ce qui vous importe, comme je l’ai dit, c’est la culpabilité ou l’innocence de l’accusé, et vous devez tirer — c’est votre travail — vous tirez cette conclusion sans vous soucier de la peine qui pourrait être infligée. Nous disons cela parce que nous ne voulons pas que vous soyez influencés dans un sens ou l’autre par la nature de la peine. Il se peut donc que plus tard, lorsque vous aurez prononcé le verdict, vous — nous en discutons, mais pas à cette étape-ci. Vous devez simplement répondre à la question qui vous a été posée, d’accord? [Je souligne.]

L’appelant fait valoir que le passage souligné a induit le jury en erreur.

Après que le jury eut prononcé un verdict de culpabilité, le juge du procès a expliqué la peine minimale obligatoire d’emprisonnement à perpétuité et a demandé aux jurés s’ils avaient une recommandation à faire quant à une prolongation de la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle de M. Latimer au-delà de la période minimale de 10 ans. Certains jurés ont paru contrariés, selon le juge, et lui ont envoyé par la suite une note dans laquelle ils lui demandaient s’ils pouvaient recommander un délai moindre que la période minimale de 10 ans. Le juge du procès a expliqué que le *Code criminel* ne prévoit que la possibilité d’une recommandation d’une période excédant la période minimale de 10 ans, mais il a indiqué que le jury pouvait recommander ce qu’il voulait. Celui-ci a recommandé que le délai préalable à la libération conditionnelle soit d’un an. Le juge du procès a alors accordé une exemption constitutionnelle de la peine minimale obligatoire, condamnant l’appelant à une peine d’emprisonnement d’un an et à une période de probation également d’un an, qu’il doit passer en confinement à sa ferme.

La Cour d’appel de la Saskatchewan a confirmé la déclaration de culpabilité de M. Latimer, mais elle a infirmé la peine. Elle a imposé la peine

tence for second degree murder of life imprisonment without eligibility for parole for 10 years.

II. Legislation

22 *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

235. (1) Every one who commits first degree murder or second degree murder is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

(2) For the purposes of Part XXIII, the sentence of imprisonment for life prescribed by this section is a minimum punishment.

745. Subject to section 745.1, the sentence to be pronounced against a person who is to be sentenced to imprisonment for life shall be

(c) in respect of a person who has been convicted of second degree murder, that the person be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until the person has served at least ten years of the sentence or such greater number of years, not being more than twenty-five years, as has been substituted therefor pursuant to section 745.4. . . .

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

III. Judicial History

23 Mr. Latimer was tried by jury, during the course of which the trial judge made two rulings (besides his handling of the jury's inquiry as to sentence) that are at issue in this appeal. First, as previously

minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré, soit l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans.

II. Les dispositions législatives

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

235. (1) Quiconque commet un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

(2) Pour l'application de la partie XXIII, la sentence d'emprisonnement à perpétuité prescrite par le présent article est une peine minimale.

745. Sous réserve de l'article 745.1, le bénéfice de la libération conditionnelle est subordonné, en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité :

c) pour meurtre au deuxième degré, à l'accomplissement d'au moins dix ans de la peine, délai que le juge peut porter à au plus vingt-cinq ans en vertu de l'article 745.4 . . .

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

III. Décisions antérieures

Monsieur Latimer a été jugé par un jury dans le cadre d'un procès où le juge a rendu deux décisions (outre celle rendue en réponse à la question du jury concernant la peine) qui font l'objet du

outlined, he held that the jury was not entitled to consider the defence of necessity. Second, the trial judge granted a constitutional exemption from the mandatory minimum sentence for second degree murder: (1997), 121 C.C.C. (3d) 326 (Sask. Q.B.). The trial judge concluded that the mandatory sentence amounted to cruel and unusual punishment in this case. He reasoned that the exemption was a valid and appropriate remedy, given the particular circumstances of this offender, his motives, the public reaction to the mandatory sentence in Mr. Latimer's first trial, and his reduced level of criminal culpability.

The Court of Appeal for Saskatchewan dismissed the appeal from conviction in a *per curiam* decision: (1998), 131 C.C.C. (3d) 191. The trial judge was correct to remove the defence of necessity from the jury, the Court of Appeal held, and the timing of the trial judge's ruling did not result in an unfair trial. The court reversed the trial judge's remedy of a constitutional exemption, commenting, at p. 216, that "the learned trial judge took too much upon himself in bypassing the judgment of this Court, the direction of Parliament, and the executive power of clemency". The Court of Appeal concluded that Mr. Latimer must serve the mandatory 10-year sentence before parole eligibility.

IV. Issues

The issues divide into an appeal from conviction based on the following first three grounds and an appeal from sentence based on the subsequent grounds, and can be stated as:

1. Should the jury have been entitled to consider the defence of necessity?
2. Did the timing of the trial judge's ruling as to the availability of necessity render the appellant's trial unfair?

présent pourvoi. Premièrement, comme nous l'avons exposé auparavant, le juge du procès a conclu que le jury ne pouvait pas examiner le moyen de défense fondé sur la nécessité. Deuxièmement, il a accordé une exemption constitutionnelle de la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré : (1997), 121 C.C.C. (3d) 326 (B.R. Sask.). Il a décidé que la peine obligatoire constituait une peine cruelle et inusitée en l'espèce. Il a jugé que l'exemption était une réparation valide et convenable, compte tenu de la situation particulière de ce contrevenant, de ses raisons, de la réaction du public à l'infliction de la peine obligatoire lors de son premier procès et de son faible niveau de culpabilité criminelle.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité dans une décision rendue par la cour : (1998), 131 C.C.C. (3d) 191. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait eu raison de soustraire à l'appréciation du jury le moyen de défense fondé sur la nécessité et que le moment auquel la décision a été prise n'a pas rendu le procès inéquitable. La cour a annulé l'exemption constitutionnelle accordée par le juge du procès, faisant observer que [TRADUCTION] « le juge du procès est allé trop loin en faisant fi du jugement de notre cour, de la directive du législateur et du pouvoir de clémence de l'exécutif » (p. 216). La Cour d'appel a conclu que M. Latimer devait purger la peine obligatoire de 10 ans avant d'être admissible à la libération conditionnelle.

IV. Les questions en litige

Les trois premières questions en litige constituent les motifs du pourvoi formé contre la déclaration de culpabilité et les questions suivantes constituent ceux du pourvoi formé contre la peine, ces questions étant :

1. Le jury aurait-il dû avoir la possibilité d'examiner le moyen de défense fondé sur la nécessité?
2. Le moment où le juge du procès a rendu sa décision sur la possibilité d'invoquer la nécessité comme moyen de défense a-t-il nui à l'équité du procès de l'appelant?

- | | |
|--|--|
| <p>3. Did the trial judge render the appellant's trial unfair because of trial procedures that might have lessened the chance of jury nullification?</p> <p>4. Would the imposition of the mandatory minimum sentence for second degree murder constitute cruel and unusual punishment, contrary to s. 12 of the <i>Charter</i>, in this particular case?</p> <p>5. If the answer to Question 4 is "yes", can that violation be saved under s. 1 as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society?</p> <p>6. If the answer to Question 5 is "no", should a constitutional exemption be granted?</p> | <p>3. Le juge du procès a-t-il rendu inéquitable le procès de l'appelant en raison de procédures judiciaires susceptibles d'avoir diminué la possibilité d'annulation par le jury?</p> <p>4. L'imposition de la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré constitue-t-elle en l'espèce une peine cruelle et inusitée, en violation de l'art. 12 de la <i>Charte</i>?</p> <p>5. Si la réponse à la question 4 est affirmative, cette violation peut-elle se justifier en vertu de l'article premier en tant que limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?</p> <p>6. Si la réponse à la question 5 est négative, une exemption constitutionnelle devrait-elle être accordée?</p> |
|--|--|

V. Analysis

A. *Appeal Against Conviction*

(1) The Availability of the Defence of Necessity

(a) *The Three Requirements for the Defence of Necessity*

26

We propose to set out the requirements for the defence of necessity first, before applying them to the facts of this appeal. The leading case on the defence of necessity is *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. Dickson J., later C.J., outlined the rationale for the defence at p. 248:

It rests on a realistic assessment of human weakness, recognizing that a liberal and humane criminal law cannot hold people to the strict obedience of laws in emergency situations where normal human instincts, whether of self-preservation or of altruism, overwhelmingly impel disobedience. The objectivity of the criminal law is preserved; such acts are still wrongful, but in the circumstances they are excusable. Praise is indeed not bestowed, but pardon is

V. Analyse

A. *Le pourvoi contre la déclaration de culpabilité*

(1) La possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité

a) *Les trois conditions donnant ouverture au moyen de défense fondé sur la nécessité*

Nous nous proposons de commencer par énoncer les conditions donnant ouverture au moyen de défense fondé sur la nécessité pour les appliquer ensuite aux faits du présent pourvoi. L'arrêt de principe en matière de moyen de défense fondé sur la nécessité est *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a exposé ainsi le fondement de ce moyen de défense, à la p. 248 :

Il se fonde sur une appréciation réaliste de la faiblesse humaine, tout en reconnaissant qu'un droit criminel humain et libéral ne peut astreindre des personnes à l'observation stricte des lois dans des situations d'urgence où les instincts normaux de l'être humain, que ce soit celui de conservation ou d'altruisme, commandent irrésistiblement l'inobservation de la loi. Le caractère objectif du droit criminel est préservé; de tels actes sont toujours mauvais, mais dans les circonstances ils sont excusables. Ce n'est pas l'éloge qu'on provoque, mais l'indulgence

Dickson J. insisted that the defence of necessity be restricted to those rare cases in which true “involuntariness” is present. The defence, he held, must be “strictly controlled and scrupulously limited” (p. 250). It is well established that the defence of necessity must be of limited application. Were the criteria for the defence loosened or approached purely subjectively, some fear, as did Edmund Davies L.J., that necessity would “very easily become simply a mask for anarchy”: *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] Ch. 734 (C.A.), at p. 746.

Perka outlined three elements that must be present for the defence of necessity. First, there is the requirement of imminent peril or danger. Second, the accused must have had no reasonable legal alternative to the course of action he or she undertook. Third, there must be proportionality between the harm inflicted and the harm avoided.

To begin, there must be an urgent situation of “clear and imminent peril”: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 678. In short, disaster must be imminent, or harm unavoidable and near. It is not enough that the peril is foreseeable or likely; it must be on the verge of transpiring and virtually certain to occur. In *Perka*, Dickson J. expressed the requirement of imminent peril at p. 251: “At a minimum the situation must be so emergent and the peril must be so pressing that normal human instincts cry out for action and make a counsel of patience unreasonable”. The *Perka* case, at p. 251, also offers the rationale for this requirement of immediate peril: “The requirement . . . tests whether it was indeed unavoidable for the actor to act at all”. Where the situation of peril clearly should have been foreseen and avoided, an accused person cannot reasonably claim any immediate peril.

The second requirement for necessity is that there must be no reasonable legal alternative to disobeying the law. *Perka* proposed these questions, at pp. 251-52: “Given that the accused had to

Le juge Dickson a insisté sur le fait que le moyen de défense fondé sur la nécessité doit être restreint aux rares cas où l’on retrouve un véritable « caractère involontaire ». Selon lui, ce moyen de défense doit être « strictement contrôlé et scrupuleusement limité » (p. 250). Il est bien établi qu’il doit avoir une application limitée. À l’instar du lord juge Edmund Davies, certains craignent que, si les critères du moyen de défense étaient assouplis ou étaient interprétés d’une manière purement subjective, la nécessité puisse [TRADUCTION] « très facilement devenir simplement le masque de l’anarchie » : *Southwark London Borough Council c. Williams*, [1971] Ch. 734 (C.A.), p. 746.

L’arrêt *Perka* a exposé les trois éléments qui doivent être présents pour que la nécessité puisse être invoquée comme moyen de défense. Premièrement, il doit y avoir danger imminent. Deuxièmement, l’accusé ne doit pas avoir d’autre solution raisonnable et légale que d’agir comme il l’a fait. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité.

Tout d’abord, il doit y avoir une situation urgente de « danger imminent et évident » : *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, p. 678. Bref, un désastre doit être imminent ou un mal doit être inévitable et proche. Il ne suffit pas que le danger soit prévisible ou probable; il doit être sur le point de survenir et être quasi certain de se produire. Dans *Perka*, le juge Dickson explique ainsi l’exigence de danger imminent : « Au moins, la situation doit être à ce point urgente et le danger à ce point pressant qu’un être humain normal serait instinctivement forcé d’agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable » (p. 251). L’arrêt *Perka* indique également la raison d’être de l’exigence de danger immédiat : « L’exigence [. . .] permet de vérifier s’il était vraiment inévitable que la personne agisse » (p. 251). Lorsque la situation dangereuse aurait manifestement pu être prévue et évitée, l’accusé ne peut raisonnablement pas invoquer le danger immédiat.

La deuxième exigence en matière de nécessité est qu’il n’y ait aucune solution raisonnable et légale autre que celle d’enfreindre la loi. L’arrêt *Perka* a proposé les questions suivantes : « Si l’ac-

27

28

29

30

act, could he nevertheless realistically have acted to avoid the peril or prevent the harm, without breaking the law? *Was there a legal way out?*" (emphasis in original). If there was a reasonable legal alternative to breaking the law, there is no necessity. It may be noted that the requirement involves a realistic appreciation of the alternatives open to a person; the accused need not be placed in the last resort imaginable, but he must have no reasonable legal alternative. If an alternative to breaking the law exists, the defence of necessity on this aspect fails.

31

The third requirement is that there be proportionality between the harm inflicted and the harm avoided. The harm inflicted must not be disproportionate to the harm the accused sought to avoid. See *Perka*, per Dickson J., at p. 252:

No rational criminal justice system, no matter how humane or liberal, could excuse the infliction of a greater harm to allow the actor to avert a lesser evil. In such circumstances we expect the individual to bear the harm and refrain from acting illegally. If he cannot control himself we will not excuse him.

Evaluating proportionality can be difficult. It may be easy to conclude that there is no proportionality in some cases, like the example given in *Perka* of the person who blows up a city to avoid breaking a finger. Where proportionality can quickly be dismissed, it makes sense for a trial judge to do so and rule out the defence of necessity before considering the other requirements for necessity. But most situations fall into a grey area that requires a difficult balancing of harms. In this regard, it should be noted that the requirement is not that one harm (the harm avoided) must always clearly outweigh the other (the harm inflicted). Rather, the two harms must, at a minimum, be of a comparable gravity. That is, the harm avoided must be either comparable to, or clearly greater than, the harm inflicted. As the Supreme Court of Victoria in Australia has put it, the harm inflicted "must not

cusé se devait d'agir, pouvait-il vraiment agir de manière à éviter le danger ou à prévenir le mal sans contrevenir à la loi? *Y avait-il moyen de s'en sortir légalement?* » ((p. 251) en italique dans l'original). S'il y avait une solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi, il n'y a pas nécessité. On peut remarquer que l'exigence comporte une appréciation réaliste des choix dont dispose une personne; l'accusé ne doit pas être placé devant le dernier recours imaginable, mais il ne doit avoir aucune solution raisonnable et légale. S'il existe une solution autre que celle de contrevenir à la loi, le moyen de défense fondé sur la nécessité échoue à cet égard.

La troisième exigence est qu'il y ait proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité. Le mal infligé ne doit pas être disproportionné au mal que l'accusé tentait d'éviter. Voir *Perka*, p. 252, le juge Dickson :

Aucun système raisonnable de justice criminelle, si libéral et humanitaire soit-il, ne pourrait excuser l'imposition d'un mal plus grand afin de permettre à l'auteur de l'acte d'éviter un moindre mal. Dans de telles circonstances, on s'attend à ce que la personne subisse le mal et s'abstienne d'agir illégalement. Si elle ne peut se contrôler, nous ne l'excuserons pas.

Évaluer la proportionnalité peut être difficile. Il peut être facile de conclure qu'il n'y a pas proportionnalité dans certains cas, comme dans l'exemple, donné dans l'arrêt *Perka*, de la personne qui fait exploser une ville pour éviter de se casser un doigt. Lorsque la question de la proportionnalité peut être écartée rapidement, il est logique pour le juge du procès de le faire et de rejeter le moyen de défense fondé sur la nécessité avant d'examiner les autres exigences relatives à la nécessité. Mais la plupart des situations se trouvent dans une zone grise qui requiert une difficile pondération des maux. Il y a lieu de souligner à cet égard que l'exigence n'est pas qu'un mal (le mal évité) l'emporte toujours nettement sur l'autre (le mal infligé). Il faut plutôt que les deux maux soient au moins d'une gravité comparable. C'est dire que le mal évité doit être comparable au mal infligé ou être nettement plus grand. Comme l'a dit la Cour suprême de Victoria en Australie, le mal infligé [TRADUCTION] « ne doit pas être disproportion-

be out of proportion to the peril to be avoided”: *R. v. Loughnan*, [1981] V.R. 443, at p. 448.

Before applying the three requirements of the necessity defence to the facts of this case, we need to determine what test governs necessity. Is the standard objective or subjective? A subjective test would be met if the person believed he or she was in imminent peril with no reasonable legal alternative to committing the offence. Conversely, an objective test would not assess what the accused believed; it would consider whether in fact the person was in peril with no reasonable legal alternative. A modified objective test falls somewhere between the two. It involves an objective evaluation, but one that takes into account the situation and characteristics of the particular accused person. We conclude that, for two of the three requirements for the necessity defence, the test should be the modified objective test.

The first and second requirements — imminent peril and no reasonable legal alternative — must be evaluated on the modified objective standard described above. As expressed in *Perka*, necessity is rooted in an objective standard: “involuntariness is measured on the basis of society’s expectation of appropriate and normal resistance to pressure” (p. 259). We would add that it is appropriate, in evaluating the accused’s conduct, to take into account personal characteristics that legitimately affect what may be expected of that person. The approach taken in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, is instructive. Speaking for the Court, Lamer C.J. held, at para. 59, that

it is appropriate to employ an objective standard that takes into account the particular circumstances of the accused, including his or her ability to perceive the existence of alternative courses of action.

While an accused’s perceptions of the surrounding facts may be highly relevant in determining whether his conduct should be excused, those perceptions remain relevant only so long as they are reasonable. The accused person must, at the time

tionné au danger à éviter » : *R. c. Loughnan*, [1981] V.R. 443, p. 448.

Avant d’appliquer aux faits de la présente affaire les trois exigences relatives au moyen de défense fondé sur la nécessité, nous devons déterminer quel critère régit la nécessité. La norme est-elle objective ou subjective? Un critère subjectif serait respecté si la personne croyait se trouver en danger imminent et n’avoir d’autre choix raisonnable et légal que de commettre l’infraction. Par contre, un critère objectif n’évaluerait pas ce que l’accusé croyait; il consisterait à déterminer si, dans les faits, la personne était en danger et ne disposait d’aucune solution raisonnable et légale. Un critère objectif modifié se situe entre les deux. Il comporte une évaluation objective, mais qui tient compte de la situation et des caractéristiques de l’accusé en question. Nous concluons qu’en ce qui concerne deux des trois exigences relatives au moyen de défense fondé sur la nécessité, le critère objectif modifié doit s’appliquer.

Les deux premières exigences — le danger imminent et l’absence de solution raisonnable et légale — doivent être évaluées selon la norme objective modifiée décrite précédemment. Comme il est mentionné dans *Perka*, la nécessité repose sur une norme objective : « [l]e caractère involontaire se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression » (p. 259). Nous ajouterions que, pour évaluer la conduite de l’accusé, il convient de tenir compte des caractéristiques personnelles qui touchent légitimement ce à quoi on peut s’attendre de lui. La démarche suivie dans *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, est à retenir. S’exprimant au nom de notre Cour, le juge en chef Lamer a conclu ce qui suit, au par. 59 :

... il convient d’utiliser une norme objective qui tienne compte de la situation particulière de l’accusé, y compris sa capacité de percevoir l’existence d’autres solutions possibles.

Bien que la perception que l’accusé a des faits en présence puisse être très pertinente pour déterminer si la conduite devrait être excusée, elle ne l’est que dans la mesure où elle est raisonnable. Au moment où il accomplit l’acte en cause, l’accusé

32

33

of the act, honestly believe, on reasonable grounds, that he faces a situation of imminent peril that leaves no reasonable legal alternative open. There must be a reasonable basis for the accused's beliefs and actions, but it would be proper to take into account circumstances that legitimately affect the accused person's ability to evaluate his situation. The test cannot be a subjective one, and the accused who argues that he perceived imminent peril without an alternative would only succeed with the defence of necessity if his belief was reasonable given his circumstances and attributes. We leave aside for a case in which it arises the possibility that an honestly held but mistaken belief could ground a "mistake of fact" argument on the separate inquiry into *mens rea*.

34

The third requirement for the defence of necessity, proportionality, must be measured on an objective standard, as it would violate fundamental principles of the criminal law to do otherwise. Evaluating the nature of an act is fundamentally a determination reflecting society's values as to what is appropriate and what represents a transgression. Some insight into this requirement is provided by G. P. Fletcher, in a passage from *Rethinking Criminal Law* (1978), at p. 804. Fletcher spoke of the comparison between the harm inflicted and the harm avoided, and suggested that there was a threshold at which a person must be expected to suffer the harm rather than break the law. He continued:

Determining this threshold is patently a matter of moral judgment about what we expect people to be able to resist in trying situations. A valuable aid in making that judgment is comparing the competing interests at stake and assessing the degree to which the actor inflicts harm beyond the benefit that accrues from his action.

The evaluation of the seriousness of the harms must be objective. A subjective evaluation of the competing harms would, by definition, look at the matter from the perspective of the accused person who seeks to avoid harm, usually to himself. The proper perspective, however, is an objective one, since evaluating the gravity of the act is a matter of

doit croire sincèrement et pour des motifs raisonnables qu'il fait face à un danger imminent et qu'il ne dispose alors d'aucune solution raisonnable et légale. Sa croyance et ses actes doivent reposer sur des motifs raisonnables, mais il convient de tenir compte des circonstances qui influent légitimement sur sa capacité d'évaluer sa situation. Il ne peut pas s'agir d'un critère subjectif; l'accusé qui prétend qu'il a perçu un danger imminent et qu'il n'avait pas d'autre choix que d'agir comme il l'a fait ne réussira à invoquer avec succès le moyen de défense fondé sur la nécessité que si sa croyance était raisonnable compte tenu de sa situation et de ses attributs. Nous écartons, pour étude dans une affaire où elle se présentera, la possibilité qu'une croyance sincère mais erronée justifie l'argument de l'« erreur de fait » dans le cadre de l'examen distinct de la *mens rea*.

La troisième exigence relative au moyen de défense fondé sur la nécessité, soit la proportionnalité, doit se mesurer en fonction d'une norme objective puisqu'il irait à l'encontre des principes fondamentaux du droit criminel de procéder autrement. Évaluer la nature d'un acte consiste essentiellement à déterminer, compte tenu des valeurs de la société, ce qui est approprié et ce qui est une transgression. Dans un extrait de *Rethinking Criminal Law* (1978), p. 804, G. P. Fletcher donne un aperçu de cette exigence. Fletcher traite de la comparaison entre le mal infligé et le mal évité et indique qu'il y a un seuil à partir duquel une personne doit subir le mal au lieu de contrevenir à la loi. Il ajoute :

[TRADUCTION] La détermination de ce seuil relève manifestement d'une appréciation morale de ce à quoi une personne est censée pouvoir résister dans des situations difficiles. Un moyen utile de faire cette appréciation consiste à comparer les intérêts opposés qui sont en jeu et à déterminer dans quelle mesure le mal causé par une personne dépasse l'avantage qui découle de son geste.

L'évaluation de la gravité du mal causé doit être objective. Par définition, une évaluation subjective des maux envisagés examinerait l'affaire du point de vue de l'accusé qui tente d'éviter un mal, dont généralement il est la victime. Il convient, toutefois, d'adopter un point de vue objectif étant donné qu'évaluer la gravité d'un geste est une question de

community standards infused with constitutional considerations (such as, in this case, the s. 15(1) equality rights of the disabled). We conclude that the proportionality requirement must be determined on a purely objective standard.

(b) *The Application of the Requirements for Necessity in This Case*

The inquiry here is not whether the defence of necessity should in fact excuse Mr. Latimer's actions, but whether the jury should have been left to consider this defence. The correct test on that point is whether there is an air of reality to the defence. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 676, Cory J. stated:

... a defence should not be put to the jury if a reasonable jury properly instructed would have been unable to acquit on the basis of the evidence tendered in support of that defence. On the other hand, if a reasonable jury properly instructed could acquit on the basis of the evidence tendered with regard to that defence, then it must be put to the jury. It is for the trial judge to decide whether the evidence is sufficient to warrant putting a defence to a jury as this is a question of law alone.

The question is whether there is sufficient evidence that, if believed, would allow a reasonable jury — properly charged and acting judicially — to conclude that the defence applied and acquit the accused.

For the necessity defence, the trial judge must be satisfied that there is evidence sufficient to give an air of reality to each of the three requirements. If the trial judge concludes that there is no air of reality to any one of the three requirements, the defence of necessity should not be left to the jury.

normes sociales empreintes de considérations d'ordre constitutionnel (comme, en l'espèce, les droits à l'égalité que le par. 15(1) garantit aux personnes ayant des déficiences). Nous concluons que l'exigence de proportionnalité doit être évaluée en fonction d'une norme purement objective.

b) *L'application des exigences relatives à la nécessité dans la présente affaire*

En l'espèce, il ne s'agit pas de déterminer si le moyen de défense fondé sur la nécessité doit en fait excuser les actes de M. Latimer, mais plutôt s'il aurait fallu permettre au jury d'examiner ce moyen de défense. Le critère applicable à cet égard est l'apparence de vraisemblance de ce moyen de défense. Dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 676, le juge Cory dit :

... il n'y a pas lieu de soumettre un moyen de défense au jury si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées n'aurait pas été en mesure d'acquitter l'accusé à partir de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense. En revanche, s'il est possible qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées acquitte l'accusé à partir de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense, il doit être soumis au jury. C'est au juge du procès qu'il appartient de décider si la preuve est suffisante pour que la défense soit soumise à un jury puisqu'il s'agit d'une question strictement de droit.

La question est de savoir s'il y a suffisamment d'éléments de preuve qui, si on y ajoutait foi, permettraient à un jury raisonnable — ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement — de conclure au bien-fondé du moyen de défense et d'acquitter l'accusé.

En matière de moyen de défense fondé sur la nécessité, le juge du procès doit être convaincu que la preuve est suffisante pour donner une apparence de vraisemblance aux moyens invoqués relativement à chacune des trois exigences. S'il conclut qu'il n'y a pas apparence de vraisemblance pour l'une d'elles, le moyen de défense fondé sur la nécessité ne doit pas être soumis à l'appréciation du jury.

35

36

37 In this case, there was no air of reality to the three requirements of necessity.

38 The first requirement is imminent peril. It is not met in this case. The appellant does not suggest he himself faced any peril; instead he identifies a peril to his daughter, stemming from her upcoming surgery which he perceived as a form of mutilation. Acute suffering can constitute imminent peril, but in this case there was nothing to her medical condition that placed Tracy in a dangerous situation where death was an alternative. Tracy was thought to be in pain before the surgery, and that pain was expected to continue, or increase, following the surgery. But that ongoing pain did not constitute an emergency in this case. To borrow the language of Edmund Davies L.J. in *Southwark London Borough Council, supra*, at p. 746, we are dealing not with an emergency but with “an obstinate and long-standing state of affairs”. Tracy’s proposed surgery did not pose an imminent threat to her life, nor did her medical condition. In fact, Tracy’s health might have improved had the Latimers not rejected the option of relying on a feeding tube. Tracy’s situation was not an emergency. The appellant can be reasonably expected to have understood that reality. There was no evidence of a legitimate psychological condition that rendered him unable to perceive that there was no imminent peril. The appellant argued that, for him, further surgery did amount to imminent peril. It was not reasonable for the appellant to form this belief, particularly when better pain management was available.

39 The second requirement for the necessity defence is that the accused had no reasonable legal alternative to breaking the law. In this case, there is no air of reality to the proposition that the appellant had no reasonable legal alternative to killing his daughter. He had at least one reasonable legal alternative: he could have struggled on, with what

En l’espèce, il n’y a aucune apparence de vraisemblance quant aux trois exigences relatives à la nécessité.

La première exigence est le danger imminent. Elle n’est pas respectée en l’espèce. L’appelant ne prétend pas qu’il courait lui-même un danger; il décrit plutôt un danger que courait sa fille en raison de l’intervention chirurgicale qu’elle doit subir prochainement et qu’il percevait comme une forme de mutilation. La souffrance intense peut constituer un danger imminent mais, en l’espèce, rien dans l’état de santé de Tracy ne l’exposait à un danger tel que la mort était une solution de rechange. On pensait que Tracy était souffrante avant l’intervention chirurgicale et on s’attendait à ce que cette douleur persiste ou augmente après l’intervention. Cette douleur constante ne constituait toutefois pas une situation d’urgence en l’espèce. Pour reprendre les mots du lord juge Edmund Davies dans l’affaire *Southwark London Borough Council*, précitée, p. 746, nous ne sommes pas en présence d’une situation d’urgence, mais bien [TRADUCTION] « [d]’une situation persistante qui existe depuis longtemps ». Ni la maladie ni l’opération envisagée ne mettaient la vie de Tracy immédiatement en danger. En fait, la santé de Tracy aurait pu s’améliorer si les Latimer n’avaient pas refusé le recours à une sonde d’alimentation. Tracy ne se trouvait pas dans une situation d’urgence. On peut raisonnablement s’attendre à ce que l’appelant ait compris cette réalité. Rien ne permettait de penser qu’il se trouvait dans un état psychologique tel qu’il était incapable de constater l’absence de danger imminent. L’appelant a soutenu que, en ce qui le concernait, une intervention chirurgicale de plus constituait effectivement un danger imminent. Il n’était pas raisonnable que l’appelant croit cela, surtout qu’un meilleur contrôle de la douleur était possible.

La deuxième exigence est que l’accusé n’ait pas eu de solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi. En l’espèce, la proposition que l’appelant n’avait pas de solution raisonnable et légale autre que celle de tuer sa fille n’a aucune apparence de vraisemblance. Il disposait d’au moins une solution raisonnable et légale : il aurait

was unquestionably a difficult situation, by helping Tracy to live and by minimizing her pain as much as possible. The appellant might have done so by using a feeding tube to improve her health and allow her to take more effective pain medication, or he might have relied on the group home that Tracy stayed at just before her death. The appellant may well have thought the prospect of struggling unbearably sad and demanding. It was a human response that this alternative was unappealing. But it was a reasonable legal alternative that the law requires a person to pursue before he can claim the defence of necessity. The appellant was aware of this alternative but rejected it.

The third requirement for the necessity defence is proportionality; it requires the trial judge to consider, as a question of law rather than fact, whether the harm avoided was proportionate to the harm inflicted. It is difficult, at the conceptual level, to imagine a circumstance in which the proportionality requirement could be met for a homicide. We leave open, if and until it arises, the question of whether the proportionality requirement could be met in a homicide situation. In England, the defence of necessity is probably not available for homicide: *R. v. Howe*, [1987] 1 A.C. 417 (H.L.), at pp. 453 and 429; J. Smith, *Smith & Hogan: Criminal Law* (9th ed. 1999), at pp. 249-51. The famous case of *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273, involving cannibalism on the high seas, is often cited as establishing the unavailability of the defence of necessity for homicide, although the case is not conclusive: see R. Card, *Card Cross and Jones: Criminal Law* (12th ed. 1992), at p. 532; *Smith & Hogan: Criminal Law*, *supra*, at pp. 249 and 251. The Law Reform Commission of Canada has suggested the defence should not be available for a person who intentionally kills or seriously harms another person: *Report on Recodifying Criminal Law* (1987), at p. 36. American jurisdictions are divided on this question, with a number of them denying the necessity defence for murder: P. H. Robinson, *Criminal Law*

pu continuer à endurer ce qui était indiscutablement une situation difficile en aidant Tracy à vivre et en atténuant sa douleur dans toute la mesure du possible. Pour ce faire, il aurait pu avoir recours à une sonde d'alimentation pour améliorer la santé de sa fille et lui permettre d'ingérer des médicaments plus efficaces contre la douleur ou il aurait pu s'en remettre au foyer collectif où Tracy demeurait juste avant son décès. Il est fort possible que l'appelant ait jugé trop triste et exigeante la perspective de continuer à endurer. Il était humain de trouver cette solution de rechange peu attrayante. Il s'agissait néanmoins d'une solution de rechange raisonnable et légale à laquelle une personne doit recourir en vertu de la loi avant de pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité. L'appelant connaissait cette solution, mais il l'a rejetée.

La troisième exigence est la proportionnalité; elle requiert que le juge du procès détermine, en tant que question de droit plutôt que de fait, si le mal évité était proportionné au mal infligé. Sur le plan conceptuel, il est difficile d'imaginer une situation où l'exigence de proportionnalité pourrait être respectée dans le cas d'un homicide. Nous laissons ouverte, au cas où elle se poserait, la question de savoir s'il est possible de respecter l'exigence de proportionnalité dans le cas d'un homicide. En Angleterre, le moyen de défense fondé sur la nécessité ne peut probablement pas être invoqué en matière d'homicide: *R. c. Howe*, [1987] 1 A.C. 417 (H.L.), p. 453 et 429; J. Smith, *Smith & Hogan: Criminal Law* (9^e éd. 1999), p. 249-251. La célèbre affaire *R. c. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273, où il y était question de cannibalisme en haute mer, est souvent considérée comme établissant l'impossibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité dans les cas d'homicide, même si elle n'est pas concluante: voir R. Card, *Card Cross and Jones: Criminal Law* (12^e éd. 1992), p. 532; *Smith & Hogan: Criminal Law*, *op. cit.*, p. 249 et 251. La Commission de réforme du droit du Canada a affirmé que ce moyen de défense ne devrait pas pouvoir être invoqué par une personne qui tue ou blesse gravement une autre personne délibérément: *Rapport: Pour une nouvelle codification du droit pénal*

Defenses (1984), vol. 2, at pp. 63-65; see also *United States v. Holmes*, 26 F. Cas. 360 (C.C.E.D. Pa. 1842) (No. 15,383). The American *Model Penal Code* proposes that the defence of necessity would be available for homicide: American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries* (1985), Part I, vol. 2, at § 3.02, pp. 14-15; see also W. R. LaFave and A. W. Scott, Jr., *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, at p. 634.

(1987), p. 40. Les ressorts américains sont divisés sur cette question, plusieurs d'entre eux refusant ce moyen de défense dans les cas de meurtre : P. H. Robinson, *Criminal Law Defenses* (1984), vol. 2, p. 63-65; voir également *United States c. Holmes*, 26 F. Cas. 360 (C.C.E.D. Pa. 1842) (n° 15 383). Le *Model Penal Code* des États-Unis propose que le moyen de défense fondé sur la nécessité puisse être invoqué dans les cas d'homicide : American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries* (1985), partie I, vol. 2, § 3.02, p. 14-15; voir également W. R. LaFave et A. W. Scott, Jr., *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, p. 634.

41

Assuming for the sake of analysis only that necessity could provide a defence to homicide, there would have to be a harm that was seriously comparable in gravity to death (the harm inflicted). In this case, there was no risk of such harm. The "harm avoided" in the appellant's situation was, compared to death, completely disproportionate. The harm inflicted in this case was ending a life; that harm was immeasurably more serious than the pain resulting from Tracy's operation which Mr. Latimer sought to avoid. Killing a person — in order to relieve the suffering produced by a medically manageable physical or mental condition — is not a proportionate response to the harm represented by the non-life-threatening suffering resulting from that condition.

Si on tenait pour acquis aux seules fins de l'analyse que la nécessité pourrait constituer un moyen de défense en matière d'homicide, il faudrait se trouver en présence d'un mal dont la gravité se compare sérieusement à celle de la mort (le mal infligé). En l'espèce, ce mal ne risquait pas de se produire. Le « mal évité » dans la situation de l'appelant était, comparativement à la mort, totalement disproportionné. Le mal infligé en l'espèce mettait fin à une vie; ce mal était démesurément plus grave que la douleur qui résulterait de l'intervention chirurgicale et que M. Latimer cherchait à éviter. Tuer quelqu'un — dans le but de mettre fin à la douleur produite par un état de santé physique ou mental qui peut être traité par des soins médicaux — n'est pas une réaction proportionnée au mal que constitue une douleur qui ne met pas la vie en danger et qui résulte de cet état de santé.

42

We conclude that there was no air of reality to any of the three requirements for necessity. As noted earlier, if the trial judge concludes that even one of the requirements had no air of reality, the defence should not be left to the jury. Here, the trial judge was correct to remove the defence from the jury. In considering the defence of necessity, we must remain aware of the need to respect the life, dignity and equality of all the individuals affected by the act in question. The fact that the victim in this case was disabled rather than able-bodied does not affect our conclusion that the three

Nous concluons qu'il n'y a aucune apparence de vraisemblance aux moyens invoqués relativement à chacune des trois exigences de nécessité. Comme nous l'avons déjà mentionné, il suffit que le juge du procès conclut à l'absence d'apparence de vraisemblance quant à une seule exigence pour que le moyen de défense ne puisse pas être soumis à l'appréciation du jury. En l'espèce, le juge du procès a eu raison de soustraire ce moyen de défense à l'appréciation du jury. En examinant le moyen de défense fondé sur la nécessité, nous devons demeurer conscients du besoin de respecter la vie, la dignité et l'égalité de toutes les personnes touchées par le geste en question. Le fait que la victime en l'espèce était handicapée plutôt que physi-

requirements for the defence of necessity had no air of reality here.

(2) The Removal of the Defence of Necessity After Counsel's Final Addresses

Given that the trial judge was correct in removing this defence from the jury, there remains the argument that the timing of the trial judge's ruling on necessity rendered the trial unfair.

After the evidence was led and immediately prior to counsel addressing the jury, defence counsel requested a ruling on the availability of the defence of necessity. He had prepared two versions of his address to the jury. One raised necessity; the other did not. The trial judge's ruling would determine which version he would use. The trial judge, however, indicated that he had not decided whether the defence of necessity was available. He requested counsel to proceed with their closing submissions, telling them that he would rule on necessity after those submissions. He later ruled that the defence of necessity was not available.

The appellant argues that this approach violated his right to a fair trial, as guaranteed by s. 7 of the *Charter*. He states that he did not know the case he had to meet. He asks, what if he had made submissions on necessity that were later withdrawn by the trial judge, or abstained from making such submissions only to discover that the jury was entitled to consider the defence? The result in either case, he submits, is unfair.

In most cases, the trial judge will be able to rule on the availability of a defence before counsel begin their closing addresses. But that does not mean that the trial is unfair where the trial judge

quement apte est sans portée sur notre conclusion que les moyens de défense fondés sur la nécessité invoqués relativement aux trois exigences n'avaient aucune apparence de vraisemblance en l'espèce.

(2) L'élimination du moyen de défense fondé sur la nécessité après l'exposé final des avocats

Étant donné que le juge du procès a eu raison de soustraire ce moyen de défense à l'appréciation du jury, il reste à examiner l'argument voulant que le moment auquel la décision du juge du procès sur la nécessité a été prise ait rendu le procès inéquitable.

Après la présentation de la preuve et juste avant que les avocats s'adressent au jury, l'avocat de la défense a sollicité une décision sur la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité. Il avait préparé deux versions de son exposé au jury, dont l'une mentionne la nécessité. La version qu'il utiliserait dépendrait de la décision du juge du procès. Ce dernier a toutefois indiqué qu'il n'avait pas décidé si le moyen de défense fondé sur la nécessité pouvait être invoqué. Il a demandé aux avocats de faire leurs plaidoiries finales et les a informés qu'il se prononcerait sur la nécessité après ces plaidoiries. Il a décidé par la suite que le moyen de défense fondé sur la nécessité ne pouvait pas être invoqué.

L'appellant prétend que cette façon de procéder a porté atteinte au droit à un procès équitable que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Il affirme qu'il ne connaissait pas la nature de la preuve qu'il devait réfuter. Il demande ce qui serait arrivé s'il avait présenté des arguments sur la nécessité et que ceux-ci avaient par la suite été écartés par le juge du procès ou s'il s'était abstenu de présenter de tels arguments pour constater ensuite que le jury pouvait examiner le moyen de défense. Il soutient que, dans l'un ou l'autre cas, le résultat est inéquitable.

La plupart du temps, le juge du procès est en mesure de se prononcer sur la possibilité d'invoquer un moyen de défense avant l'exposé final des avocats. Mais cela ne signifie pas que le procès est

43

44

45

46

delays his ruling. In the circumstances of this case, we conclude that the fairness of the trial was not affected.

inéquitable s'il retarde sa décision. Dans les circonstances de la présente affaire, nous concluons que l'équité du procès n'a pas été compromise.

47 The "case to meet" principle is a component of the accused's constitutional right to make full answer and defence. It means that an accused has the right to know the case he must meet before answering the Crown's case: *R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77, at para. 6; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, *per* Cory, Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 102. The rationale behind this principle is that the accused, before embarking on his defence, should be able to assume that the Crown has called all the evidence it will rely on to establish guilt. Both *Underwood* and *Rose* affirm this principle, but do not require all rulings by the trial judge to take place prior to counsel addressing the jury. *Underwood* and *Rose* deal with the accused person's right to respond to the Crown, not a right to reply to the trial judge. (In *Underwood*, the issue arose in the context of a judge's ruling, but the concern was that the Crown would lead additional evidence — in that case, the accused's criminal record.) As such, there is no broad right to have all rulings on the availability of defences take place prior to closing submissions. The right to respond to the Crown's case is not equivalent to a right to respond to the trial judge's rulings.

Le principe de la « preuve à réfuter » est un élément du droit constitutionnel de l'accusé à une défense pleine et entière. Cela signifie que l'accusé a le droit de connaître la preuve qui pèse contre lui avant d'y répondre : *R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77, par. 6; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, les juges Cory, Iacobucci et Bastarache, par. 102. La raison d'être de ce principe est que, avant de présenter sa défense, l'accusé doit pouvoir tenir pour acquis que le ministère public a présenté toute la preuve sur laquelle il se fondera pour établir sa culpabilité. Les arrêts *Underwood* et *Rose* confirment ce principe, mais n'exigent pas que toutes les décisions du juge du procès soient prises avant que les avocats s'adressent au jury. Ils portent sur le droit de l'accusé de répondre au ministère public et non sur le droit de répondre au juge du procès. (Dans *Underwood*, la question s'est posée dans le contexte d'une décision du juge du procès, mais on craignait que le ministère public ne présente des éléments de preuve supplémentaires — dans cette affaire, le casier judiciaire de l'accusé.) À ce titre, il n'existe pas de droit général permettant d'exiger que toutes les décisions sur la possibilité d'invoquer un moyen de défense soient prises avant les plaidoiries finales. Le droit de répondre à la preuve du ministère public n'équivaut pas au droit de répondre aux décisions du juge du procès.

48 In the absence of a constitutional right, we must still consider whether the procedure employed by a trial judge led to an unfair trial.

En l'absence de droit constitutionnel, il nous reste à déterminer si la procédure utilisée par le juge du procès a rendu le procès inéquitable.

49 The Court of Appeal concluded, at p. 205, that "it might have been better" to rule on the availability of the necessity defence prior to counsel addressing the jury. The decision should not have been a difficult one, since not one of the three requirements for necessity had an air of reality to it.

La Cour d'appel a conclu, à la p. 205, qu'[TRA-DUCTION] « il aurait pu être préférable » que la décision relative à la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité soit prise avant que les avocats s'adressent au jury. Elle n'aurait pas dû être difficile à prendre puisqu'aucun moyen invoqué relativement aux trois exigences en matière de nécessité n'avait une apparence de vraisemblance.

Nonetheless, while the trial judge's approach was imperfect, the benchmark for measuring trial fairness is not perfection. The critical question is whether the trial judge's approach rendered the appellant's trial unfair. The inquiry is necessarily specific to the facts of the case under consideration; the determination of whether the timing of a particular ruling rendered a trial unfair must be made on a case-by-case basis.

We are of the view that, on the facts of this case, the timing of the removal of the necessity defence did not render the appellant's trial unfair. The appellant relies on *Underwood* to argue that he was denied the ability to make an informed tactical decision. In *Underwood*, the trial judge deferred a ruling on the admissibility of an accused person's criminal record until after he had begun testifying. The accused had to decide whether to testify without knowing if his criminal record would be admissible. He was forced into an untenable position, in which he had to gamble on a decision without any ability to mitigate the damage if he lost his gamble.

The situation in this appeal differs from *Underwood* in two ways. First, the nature of the interest is not comparable: *Underwood* had to make an uninformed decision that would see him irrevocably surrender his *Charter* right not to be compelled to testify, while the appellant faced only a tactical decision as to how to present an unlikely defence. The second difference between the cases lies in the fact that in *Underwood*, the accused could not anticipate or mitigate a surprise ruling, whereas in this case the appellant could, and did, anticipate and mitigate the withdrawal of the defence of necessity. In fact, Mr. Latimer's trial counsel explained to the jury in his closing remarks that the trial judge could rule that certain issues — including the defence of necessity — had to be withdrawn from the jury's consideration.

Néanmoins, même si la démarche suivie par le juge du procès n'était pas parfaite, le caractère équitable du procès ne se mesure pas en fonction de la perfection. La question cruciale est de savoir si la façon dont le juge du procès a procédé a rendu le procès de l'appelant inéquitable. L'examen est nécessairement propre aux faits de l'affaire en cause; la question de savoir si le moment auquel une décision a été prise a rendu le procès inéquitable doit être tranchée au cas par cas.

Nous sommes d'avis que, d'après les faits de la présente affaire, le moment de l'élimination du moyen de défense fondé sur la nécessité n'a pas rendu le procès de l'appelant inéquitable. S'appuyant sur l'arrêt *Underwood*, l'appelant prétend avoir été privé de la capacité de prendre une décision tactique éclairée. Dans cette affaire, le juge du procès avait attendu que l'accusé ait commencé sa déposition pour rendre sa décision sur l'admissibilité de son casier judiciaire. L'accusé devait décider s'il témoignerait sans savoir si son casier judiciaire serait admissible. Il avait été placé dans une position intenable, où il devait risquer une décision sans pouvoir limiter les dommages s'il perdait son pari.

La présente situation diffère à deux égards de celle de l'affaire *Underwood*. Premièrement, la nature du droit en cause n'est pas comparable : *Underwood* devait prendre une décision non éclairée par laquelle il renoncerait irrévocablement au droit de ne pas être contraint à témoigner qui lui est garanti par la *Charte*, alors que l'appelant n'était appelé qu'à prendre une décision tactique sur la manière de présenter un moyen de défense peu vraisemblable. La deuxième différence tient au fait que, dans *Underwood*, l'accusé ne pouvait pas anticiper une décision-surprise ou y pallier tandis qu'en l'espèce l'appelant pouvait anticiper l'élimination du moyen de défense fondé sur la nécessité et y pallier, ce qu'il a fait. De fait, l'avocat de M. Latimer a expliqué, dans son exposé final au jury, que le juge du procès pouvait décider que certaines questions — notamment le moyen de défense fondé sur la nécessité — devaient être soustraites à l'appréciation du jury.

50

51

52

53

It was hardly a surprise that the trial judge eventually removed the defence of necessity. The decision did not ambush the appellant, nor should it have caught him unaware. The trial judge in the first *Latimer* case had removed the defence, and the Court of Appeal in *Latimer (No. 1)*, *supra*, at pp. 512 and 520, unanimously agreed. The ruling was obvious: there was no air of reality to even one of the three requirements for necessity. In discussing his decision to delay ruling on necessity until after closing addresses, the tenor of the trial judge's comments makes it apparent that he is highly sceptical that the defence was available. We are of the view that the surprise here, if any, was minimal, and we fail to see the prejudice. While it is customary and in most instances preferable for the trial judge to rule on the availability of a defence prior to closing addresses to the jury, it cannot be said that the failure to do so here resulted in an unfair trial.

54

The appellant also argues that the manner in which the trial judge removed the defence of necessity was unfair. We disagree. If anything, the trial judge's treatment of the defence of necessity gave it greater credibility than deserved on the facts. While the trial judge did explain to the jury that the defence of necessity was unavailable, he appeared reluctant to remove the defence. He explained how "the law" defines necessity, and he was clear that he had no choice; his ruling was required by "the courts" as "a matter of law". The trial judge's explanation as to why the defence of necessity was not available did not portray the appellant in an unsympathetic manner, and in fact the trial judge did not even touch on the requirement of proportionality in removing the defence. Consequently, in the circumstances of this case, it

Il n'était guère surprenant que le juge du procès ait finalement écarté le moyen de défense fondé sur la nécessité. La décision n'a pas pris l'appellant par surprise et ne devrait pas l'avoir fait non plus. Dans la première affaire *Latimer*, le juge du procès avait écarté ce moyen de défense et la Cour d'appel avait exprimé son accord à l'unanimité dans *Latimer (n° 1)*, précité, p. 512 et 520. La décision était évidente : aucun des moyens de défense fondés sur la nécessité invoqués relativement aux trois exigences n'avait une apparence de vraisemblance. La teneur des observations que le juge a faites au moment où il a choisi de rendre seulement après les exposés finals sa décision relative à la nécessité révèle son grand scepticisme quant à la possibilité d'invoquer ce moyen de défense. Nous sommes d'avis que la surprise en l'espèce, s'il en est, était minime et nous ne voyons aucun préjudice. Même s'il est habituel et, dans la plupart des cas, préférable que le juge du procès se prononce sur la possibilité d'invoquer un moyen de défense avant les exposés finals au jury, on ne peut pas dire que l'omission de le faire en l'espèce a rendu le procès inéquitable.

L'appellant prétend également que la manière dont le juge du procès a écarté le moyen de défense fondé sur la nécessité est inéquitable. Nous ne sommes pas d'accord. Au contraire, la façon dont le juge du procès a traité ce moyen de défense lui a donné une plus grande crédibilité qu'il n'en méritait d'après les faits. Même si le juge du procès a expliqué au jury que le moyen de défense fondé sur la nécessité ne pouvait pas être invoqué, il a paru hésiter à l'écarter. Il a expliqué comment [TRADUCTION] « le droit » définit la nécessité et a indiqué clairement qu'il n'avait pas le choix; sa décision était requise par [TRADUCTION] « les tribunaux » en tant que [TRADUCTION] « question de droit ». En expliquant les motifs pour lesquels le moyen de défense fondé sur la nécessité ne pouvait pas être invoqué, le juge du procès n'a pas dressé un portrait antipathique de l'appellant et, en fait, il n'a même pas abordé l'exigence de proportionnalité lorsqu'il a éliminé le moyen de défense. En conséquence, dans les circonstances de la présente affaire, on ne peut pas conclure que le juge du pro-

cannot be concluded that the trial judge seriously undermined the appellant's closing submissions.

We similarly reject the appellant's submission that the trial judge "took sides" or became "an advocate for the Crown", as there is no support in the record for this suggestion. The trial judge explicitly said that he agreed with the Crown's argument as to the unavailability of the necessity defence, but that fact alone does not transform him into an ally of the Crown and it does not constitute bias, particularly when the Crown's position was correct and no other choice was open to the trial judge.

The assessment of trial fairness is specific to the facts of the particular case. In another case, a trial judge's removal of a defence — after closing addresses to the jury had been made relying on that defence — might render the trial unfair, but that is not the case here.

(3) Jury Nullification

The term "jury nullification" refers to that rare situation where a jury knowingly chooses not to apply the law and acquits a defendant regardless of the strength of the evidence against him. Jury nullification is an unusual concept within the criminal law, since it effectively acknowledges that it may occur that the jury elects in the rarest of cases not to apply the law. The explanation seems to be that on some occasions, oppression will result either from a harsh law or from a harsh application of a law.

This Court has referred to the jury's power to nullify as "the citizen's ultimate protection against oppressive laws and the oppressive enforcement of the law" and it has characterized the jury nullification power as a "safety valve" for exceptional cases: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 ("*Morgentaler* (1988)"), at pp. 78-79. At the same time, however, Dickson C.J. warned that "recognizing this reality [that a jury may nullify] is a far cry from suggesting that counsel may encourage a

cès a sérieusement miné la plaidoirie finale de l'appelant.

De la même manière, nous rejetons l'argument de l'appelant selon lequel le juge du procès [TRADUCTION] « a pris partie » ou est devenu « un partisan du ministère public », car rien au dossier n'appuie cette proposition. Le juge du procès a dit expressément qu'il était d'accord avec l'argument du ministère public relativement à l'impossibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité, mais cela n'en fait pas pour autant un allié du ministère public et ne constitue pas de la partialité, d'autant plus que la position de ce dernier était juste et que le juge du procès n'avait pas d'autre choix.

L'évaluation du caractère équitable d'un procès est fonction des faits de l'affaire en cause. Dans une autre affaire, l'élimination d'un moyen de défense par le juge du procès — après des plaidoiries finales au jury qui seraient fondées sur ce moyen de défense — pourrait rendre le procès inéquitable, mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

(3) L'annulation par le jury

L'expression « annulation par le jury » vise la situation rare où le jury choisit en connaissance de cause de ne pas appliquer la loi et acquitte le défendeur malgré la force de la preuve qui pèse contre lui. L'annulation par le jury est un concept inusité en droit criminel, car elle reconnaît effectivement qu'il peut arriver que le jury décide, dans de très rares cas, de ne pas appliquer la loi. Cela semble s'expliquer par le fait qu'une loi sévère ou l'application sévère d'une loi engendre parfois de l'oppression.

Notre Cour a qualifié le pouvoir d'annulation du jury de « protecteur ultime des citoyens contre l'application arbitraire de la loi et contre l'oppression du gouvernement », et de « soupape » dans des cas exceptionnels : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (« *Morgentaler* (1988) »), p. 78-79. Par la même occasion, toutefois, le juge en chef Dickson a prévenu que « reconnaître ce fait [qu'un jury peut annuler] est très loin de suggérer qu'un avocat peut encourager un jury à méconnaître une

55

56

57

58

jury to ignore a law they do not support or to tell a jury that it has a right to do so” (emphasis in original).

59 The appellant effectively makes two arguments, one specific and one general. His specific argument is that the trial judge interfered with the jury’s ability to nullify by implying that the jury could offer input on sentencing. His general argument is that an accused person must have some right to a jury that is more likely to nullify. We will consider each argument in turn.

60 The appellant submits that his trial was unfair because of what he characterizes as the trial judge’s misleading answer to the jury’s inquiry as to whether it could offer input on sentencing. In the course of its deliberations, the jury sent the trial judge a note inquiring, in part, whether it could offer any input into sentencing. The trial judge was clear in reply that the jury was not to concern itself with the matter of penalty, but should focus solely on the question of guilt. The trial judge added, “it may be that later on, once you have reached a verdict, you — we will have some discussions about that [penalty]”.

61 The appellant argues that the trial judge ought to have clarified his “misleading” suggestion that the jury could influence the penalty by explicitly telling the jury of the mandatory minimum sentence of life without parole for 10 years.

62 While the practice varies in other jurisdictions, the rule in Canada is that guilt is for the jury to determine, while sentencing is left to the trial judge. That long-standing approach is sensible as a trial judge will obviously have more knowledge on both the acceptable range of sentences for the particular offence and the principles of sentencing. The jury’s role is to determine on the facts whether

loi qui ne lui plaît pas ou à lui dire qu’il a le droit de le faire » (souligné dans l’original).

L’appelant avance en fait deux arguments, l’un d’ordre particulier et l’autre d’ordre général. Son argument d’ordre particulier est que le juge du procès a entravé la capacité du jury de prononcer une annulation en donnant à entendre que le jury pouvait participer à la détermination de la peine. Selon son argument d’ordre général, un accusé doit avoir un certain droit à un jury qui est plus susceptible de prononcer une annulation. Nous allons analyser ces arguments à tour de rôle.

L’appelant avance que son procès a été inéquitable en raison de ce qu’il qualifie de réponse trompeuse du juge du procès à la question du jury, qui voulait savoir s’il pouvait participer à la détermination de la peine. Au cours de ses délibérations, le jury a fait parvenir au juge du procès une note dans laquelle il lui demandait notamment s’il pouvait participer à la détermination de la peine. Le juge du procès lui a répondu clairement qu’il ne devait pas se préoccuper de la question de la peine, mais qu’il devait se concentrer uniquement sur la question de la culpabilité. Il a ajouté : [TRADUCTION] « il se peut que plus tard, lorsque vous aurez prononcé le verdict, vous — nous en discussions [de la peine] ».

L’appelant prétend que le juge du procès aurait dû clarifier son affirmation « trompeuse », que le jury pouvait influencer sur la détermination de la peine, en l’informant explicitement de la peine minimale obligatoire d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans.

Bien que la situation soit différente dans d’autres ressorts, la règle au Canada veut qu’il appartienne au jury de déterminer la culpabilité et au juge du procès de déterminer la peine. Cette approche établie de longue date est logique, car le juge du procès a manifestement une meilleure connaissance tant de la gamme acceptable de peines pour l’infraction en cause que des principes de la détermination de la peine. Le rôle du jury est de déterminer à partir des faits si la preuve établit la

the evidence establishes guilt. There is no reason to depart from the general rule.

It may seem odd that the jury, without knowing the penalty, could be blind to the consequences of its conclusions, but that fact is both appropriate and desirable when one takes into account the risk that the jury could be influenced — whether towards acquitting or convicting — on the basis of the sentence. That logic applies with the same force when the prescribed penalty is a statutory minimum. The fact that a convicted person will be subject to a pre-designated minimum sentence should not influence the jury's consideration of the question of guilt. The appellant suggests that the jury was less likely to nullify because it was not explicitly told of the mandatory minimum sentence. The question of whether the jury would have been more likely to acquit if informed of the mandatory minimum sentence — however interesting its speculation may be — cannot be the basis for a requirement that the jury be informed of the penalty consequent on conviction.

The argument advanced by the appellant is that the trial judge should have ruled on the availability of the necessity defence at the usual time in the trial, that is, before counsel's jury addresses. In addition, the appellant submits, the trial judge ought to have explicitly told the jury it had no ability to determine sentence. If that had occurred, the jury would have had more time to dwell on what the appellant argues are the most ameliorating circumstances of the appellant's actions; this, coupled with the mandatory life sentence, might have led to jury nullification. At a minimum, it is argued, the jury would have had more time to think about it. That argument fails.

An accused is entitled to a fair trial, including the presumption of innocence, the duty of the Crown to prove guilt beyond a reasonable doubt, and the ability to make full answer and defence. The accused is not entitled to a trial that increases the possibility of jury nullification. If the trial of the accused has not been unfair and no miscarriage

culpabilité. Il n'y a aucune raison de s'écarter de la règle générale.

Il peut paraître étrange que le jury, ne connaissant pas la peine, puisse ne tenir aucun compte des conséquences de ses conclusions, mais ce fait est aussi approprié que souhaitable compte tenu du risque que le jury puisse être influencé — en faveur de l'acquittement ou de la déclaration de culpabilité — par la peine éventuelle. Cette logique s'applique avec la même force lorsque la peine prescrite est une peine minimale fixée par la loi. Le fait qu'une personne reconnue coupable soit assujettie à une peine minimale fixée d'avance ne devrait pas influencer le jury dans l'examen de la question de la culpabilité. L'appellant affirme que le jury était moins susceptible de prononcer une annulation parce qu'il n'a pas été informé explicitement de la peine minimale obligatoire. La question de savoir si le jury aurait été plus susceptible de prononcer l'acquittement s'il avait été informé de la peine minimale obligatoire — si intéressante que puisse être cette hypothèse — ne saurait étayer l'exigence d'informer le jury de la peine à laquelle peut donner lieu la déclaration de culpabilité.

L'appellant fait valoir que le juge du procès aurait dû se prononcer sur la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur la nécessité à l'étape habituelle du procès, soit avant l'exposé des avocats au jury. L'appellant soutient en outre que le juge du procès aurait dû informer explicitement le jury qu'il n'avait pas la capacité de déterminer la peine. Si cela avait été fait, le jury aurait eu plus de temps pour s'attarder sur ce que l'appellant considère comme les circonstances les plus atténuantes de ses actes, ce qui, joint à la peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité, aurait pu mener à l'annulation par le jury. Selon l'appellant, le jury aurait au moins eu plus de temps pour y penser. Cet argument doit être rejeté.

L'accusé a droit à un procès équitable, notamment à la présomption d'innocence, à l'obligation du ministère public de démontrer la culpabilité hors de tout doute raisonnable et à la possibilité de présenter une défense pleine et entière. Il n'a pas droit à un procès qui accroît la possibilité d'annulation par le jury. Si son procès n'a pas été inéqui-

63

64

65

of justice has occurred, the accused cannot succeed on an argument that due to some departure from the norm by the trial judge, his chances of jury nullification are lessened. This point is treated in further detail below.

66 The appellant argues that the jury was misled into believing it could make a recommendation on sentence. The trial judge might have confined himself to telling the jury not to concern itself with the penalty. But his vague suggestion (“it may be that later on . . . we will have some discussions about that”) cannot be taken to have seriously misled the jury into believing that it would determine the sentence. In fact, the jury could and did offer its input on sentence by virtue of s. 745.2 of the *Criminal Code*, which requires a trial judge to ask the jury if it wishes to recommend more than the 10-year minimum before parole eligibility for second degree murder. It seems likely that the trial judge had this provision in mind when he suggested the jury could “have some discussions” about the sentence. Read in the context of the trial judge’s repeated insistence that the jury focus on the issue of guilt, not penalty, it is clear that his comment about discussing the sentence later on did not render the trial unfair.

67 We also reject the argument that the trial judge could have corrected any “misleading” suggestion by informing the jury of the mandatory minimum sentence; to do so might have been an error. (See *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688, at p. 693; *R. v. Cracknell* (1931), 56 C.C.C. 190 (Ont. C.A.), at pp. 192 and 194; *R. v. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464 (Ont. C.A.), at p. 482.) The trial judge’s slightly awkward but short response to the jury’s inquiry did not prejudice the appellant.

68 The appellant’s second argument is a broad one, that the accused person has some right to jury nullification. How could there be any such “right”? As a matter of logic and principle, the law cannot

table et qu’aucune erreur judiciaire n’a été commise, l’accusé ne peut pas invoquer avec succès l’argument selon lequel ses chances d’obtenir l’annulation par le jury sont moindres du fait que le juge du procès a dérogé jusqu’à un certain point à la norme. Cette question est traitée de façon plus approfondie plus loin.

L’appellant prétend que le jury a indûment été amené à croire qu’il pouvait faire une recommandation relativement à la peine. Le juge du procès aurait pu se contenter de dire au jury de ne pas se préoccuper de la peine à infliger. Mais on ne peut penser que sa vague suggestion ([TRADUCTION] « il se peut que plus tard [. . .] nous en discutons ») a sérieusement induit le jury en erreur en l’amenant à croire qu’il déterminerait la peine. En fait, le jury pouvait participer à la détermination de la peine et l’a fait en vertu de l’art. 745.2 du *Code criminel*, qui exige que le juge du procès demande au jury s’il souhaite recommander l’imposition d’une période excédant la période minimale de 10 ans préalable à la libération conditionnelle dans les cas de meurtre au deuxième degré. Il semble probable que le juge du procès ait eu cette disposition à l’esprit lorsqu’il a affirmé que le jury pourrait en « discuter ». Vu que le juge du procès a insisté à plusieurs reprises pour que le jury se concentre sur la question de la culpabilité et non sur celle de la peine, il est évident que son observation concernant la discussion ultérieure de la peine n’a pas rendu le procès inéquitable.

Nous rejetons également l’argument que le juge du procès aurait pu corriger toute suggestion « trompeuse » en informant le jury de la peine minimale obligatoire; le faire aurait pu constituer une erreur. (Voir *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688, p. 693; *R. c. Cracknell* (1931), 56 C.C.C. 190 (C.A. Ont.), p. 192 et 194; *R. c. Stevenson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 464 (C.A. Ont.), p. 482.) La réponse un peu maladroite, mais brève, du juge du procès à la question du jury n’a causé aucun préjudice à l’appellant.

Le second argument de l’appellant, selon lequel l’accusé a un certain droit à l’annulation par le jury, est général. Comment pourrait-il exister un tel « droit »? Sur le plan de la logique et des prin-

encourage jury nullification. When it occurs, it may be appropriate to acknowledge that occurrence. But, to echo the words of *Morgentaler* (1988), saying that jury nullification may occur is distant from deliberately allowing the defence to argue it before a jury or letting a judge raise the possibility of nullification in his or her instructions to the jury.

The appellant concedes as much, but advances some right, on the part of the accused person, to a jury whose power to nullify is not undermined. He suggests the right to a fair trial under s. 7 of the *Charter* encompasses this entitlement. The appellant submits that there is a jury power to nullify, and it would be unconstitutional to undermine that power.

We reject that proposition. The appellant cannot legitimately rely on a broad right to jury nullification. In this case, the trial did not become unfair simply because the trial judge undermined the jury's *de facto* power to nullify. In most if not all cases, jury nullification will not be a valid factor in analyzing trial fairness for the accused. Guarding against jury nullification is a desirable and legitimate exercise for a trial judge; in fact a judge is required to take steps to ensure that the jury will apply the law properly. See *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774 (K.B.), at p. 824, cited with approval by Dickson C.J. in *Morgentaler* (1988), at p. 78. Steps taken by a trial judge to guard against jury nullification should not, on that basis alone, prejudice the accused person.

We conclude that the appellant's conviction must be upheld.

B. Appeal Against Sentence

The appellant also seeks a constitutional exemption from the mandatory minimum sentence for second degree murder on the basis that such a sentence amounts to cruel and unusual punishment in the circumstances of this case. This aspect of

cipes, le droit ne peut pas encourager l'annulation par le jury. Lorsque cela se produit, il peut convenir de reconnaître ce fait. Mais, pour reprendre les propos tenus dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), affirmer que l'annulation par le jury peut se produire est fort différent du fait de permettre délibérément à la défense de la plaider devant le jury ou de laisser le juge évoquer cette possibilité dans ses directives au jury.

L'appellant le concède, mais il fait valoir que l'accusé a le droit à un jury dont le pouvoir d'annulation n'est pas miné. Il affirme que le droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte* comporte ce droit. Il soutient que le pouvoir d'annulation par le jury existe et que miner ce pouvoir serait inconstitutionnel.

Nous rejetons cette proposition. L'appellant ne saurait légitimement invoquer un droit général à l'annulation par le jury. En l'espèce, le procès n'est pas devenu inéquitable du seul fait que le juge du procès a miné le pouvoir d'annulation de fait du jury. Dans la plupart voire la totalité des cas, l'annulation par le jury n'est pas un élément valable dont il faut tenir compte en analysant l'équité du procès pour l'accusé. Il est souhaitable et légitime pour le juge du procès d'empêcher l'annulation par le jury; en fait, le juge est tenu de prendre les mesures nécessaires pour que le jury applique la loi correctement. Voir *R. c. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774 (B.R.), p. 824, cité avec approbation par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), p. 78. Les mesures prises par le juge du procès pour empêcher l'annulation par le jury ne devraient pas préjudicier à l'accusé pour ce seul motif.

Nous concluons que la déclaration de culpabilité de l'appellant doit être confirmée.

B. Le pourvoi interjeté contre la peine

L'appellant sollicite également une exemption constitutionnelle de la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré, pour le motif que cette peine constitue en l'espèce une peine cruelle et inusitée. Cette partie du pourvoi de M. Latimer

69

70

71

72

Mr. Latimer's appeal centres on the following constitutional questions stated by Lamer C.J. on September 22, 1999:

1. Was the learned trial Justice correct in finding that in this specific case, the mandatory minimum sentence prescribed by ss. 235 and 745(c) of the *Criminal Code* would be cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to Question 1 is "yes", can ss. 235 and 745(c) of the *Criminal Code* be justified in this case by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to Question 2 is "no", did the learned trial Justice err in granting a constitutional exemption rather than declaring the sections inoperative?

(1) Review of Relevant Principles

73

This Court first interpreted s. 12 of the *Charter* in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, where Lamer J. (as he then was) adopted the standard articulated by Laskin C.J. in *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, as the starting point for the s. 12 scrutiny. Specifically, Lamer J. stated at p. 1072:

The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words of Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, at p. 688, "whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency". In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

74

Lamer J. went on to set out the nature and elements of the s. 12 gross disproportionality analysis as follows:

In assessing whether a sentence is grossly disproportionate, the court must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been

porte sur les questions constitutionnelles suivantes énoncées par le juge en chef Lamer le 22 septembre 1999 :

1. Le juge du procès a-t-il eu raison de conclure que, dans le présent cas, l'application de la période minimale d'emprisonnement obligatoire prescrite par l'art. 235 et l'al. 745c) du *Code criminel* constituerait une peine cruelle et inusitée visée par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la question 1 est « oui », est-ce que la validité de l'art. 235 et de l'al. 745c) du *Code criminel* peut, en l'espèce, être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Si la réponse à la question 2 est « non », est-ce que le juge du procès a fait erreur en accordant une exemption constitutionnelle plutôt qu'en déclarant les dispositions inopérantes?

(1) L'examen des principes pertinents

Notre Cour a interprété pour la première fois l'art. 12 de la *Charte* dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, où le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a adopté la norme que le juge en chef Laskin avait formulée dans *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, à titre de point de départ de l'examen fondé sur l'art. 12. En particulier, voici ce que le juge Lamer a écrit, à la p. 1072 :

Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 688 de l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d'autres termes, bien que l'État puisse infliger une peine, l'effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

Le juge Lamer a ensuite énoncé ainsi la nature et les éléments de l'analyse relative à la disproportion exagérée fondée sur l'art. 12 :

En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, la cour doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines

appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from this particular offender.

This test was subsequently affirmed and applied in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, and most recently in *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39.

In *Goltz*, *supra*, at p. 500, and *Morrisey*, *supra*, at paras. 27-28, Gonthier J. clarified that, beyond the *Smith* factors outlined above, a full contextual understanding of the sentencing provision also requires a consideration of the actual effect of the punishment on the individual, the penological goals and sentencing principles upon which the sentence is fashioned, the existence of valid alternatives to the punishment imposed, and a comparison of punishments imposed for other crimes in the same jurisdiction. However, not all of these matters will be relevant to the analysis and none of these standing alone will be decisive to a determination of gross disproportionality.

While the test is one that attributes a great deal of weight to individual circumstances, it should also be stressed that in weighing the s. 12 considerations the court must also consider and defer to the valid legislative objectives underlying the criminal law responsibilities of Parliament (*Goltz*, *supra*, at p. 503). In this regard, Cory J., for the Court in *Steele v. Mountain Institution*, *supra*, at p. 1417, stated:

It will only be on rare and unique occasions that a court will find a sentence so grossly disproportionate that it violates the provisions of s. 12 of the *Charter*. The test for determining whether a sentence is disproportionately long is very properly stringent and demanding. A lesser test would tend to trivialize the *Charter*. [Emphasis added.]

In emphasizing the deferential standard for the s. 12 review, this Court has repeatedly adopted the following passage from *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.), at p. 238, *per* Borins

auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier.

Ce critère a par la suite été confirmé et appliqué dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, et, tout récemment, dans *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39.

Dans *Goltz*, précité, p. 500, et dans *Morrisey*, précité, par. 27-28, le juge Gonthier a précisé que, outre les facteurs de l'arrêt *Smith* énoncés précédemment, l'interprétation contextuelle complète de la disposition relative à la détermination de la peine requiert également la prise en compte de l'effet réel de la peine sur l'individu, des objectifs pénologiques et des principes en fonction desquels la peine est déterminée, de l'existence de solutions de rechange valables à la peine infligée et de la comparaison avec les peines infligées pour d'autres crimes dans le même ressort. Ces questions ne sont cependant pas toutes pertinentes relativement à cette analyse, et aucune d'elles ne sera décisive à elle seule pour décider d'une disproportion exagérée.

Même si le critère accorde beaucoup d'importance à la situation personnelle, il faut également souligner que, lorsqu'elle soupèse les facteurs relatifs à l'art. 12, la cour doit également tenir compte des objectifs législatifs valides qui sous-tendent les responsabilités du législateur en matière de droit criminel et faire preuve de retenue à cet égard (*Goltz*, précité, p. 503). À ce propos, le juge Cory affirme, au nom de notre Cour dans *Steele c. Établissement Mountain*, précité, p. 1417 :

Il arrivera très rarement qu'une cour de justice conclura qu'une peine est si exagérément disproportionnée qu'elle viole les dispositions de l'art. 12 de la *Charte*. Le critère qui sert à déterminer si une peine est beaucoup trop longue est à bon droit strict et exigeant. Un critère moindre tendrait à banaliser la *Charte*. [Nous soulignons.]

En soulignant la norme de retenue applicable à l'examen fondé sur l'art. 12, notre Cour a adopté à maintes reprises l'extrait suivant de la décision *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist.

75

76

77

Dist. Ct. J. (cited at *Smith, supra*, at p. 1070; *Luxton, supra*, at p. 725; *Goltz, supra*, at p. 502):

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function, the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest of cases where the punishment prescribed is so excessive when compared with the punishment prescribed for other offences as to outrage standards of decency.

78

Finally, before moving on to the application of these principles to this appeal, we note that there are two aspects to the s. 12 analysis (*Goltz, supra*, at p. 505). Specifically, the first aspect of the s. 12 analysis centres on the individual circumstances as set out above and is commonly known as the “particularized inquiry”. If the particularized inquiry reveals that a challenged provision imposes a sentence that is grossly disproportionate in those particular circumstances, then a *prima facie* violation of s. 12 is established and will be examined for justifiability under s. 1 of the *Charter*. If, however, the particular facts of the case do not give rise to such a finding “there may remain . . . a *Charter* challenge or constitutional question as to the validity of a statutory provision on grounds of gross disproportionality as evidenced in reasonable hypothetical circumstances” (*Goltz, supra*, at pp. 505-6 (emphasis in original)).

79

As is reflected in the constitutional questions before the Court, this appeal is restricted to a consideration of the particularized inquiry. In substance, the appellant concedes the general constitutionality of ss. 235 and 745(c) as these sections are applied in combination. Mr. Latimer’s challenge to

Ont.), p. 238, le juge Borins (cité dans *Smith, précité*, p. 1070; *Luxton, précité*, p. 725; *Goltz, précité*, p. 502 :

[TRADUCTION] Il n’appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d’une large discrétion pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes où la peine prescrite est excessive, comparativement à la peine prévue pour d’autres infractions, au point de constituer une atteinte aux normes de la décence.

Enfin, avant d’aborder l’application de ces principes au présent pourvoi, nous soulignons que l’analyse fondée sur l’art. 12 comporte deux volets (*Goltz, précité*, p. 505). Plus précisément, le premier volet porte sur la situation personnelle mentionnée précédemment et est communément appelé « examen particularisé ». Si cet examen particularisé révèle que la disposition contestée prescrit une peine exagérément disproportionnée dans les circonstances, il y a alors atteinte à première vue à l’art. 12, qui fera l’objet d’un examen fondé sur l’article premier de la *Charte* afin de déterminer si elle peut être justifiée. Si, toutefois, les faits particuliers de l’affaire ne mènent pas à une telle conclusion, « il peut y avoir [...] une contestation fondée sur la *Charte* ou une question constitutionnelle concernant la validité d’une disposition législative fondée sur la disproportion exagérée démontrée par des circonstances hypothétiques raisonnables » (*Goltz, précité*, p. 505-506 (souligné dans l’original)).

Comme le reflètent les questions constitutionnelles en l’instance, le présent pourvoi ne porte que sur l’examen particularisé. Essentiellement, l’appelant reconnaît la constitutionnalité générale de l’art. 235 et de l’al. 745(c) dans la mesure où ces dispositions sont appliquées ensemble. Monsieur

their overall constitutionality was put forward in the alternative but was not pressed forcefully since no substantive argument on point was offered. Furthermore, no reasonable hypothetical situation was presented for the Court's consideration. In short, the appellant's arguments wholly centred on the effect of the sentence in this specific case on this specific offender. Consequently, only the individual remedy sought by the appellant, namely a constitutional exemption, is at issue.

(2) Application of Section 12 Principles

The first factor to consider is the gravity of the offence. Recently, Gonthier J., in *Morrisey, supra*, provided important guidance for the proper assessment of the gravity of an offence for the purposes of a s. 12 analysis. Specifically, Gonthier J. noted, at para. 35, that an assessment of the gravity of the offence requires an understanding of (i) the character of the offender's actions, and (ii) the consequences of those actions.

Certainly, in this case one cannot escape the conclusion that Mr. Latimer's actions resulted in the most serious of all possible consequences, namely, the death of the victim, Tracy Latimer.

In considering the character of Mr. Latimer's actions, we are directed to an assessment of the criminal fault requirement or *mens rea* element of the offence rather than the offender's motive or general state of mind (*Morrisey, supra*, at para. 36). We attach a greater degree of criminal responsibility or moral blameworthiness to conduct where the accused knowingly broke the law (*Morrisey, supra*, at para. 36; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 645). In this case, the *mens rea* requirement for second degree murder is subjective foresight of death: the most serious level of moral blameworthiness (*Luxton, supra*, at p. 724).

Parliament has classified murder offences into first and second degree based on its perception of

Latimer a contesté la constitutionnalité globale de ces dispositions à titre subsidiaire, sans toutefois insister étant donné qu'il n'a avancé aucun argument substantiel à cet égard. En outre, aucune situation hypothétique raisonnable n'a été soumise à l'examen de notre Cour. Bref, l'argumentation de l'appellant a porté entièrement sur l'effet de la peine sur ce contrevenant dans cette affaire particulière. Par conséquent, seule la réparation individuelle sollicitée par l'appellant, à savoir l'exemption constitutionnelle, est en cause.

(2) L'application des principes relatifs à l'art. 12

Le premier facteur à prendre en considération est la gravité de l'infraction. Récemment, le juge Gonthier a fourni, dans l'arrêt *Morrisey*, précité, des indications importantes au sujet de la bonne façon d'évaluer la gravité d'une infraction aux fins de l'analyse fondée sur l'art. 12. En particulier, le juge Gonthier souligne, au par. 35, que l'évaluation de la gravité de l'infraction exige la compréhension (i) de la nature des actes du contrevenant et (ii) des conséquences de ces actes.

En l'espèce, on ne peut certainement pas faire autrement que de conclure que les actes de M. Latimer ont eu la plus grave des conséquences possibles, à savoir la mort de la victime, Tracy Latimer.

En examinant la nature des actes de M. Latimer, nous sommes tenus d'évaluer l'exigence de faute criminelle ou la *mens rea* de l'infraction plutôt que le mobile ou l'état d'esprit général du contrevenant (*Morrisey*, précité, par. 36). Nous attachons un degré plus élevé de responsabilité criminelle ou de culpabilité morale à la conduite de l'accusé qui a délibérément enfreint la loi (*Morrisey*, précité, par. 36; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, p. 645). En l'espèce, l'exigence de *mens rea* dans le cas d'un meurtre au deuxième degré est la prévision subjective de la mort, qui représente le plus sérieux niveau de culpabilité morale (*Luxton*, précité, p. 724).

Le législateur a établi deux catégories de meurtre, à savoir le meurtre au premier degré et le

80

81

82

83

relative levels of moral blameworthiness. Parliament has also provided for differential treatment between them in sentencing, but only in respect of parole eligibility. As noted by Lamer C.J. in *Luxton*, *supra*, at pp. 720-21:

I must also reiterate that what we are speaking of here is a classification scheme for the purposes of sentencing. The distinction between first and second degree murder only comes into play when it has first been proven beyond a reasonable doubt that the offender is guilty of murder, that is, that he or she had subjective foresight of death: *R. v. Martineau*, handed down this day. There is no doubt that a sentencing scheme must exhibit a proportionality to the seriousness of the offence, or to put it another way, there must be a gradation of punishments according to the malignity of the offences. [Emphasis added.]

84

However, even if the gravity of second degree murder is reduced in comparison to first degree murder, it cannot be denied that second degree murder is an offence accompanied by an extremely high degree of criminal culpability. In this case, therefore, the gravest possible consequences resulted from an act of the most serious and morally blameworthy intentionality. It is against this reality that we must weigh the other contextual factors, including and especially the particular circumstances of the offender and the offence.

85

Turning to the characteristics of the offender and the particular circumstances of the offence we must consider the existence of any aggravating and mitigating circumstances (*Morrisey*, *supra*, at para. 38; *Goltz*, *supra*, at pp. 512-13). Specifically, any aggravating circumstances must be weighed against any mitigating circumstances. In this regard, it is possible that prior to gauging the sentence's appropriateness in light of an appreciation of the particular circumstances weighed against the gravity of the offence, the mitigating and aggravating circumstances might well cancel out their ultimate impact (*Morrisey*, *supra*, at para.

meurtre au deuxième degré, afin de refléter sa perception des niveaux relatifs de culpabilité morale. Il a aussi prévu que les deux catégories seraient traitées différemment sur le plan de la détermination de la peine, mais uniquement en ce qui concerne l'admissibilité à la libération conditionnelle. Comme le souligne le juge en chef Lamer dans *Luxton*, précité, p. 720-721 :

Je dois également répéter que nous parlons ici d'un régime de classification aux fins de la détermination de la peine. La distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n'entre en jeu qu'après qu'il a été établi hors de tout doute raisonnable que le délinquant est coupable de meurtre, c'est-à-dire qu'il avait prévu subjectivement la mort: *R. c. Martineau*, rendu aujourd'hui. Il n'y a pas de doute qu'un régime de détermination de la peine doit faire preuve de proportionnalité avec la gravité de l'infraction ou, autrement dit, il doit y avoir une gradation des peines selon la méchanceté que traduisent les infractions. [Nous soulignons.]

Toutefois, même si la gravité du meurtre au deuxième degré est moindre que dans le cas du meurtre au premier degré, on ne peut nier que le meurtre au deuxième degré constitue une infraction assortie d'un degré extrêmement élevé de culpabilité criminelle. En l'espèce, les plus graves conséquences possible ont découlé d'un acte dont l'intentionnalité est la plus grave et la plus moralement coupable. C'est en fonction de cette réalité que nous devons soupeser les autres facteurs contextuels, notamment la situation personnelle du contrevenant et les circonstances particulières de l'infraction.

Quant aux caractéristiques du contrevenant et aux circonstances particulières de l'infraction, nous devons tenir compte des circonstances aggravantes et des circonstances atténuantes (*Morrisey*, précité, par. 38; *Goltz*, précité, p. 512-513), et plus particulièrement les soupeser les unes par rapport aux autres. À cet égard, il est fort possible qu'avant même que le tribunal procède à l'appréciation du caractère approprié de la peine en soupesant les circonstances particulières et la gravité de l'infraction, les circonstances atténuantes et les circonstances aggravantes se neutralisent sur le plan de leur effet (*Morrisey*, précité, par. 40). C'est

40). Indeed, this is what occurs in this case. On the one hand, we must give due consideration to Mr. Latimer's initial attempts to conceal his actions, his lack of remorse, his position of trust, the significant degree of planning and premeditation, and Tracy's extreme vulnerability. On the other hand, we are mindful of Mr. Latimer's good character and standing in the community, his tortured anxiety about Tracy's well-being, and his laudable perseverance as a caring and involved parent. Considered together we cannot find that the personal characteristics and particular circumstances of this case displace the serious gravity of this offence.

Finally, this sentence is consistent with a number of valid penological goals and sentencing principles. Although we would agree that in this case the sentencing principles of rehabilitation, specific deterrence and protection are not triggered for consideration, we are mindful of the important role that the mandatory minimum sentence plays in denouncing murder. Denunciation of unlawful conduct is one of the objectives of sentencing recognized in s. 718 of the *Criminal Code*. As noted by the Court in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 81:

The objective of denunciation mandates that a sentence should communicate society's condemnation of that particular offender's conduct. In short, a sentence with a denunciatory element represents a symbolic, collective statement that the offender's conduct should be punished for encroaching on our society's basic code of values as enshrined within our substantive criminal law. [Emphasis in original.]

Furthermore, denunciation becomes much more important in the consideration of sentencing in cases where there is a "high degree of planning and premeditation, and where the offence and its consequences are highly publicized, [so that] like-minded individuals may well be deterred by severe sentences": *R. v. Mulvahill and Snelgrove* (1993), 21 B.C.A.C. 296, at p. 300. This is particularly so

d'ailleurs ce qui se produit en l'espèce. D'une part, nous devons prendre dûment en compte les tentatives initiales de M. Latimer de dissimuler ses actes, son absence de remords, sa position de confiance, le degré élevé de planification et de préméditation ainsi que l'extrême vulnérabilité de Tracy. D'autre part, nous sommes conscients de la bonne moralité et de la bonne réputation de M. Latimer au sein de la collectivité, de sa profonde angoisse au sujet du bien-être de Tracy ainsi que de sa persévérance louable en tant que parent qui aime sa fille et prend soin d'elle. Nous ne pouvons pas conclure que, prises ensemble, les caractéristiques personnelles et les circonstances particulières de la présente affaire l'emportent sur la gravité considérable de cette infraction.

Enfin, la présente peine est compatible avec un certain nombre d'objectifs pénologiques et de principes de détermination de la peine. Même si nous convenons que les principes de réinsertion sociale, de dissuasion spécifique et de protection qui s'appliquent en matière de détermination de la peine ne doivent pas être pris en considération en l'espèce, nous sommes conscients du rôle important que joue la peine minimale obligatoire dans la dénonciation du meurtre. La dénonciation d'un comportement illégal est l'un des objectifs de la détermination de la peine dont fait état l'art. 718 du *Code criminel*. Comme l'a fait remarquer notre Cour dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 81 :

Pour sa part, l'objectif de réprobation commande que la peine indique que la société condamne la conduite de ce contrevenant. Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel. [Souligné dans l'original.]

En outre, la dénonciation prend beaucoup plus d'importance dans l'examen de la peine dans les cas où il y a un [TRADUCTION] « degré élevé de planification et de préméditation, et où l'infraction et ses conséquences font l'objet d'une forte publicité, [de sorte que] les personnes ayant les mêmes idées peuvent fort bien être dissuadées par des peines sévères » : *R. c. Mulvahill and Snelgrove* (1993),

where the victim is a vulnerable person with respect to age, disability, or other similar factors.

87 In summary, the minimum mandatory sentence is not grossly disproportionate in this case. We cannot find that any aspect of the particular circumstances of the case or the offender diminishes the degree of criminal responsibility borne by Mr. Latimer. In addition, although not free of debate, the sentence is not out of step with valid penological goals or sentencing principles. The legislative classification and treatment of this offender meets the requisite standard of proportionality (*Lyons, supra*, at p. 339). Where there is no violation of Mr. Latimer's s. 12 right there is no basis for granting a constitutional exemption.

88 Having said all this, we wish to point out that this appeal raises a number of issues that are worthy of emphasis. The sentencing provisions for second degree murder include both ss. 235 and 745(c). Applied in combination these provisions result in a sentence that is hybrid in that it provides for both a mandatory life sentence and a minimum term of incarceration. The choice is Parliament's on the use of minimum sentences, though considerable difference of opinion continues on the wisdom of employing minimum sentences from a criminal law policy or penological point of view.

89 It is also worth referring again to the royal prerogative of mercy that is found in s. 749 of the *Criminal Code*, which provides "[n]othing in this Act in any manner limits or affects Her Majesty's royal prerogative of mercy". As was pointed out by Sopinka J. in *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, at para. 51, albeit in a different context:

Where the courts are unable to provide an appropriate remedy in cases that the executive sees as unjust imprisonment, the executive is permitted to dispense "mercy",

21 B.C.A.C. 296, p. 300. Cela est particulièrement vrai dans les cas où la victime est une personne vulnérable en raison de son âge, d'un handicap, ou d'autres facteurs de même nature.

En résumé, la peine minimale obligatoire n'est pas exagérément disproportionnée en l'espèce. Nous ne pouvons pas conclure qu'à certains égards les circonstances particulières de l'affaire ou de la situation personnelle du contrevenant diminuent la responsabilité criminelle de M. Latimer. En outre, bien qu'elle ne soit pas incontestable, la peine n'est pas incompatible avec les objectifs pénologiques valables ou avec les principes de détermination de la peine. La classification et le traitement par la loi de ce contrevenant satisfont à la norme de proportionnalité requise (*Lyons*, précité, p. 339). Étant donné qu'il n'y a eu aucune atteinte au droit garanti à M. Latimer par l'art. 12, rien ne justifie d'accorder une exemption constitutionnelle.

Cela dit, nous tenons à faire remarquer que le présent pourvoi soulève un certain nombre de questions qui méritent d'être soulignées. Les dispositions relatives à la détermination de la peine pour meurtre au second degré sont notamment l'art. 235 et l'al. 745c). Appliquées conjointement, ces dispositions donnent lieu à une peine hybride en ce qu'elles prévoient à la fois une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité et une période minimale d'incarcération. Il appartient au législateur de fixer des peines minimales, même s'il y a toujours des divergences d'opinions considérables au sujet de la sagesse de prévoir de telles peines du point de vue de la politique en matière de droit criminel ou de la pénologie.

Il convient également d'évoquer la prérogative royale de clémence figurant à l'art. 749 du *Code criminel*, qui prévoit que « [l]a présente loi n'a pas pour effet de limiter, de quelque manière, la prérogative royale de clémence que possède Sa Majesté ». Comme le souligne le juge Sopinka dans *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, par. 51, quoique dans un contexte différent :

Lorsque les tribunaux ne sont pas en mesure d'offrir une réparation appropriée dans les cas où l'exécutif considère qu'il y a emprisonnement injuste, l'exécutif peut

and order the release of the offender. The royal prerogative of mercy is the only potential remedy for persons who have exhausted their rights of appeal and are unable to show that their sentence fails to accord with the *Charter*.

But the prerogative is a matter for the executive, not the courts. The executive will undoubtedly, if it chooses to consider the matter, examine all of the underlying circumstances surrounding the tragedy of Tracy Latimer that took place on October 24, 1993, some seven years ago. Since that time Mr. Latimer has undergone two trials and two appeals to the Court of Appeal for Saskatchewan and this Court, with attendant publicity and consequential agony for him and his family.

VI. Disposition

Mr. Latimer's appeals against conviction and sentence are dismissed. The answers to the constitutional questions are as follows:

1. Was the learned trial Justice correct in finding that in this specific case, the mandatory minimum sentence prescribed by ss. 235 and 745(c) of the *Criminal Code* would be cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to Question 1 is "yes", can ss. 235 and 745(c) of the *Criminal Code* be justified in this case by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

3. If the answer to Question 2 is "no", did the learned trial Justice err in granting a constitutional exemption rather than declaring the sections inoperative?

It is not necessary to answer this question.

Appeals against conviction and sentence dismissed.

accorder la «clémence» et ordonner la libération du contrevenant. La prérogative royale de clémence est la seule réparation possible pour les personnes qui ont épuisé leurs droits d'appel et qui ne sont pas en mesure de démontrer que la peine qui leur a été imposée n'est pas conforme à la *Charte*.

Mais la prérogative relève de l'exécutif et non pas des tribunaux. S'il décide d'examiner la question, l'exécutif prendra sans aucun doute en considération l'ensemble des circonstances qui ont entouré la tragédie de Tracy Latimer, survenue le 24 octobre 1993, il y a environ sept ans. Depuis cette date, M. Latimer a fait l'objet de deux procès, de deux appels devant la Cour d'appel de la Saskatchewan et de deux pourvois devant notre Cour, avec la publicité inévitable et la souffrance qui en a découlé pour lui et sa famille.

VI. Dispositif

Les pourvois interjetés par M. Latimer contre la déclaration de culpabilité et contre la peine sont rejetés. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. Le juge du procès a-t-il eu raison de conclure que, dans le présent cas, l'application de la période minimale d'emprisonnement obligatoire prescrite par l'art. 235 et l'al. 745c) du *Code criminel* constituerait une peine cruelle et inusitée visée par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la question 1 est « oui », est-ce que la validité de l'art. 235 et de l'al. 745c) du *Code criminel* peut, en l'espèce, être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Si la réponse à la question 2 est « non », est-ce que le juge du procès a fait erreur en accordant une exemption constitutionnelle plutôt qu'en déclarant les dispositions inopérantes?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvois contre la déclaration de culpabilité et contre la peine rejetés.

90

91

Solicitors for the appellant: Greenspan, Henein & White, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Robert J. Frater and Bradley Allison, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kent Roach, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society: Elliott & Kim, Toronto.

Solicitors for the interveners the Council of Canadians with Disabilities, the Saskatchewan Voice of People with Disabilities, the Canadian Association for Community Living, People in Equal Participation Inc., DAWN Canada: Disabled Women's Network of Canada and People First of Canada: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the intervener the Catholic Group for Health, Justice and Life: Barnes, Sammon, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada, the Christian Medical and Dental Society and Physicians for Life: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureurs de l'appelant : Greenspan, Henein & White, Toronto.

Procureur de l'intimée : Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada : Robert J. Frater et Bradley Allison, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kent Roach, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du SIDA : Elliott & Kim, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Saskatchewan Voice of People with Disabilities, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, la People in Equal Participation Inc., DAWN Canada : Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et Des personnes d'abord du Canada : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l'intervenant le Catholic Group for Health, Justice and Life : Barnes, Sammon, Ottawa.

Procureurs des intervenants l'Alliance évangélique du Canada, la Christian Medical and Dental Society et Physicians for Life : Stikeman, Elliott, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Robin Sharpe *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta, the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP), Canadians Against Violence (CAVEAT), the Criminal Lawyers' Association, the Evangelical Fellowship of Canada, Focus on the Family (Canada) Association, the British Columbia Civil Liberties Association, the Canadian Civil Liberties Association, Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SHARPE

Neutral citation: 2001 SCC 2.

File No.: 27376.

2000: January 18, 19; 2001: January 26.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Whether possession of expressive material protected by right to freedom

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Robin Sharpe *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta, l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP), les Canadiens contre la violence (CAVEAT), la Criminal Lawyers' Association, l'Alliance évangélique du Canada, la Focus on the Family (Canada) Association, la British Columbia Civil Liberties Association, l'Association canadienne des libertés civiles, Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SHARPE

Référence neutre : 2001 CSC 2.

N° du greffe : 27376.

2000 : 18, 19 janvier; 2001 : 26 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Pornographie juvénile — La possession de matériel expressif est-elle protégée par le droit à la

of expression — *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Whether Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing right to liberty — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Crown conceding that Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing freedom of expression — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Criminal law — Child pornography — Criminal Code prohibiting possession of child pornography — Scope of definition of “child pornography” — Defences available — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

The accused was charged with two counts of possession of child pornography under s. 163.1(4) of the *Criminal Code* and two counts of possession of child pornography for the purposes of distribution or sale under s. 163.1(3). “Child pornography”, as defined in s. 163.1(1) of the *Code*, includes visual representations that show a person who is or is depicted as under the age of 18 years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity and visual representations the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 years. “Child pornography” also includes visual representations and written material that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Code*. Prior to his trial, the accused brought a preliminary motion challenging the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Code*, alleging a violation of his constitutional guarantee of freedom of expression. The Crown conceded that s. 163.1(4) infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but argued that the infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*. Both the trial judge and the majority of the British Columbia Court of Appeal ruled that the prohibition of the simple possession of child pornography as defined under s. 163.1 of the *Code* was not justifiable in a free and democratic society.

liberté d’expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — L’interdiction de la possession de pornographie juvénile prévue au Code criminel porte-t-elle atteinte au droit à la liberté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Pornographie juvénile — Ministère public reconnaissant que l’interdiction de la possession de pornographie prévue au Code criminel porte atteinte à la liberté d’expression — L’atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Droit criminel — Pornographie juvénile — Possession de pornographie juvénile interdite par le Code criminel — Portée de la définition de « pornographie juvénile » — Moyens de défense disponibles — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1.

L’accusé a fait l’objet de deux chefs d’accusation de possession de pornographie juvénile, suivant le par. 163.1(4) du *Code criminel*, et de deux chefs de possession en vue de la distribution ou de la vente, suivant le par. 163.1(3). Selon la définition du par. 163.1(1) du *Code*, l’expression « pornographie juvénile » s’entend de toute représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite, et de toute représentation dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d’une personne âgée de moins de 18 ans. Cette expression s’entend également de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans qui constituerait une infraction au *Code*. Avant son procès, l’accusé a présenté une requête préliminaire contestant la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code*, en faisant valoir qu’il y avait eu atteinte à la liberté d’expression que lui garantit la Constitution. Le ministère public a reconnu que le par. 163.1(4) porte atteinte à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais a prétendu que la restriction était justifiable au sens de l’article premier de la *Charte*. Le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont déclaré que l’interdiction de la simple possession de pornographie juvénile au sens de l’art. 163.1 du *Code* n’était pas justifiable dans une société libre et démocratique.

Held: The appeal should be allowed and the charges remitted for trial.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: In order to assess the constitutionality of s. 163.1(4), it is important to ascertain the nature and scope of any infringement. Until it is known what the law catches, it cannot be determined that the law catches too much. Consequently, the law must be construed, and interpretations that may minimize the alleged overbreadth must be explored. In light of Parliament's purpose of criminalizing possession of material that poses a reasoned risk of harm to children, the word "person" in the definition of child pornography should be construed as including visual works of the imagination as well as depictions of actual people. The word "person" also includes the person possessing the expressive material. The term "depicted" refers to material that a reasonable observer would perceive as representing a person under the age of 18 years and engaged in explicit sexual activity. The expression "explicit sexual activity" refers to acts at the extreme end of the spectrum of sexual activity — acts involving nudity or intimate sexual activity represented in a graphic and unambiguous fashion. Thus, representations of casual intimacy, such as depictions of kissing or hugging, are not covered by the offence. An objective approach must be applied to the terms "dominant characteristic" and "for a sexual purpose". The question is whether a reasonable viewer, looking at the depiction objectively and in context, would see its "dominant characteristic" as the depiction of the child's sexual organ or anal region in a manner that is reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers. Innocent photographs of a baby in the bath and other representations of non-sexual nudity are not covered by the offence. As for written material or visual representations that advocate or counsel sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Criminal Code*, the requirement that the material "advocates" or "counsels" signifies that, when viewed objectively, the material must be seen as actively inducing or encouraging the described offences with children.

Parliament has created a number of defences in ss. 163.1(6) and (7) of the *Code* which should be liberally construed as they further the values protected by the guarantee of free expression. These defences may be

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Pour évaluer la constitutionnalité du par. 163.1(4), il importe de déterminer la nature et la portée de toute atteinte. Tant que l'on ne sait pas ce à quoi la disposition s'applique, il est impossible de dire si sa portée est trop large. Par conséquent, il faut interpréter la disposition et examiner les interprétations susceptibles de réduire au minimum la portée que l'on dit excessive. Vu l'objectif du législateur de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, le mot « personne » dans la définition de la pornographie juvénile doit être considéré comme incluant les œuvres visuelles issues de l'imagination et les représentations de vraies personnes. Le mot « personne » s'entend également de la personne qui a le matériel expressif en sa possession. Le mot « présentée » renvoie à du matériel qui serait considéré par un observateur raisonnable comme représentant une personne de moins de 18 ans se livrant à une activité sexuelle explicite. L'expression « activité sexuelle explicite » vise les actes qui se situent à l'extrémité de l'éventail des activités sexuelles, à savoir les actes comportant la nudité ou des activités sexuelles intimes, représentés de manière détaillée et non équivoque. En conséquence, les représentations de contacts sexuels anodins, comme le baiser ou l'étreinte, ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction. Une approche objective doit être appliquée à l'égard des expressions « caractéristique dominante » et « dans un but sexuel ». Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable qui considérerait la représentation de manière objective et en contexte conclurait que sa « caractéristique dominante » est la représentation des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant d'une façon qui puisse raisonnablement être perçue comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes. Les photos innocentes d'un bébé dans une baignoire et les autres représentations de nudité non sexuelle ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction. Pour ce qui est des écrits ou des représentations qui préconisent ou conseillent une activité sexuelle avec une personne de moins de 18 ans, qui constituerait une infraction au *Code criminel*, l'exigence voulant que le matériel « préconise » ou « conseille » signifie que, pris objectivement, ce matériel doit être considéré comme encourageant activement la perpétration des infractions en cause avec des enfants.

Le législateur a créé, aux par. 163.1(6) et (7) du *Code*, un certain nombre de moyens de défense qui doivent être interprétés libéralement car ils servent les valeurs protégées par la garantie de liberté d'expression. L'ac-

raised by the accused by pointing to facts capable of supporting the defence, at which point the Crown must disprove the defence beyond a reasonable doubt. The defence of “artistic merit” provided for in s. 163.1(6) must be established objectively and should be interpreted as including any expression that may reasonably be viewed as art. Section 163.1(6) creates a further defence for material that serves an “educational, scientific or medical purpose”. This refers to the purpose of the material, viewed objectively, may serve, not the purpose for which the possessor actually holds it. Finally, Parliament has made available a “public good” defence. As with the medical, educational or scientific purpose defences, the defence of public good should be liberally construed.

The possession of child pornography is a form of expression protected by s. 2(b) of the *Charter*. The right to possess expressive material is integrally related to the development of thought, opinion, belief and expression as it allows us to understand the thought of others or consolidate our own thought. The possession of expressive material falls within the continuum of intellectual and expressive freedom protected by s. 2(b). The accused accepts that harm to children justifies criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question therefore is whether s. 163.1(4) of the *Code* goes too far and criminalizes possession of an unjustifiable range of material.

The accused also alleges that s. 163.1(4) violates his right to liberty under s. 7 of the *Charter*, arguing that exposure to potential imprisonment as a result of an excessively sweeping law is contrary to the principles of fundamental justice. It is not necessary to consider this argument separately as it wholly replicates the overbreadth concerns that are the central obstacle to the justification of the s. 2(b) breach. The s. 1 analysis generally, and the minimal impairment consideration in particular, is the appropriate forum for addressing over broad restrictions on free expression.

In adopting s. 163.1(4), Parliament was pursuing the pressing and substantial objective of criminalizing the possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The means chosen by Parlia-

cusé peut invoquer l'un ou l'autre de ces moyens de défense en signalant des faits susceptibles de l'étayer, après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense invoqué. Le moyen de défense fondé sur la « valeur artistique » prévu au par. 163.1(6) doit être établi de manière objective et s'entend de toute forme d'expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l'art. Le paragraphe 163.1(6) crée un autre moyen de défense à l'égard du matériel qui a un « but éducatif, scientifique ou médical ». Il s'agit du but auquel le matériel peut objectivement servir et non du but dans lequel la personne l'a effectivement en sa possession. Enfin, le législateur a établi un moyen de défense fondé sur le « bien public ». Ce moyen de défense, tout comme celui fondé sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical, doit être interprété libéralement.

La possession de pornographie juvénile est une forme d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. Le droit de posséder du matériel expressif est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression, car la possession de matériel expressif nous permet de comprendre la pensée d'autrui ou de confirmer notre propre pensée. La possession de matériel expressif est donc comprise dans le continuum de liberté intellectuelle et expressive protégée par l'al. 2b). L'accusé reconnaît que le préjudice causé aux enfants justifie la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. La question fondamentale qui se pose est donc de savoir si le par. 163.1(4) du *Code* va trop loin et criminalise sans justification la possession d'un éventail trop large de matériel.

L'accusé prétend aussi que le par. 163.1(4) porte atteinte au droit à la liberté que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*, faisant valoir que le fait d'être passible d'emprisonnement en raison de la portée excessive d'une disposition législative est contraire aux principes de justice fondamentale. Étant donné que cet argument reprend toutes les craintes de portée excessive qui constituent le principal obstacle à la justification de la violation de l'al. 2b), il n'est pas nécessaire de l'examiner séparément. C'est généralement à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier et, en particulier, dans le cadre de l'étude de la question de l'atteinte minimale qu'il convient de traiter des allégations de restrictions excessives à la liberté d'expression.

Lorsqu'il a adopté le par. 163.1(4), le législateur poursuivait un objectif urgent et réel, savoir la criminalisation de la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte justifiée qu'un préjudice ne soit causé à

ment are rationally connected to this objective. Parliament is not required to adduce scientific proof based on concrete evidence that the possession of child pornography causes harm to children. Rather, a reasoned apprehension of harm will suffice. Applying this test, the evidence establishes several connections between the possession of child pornography and harm to children: (1) child pornography promotes cognitive distortions; (2) it fuels fantasies that incite offenders to offend; (3) it is used for grooming and seducing victims; and (4) children are abused in the production of child pornography involving real children. Criminalizing possession may reduce the market for child pornography and the abuse of children it often involves. With respect to minimal impairment, when properly interpreted, the law catches much less material unrelated to harm to children than has been suggested. However, the law does capture the possession of two categories of material that one would not normally think of as "child pornography" and that raise little or no risk of harm to children: (1) written materials or visual representations created and held by the accused alone, exclusively for personal use; and (2) visual recordings created by or depicting the accused that do not depict unlawful sexual activity and are held by the accused exclusively for private use. The bulk of the material falling within these two classes engages important values underlying the s. 2(b) guarantee while posing no reasoned risk of harm to children. In its main impact, s. 163.1(4) is proportionate and constitutional. Nonetheless, the law's application to materials in the two problematic classes, while peripheral to its objective, poses significant problems at the final stage of the proportionality analysis. In these applications the restriction imposed by s. 163.1(4) regulates expression where it borders on thought. The cost of prohibiting such materials to the right of free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children. To this extent, the law cannot be considered proportionate in its effects, and the infringement of s. 2(b) contemplated by the legislation is not demonstrably justifiable under s. 1.

des enfants. Il existe un lien rationnel entre le moyen retenu par le législateur et cet objectif. Le législateur n'est pas tenu de présenter une preuve scientifique, fondée sur des éléments de preuve concrets, établissant que la possession de pornographie juvénile cause préjudice aux enfants. Une appréhension raisonnée de préjudice suffit. Si l'on applique ce critère, la preuve établit l'existence de plusieurs liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants : (1) la pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives; (2) elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des infractions; (3) elle sert à initier et à séduire des victimes; (4) des enfants sont exploités dans le cadre de la production de pornographie juvénile impliquant de vrais enfants. La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée. En ce qui concerne l'atteinte minimale, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la disposition vise beaucoup moins de matériel n'ayant rien à voir avec le préjudice causé aux enfants qu'on ne prétend. Toutefois, elle vise effectivement la possession de deux catégories de matériel qu'on ne considérerait pas normalement comme de la « pornographie juvénile » et qui ne présentent que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants : (1) les écrits ou représentations que l'accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel; (2) les enregistrements visuels créés par l'accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l'accusé conserve exclusivement pour son usage personnel. Bien qu'il fasse intervenir d'importantes valeurs sous-jacentes à la garantie prévue à l'al. 2b), la majeure partie du matériel compris dans ces deux catégories ne suscite aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. Dans son effet principal, le par. 163.1(4) est proportionné et constitutionnel. Néanmoins, l'application de la disposition au matériel compris dans les deux catégories problématiques, même si elle est secondaire par rapport à son objectif, pose des problèmes importants à l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité. En ce qui concerne ces applications, la restriction imposée par le par. 163.1(4) régleme l'expression là où elle côtoie la pensée. Les inconvénients que l'interdiction de ce matériel présente pour le droit à la liberté d'expression l'emportent sur les avantages tenus qu'elle pourrait avoir en matière de prévention du préjudice causé aux enfants. Dans cette mesure, la disposition ne peut pas être considérée comme proportionnée sur le plan de ses effets, et l'atteinte à l'al. 2b) qu'elle prévoit n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

The appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the two problematic applications of s. 163.1. The applications of the law that pose constitutional problems are exactly those whose relation to the objective of the legislation is most remote. Carving out those applications by incorporating the proposed exceptions will not undermine the force of the law; rather, it will preserve the force of the statute while also recognizing the purposes of the *Charter*. The defects of the section are not so great that their exclusion amounts to impermissible redrafting and carving them out will not create an exception-riddled provision bearing little resemblance to the provision envisioned by Parliament. While excluding the offending applications will not subvert Parliament's object, striking down the statute altogether would most assuredly do so. Accordingly, s. 163.1(4) should be upheld on the basis that the definition of "child pornography" in s. 163.1 should be read as though it contained an exception for: (1) any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and (2) any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use. These two exceptions apply as well to the offence of "making" child pornography under s. 163.1(2) (but not to printing, publishing or possessing child pornography for the purpose of publication). The exceptions will not be available where a person harbours any intention other than mere private possession.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: Under our society's democratic principles, individual freedoms such as expression are not absolute, but may be limited in consideration of a broader spectrum of rights, including equality and security of the person. The Crown conceded that the right to free expression was infringed in all respects, unfortunately depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(b) of the *Charter* as it applies to this case. At the same time, it is recognized that, at this stage, our jurisprudence leads to the conclusion that, although harmful, the content of child pornography cannot be the basis for excluding it from the scope of the s. 2(b) guarantee. No separate analysis under s. 7 of the *Charter* is required. The s. 7 liberty interest is encompassed in the right of free expression and proportionality falls to be considered under s. 1 of the *Charter*. The only issue is whether the infringement of freedom of expression is

La réparation qui convient en l'espèce consiste à exclure de la portée de l'art. 163.1, au moyen d'une interprétation large, les deux applications problématiques de cette disposition. Les applications de la disposition qui posent des problèmes constitutionnels sont exactement celles qui ont le lien le plus ténu avec l'objectif du législateur. L'élimination de ces applications par l'inclusion de l'exception proposée n'affaiblira pas l'effet de la disposition; au contraire, elle préservera son effet tout en tenant compte des objectifs de la *Charte*. Les lacunes de la disposition ne sont pas importantes au point de nécessiter une reformulation inacceptable pour les éliminer, et leur élimination ne donnera pas une disposition cousue d'exceptions, ressemblant peu à celle qu'envisageait le législateur. Alors que l'élimination des applications attentatoires de la disposition ne minera pas l'objectif du législateur, l'invalidation complète de la disposition aurait sûrement cet effet. En conséquence, la validité du par. 163.1(4) devrait être confirmée pour le motif que la définition de la « pornographie juvénile », à l'art. 163.1, doit être considérée comme incluant une exception visant (1) les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel; (2) tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel. Ces deux exceptions s'appliquent également à l'infraction de « production » de pornographie juvénile prévue au par. 163.1(2) (mais pas à l'impression, à la publication ou à la possession de pornographie juvénile en vue de la publication). Les exceptions ne pourront pas être invoquées par la personne qui nourrit des intentions autres que la simple possession personnelle.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache : En vertu des principes démocratiques de notre société, les libertés individuelles comme la liberté d'expression ne sont pas absolues, mais peuvent être limitées eu égard à une gamme plus vaste de droits, dont celui à l'égalité et à la sécurité de la personne. Le ministère public a reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression, privant ainsi malheureusement la Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2b) de la *Charte* qui s'applique en l'espèce. En même temps, il est reconnu que l'état actuel de notre jurisprudence amène à conclure que, bien qu'il soit nocif, le contenu de la pornographie juvénile n'est pas une raison de la soustraire à la garantie de l'al. 2b). Aucune analyse distincte fondée sur l'art. 7 de la *Charte* n'est requise. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 est compris dans le droit à la liberté d'expression et la proportionnalité doit être exa-

justifiable under s. 1. Section 1 recognizes that in a democracy competing rights and values exist. The underlying values of a free and democratic society guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights. A principled and contextual approach to s. 1 ensures that courts are sensitive to the other values which may compete with a particular right and allows them to achieve a proper balance among these values. At each stage of the s. 1 analysis close attention must be paid to the factual and social context in which an impugned provision exists.

An appraisal of the contextual factors in this case leads to the conclusion that Parliament's decision to prohibit child pornography is entitled to an increased level of deference. Child pornography, as defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, is inherently harmful to children and to society. This harm exists independently of dissemination or any risk of dissemination and flows from the existence of the pornographic representations, which on their own violate the dignity and equality rights of children. Although not empirically measurable, nor susceptible to proof in the traditional manner, the attitudinal harm inherent in child pornography can be inferred from degrading or dehumanizing representations or treatment. Expression that degrades or dehumanizes is harmful in and of itself as all members of society suffer when harmful attitudes are reinforced. The possibility that pornographic representations may be disseminated creates a heightened risk of attitudinal harm. The violation of the privacy rights of the persons depicted constitutes an additional risk of harm that flows from the possibility of dissemination. Child pornography is harmful whether it involves real children in its production or whether it is a product of the imagination. Section 163.1 was enacted to protect children, one of the most vulnerable groups in society. It is based on the clear evidence of direct harm caused by child pornography, as well as Parliament's reasoned apprehension that child pornography also causes attitudinal harm. The lack of scientific precision in the social science evidence relating to attitudinal harm is not a valid reason for attenuating the Court's deference to Parliament's decision.

minée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La seule question qui se pose est donc de savoir si l'atteinte à la liberté d'expression est justifiable au sens de l'article premier, lequel reconnaît que des droits et des valeurs opposés existent en démocratie. Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et elles justifient la restriction de ces droits lorsque cela est indiqué. La méthode contextuelle et fondée sur des principes employée pour interpréter l'article premier garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs. Il convient d'accorder une grande attention au contexte factuel et social de la disposition contestée, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

En l'espèce, l'évaluation des facteurs contextuels mène à la conclusion qu'il faut faire montre d'une plus grande retenue à l'égard de la décision du législateur d'interdire la pornographie juvénile. Au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, la pornographie juvénile est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société. Ce préjudice existe indépendamment de toute diffusion réelle ou potentielle et il découle de l'existence des représentations pornographiques qui portent elles-mêmes atteinte aux droits à la dignité et à l'égalité des enfants. Ce préjudice comportemental inhérent à la pornographie juvénile n'est ni mesurable empiriquement ni susceptible d'être prouvé de la façon traditionnelle, mais son existence peut être déduite des représentations ou des traitements avilissants ou déshumanisants. L'expression avilissante ou déshumanisante est préjudiciable en soi, car tous les membres de la société souffrent lorsqu'il y a renforcement des comportements préjudiciables. Le risque que des représentations pornographiques soient diffusées accroît le risque de préjudice comportemental. L'atteinte aux droits à la vie privée des personnes représentées constitue un risque supplémentaire de préjudice qui découle de la possibilité de diffusion. La pornographie juvénile est préjudiciable peu importe qu'elle fasse appel à de vrais enfants ou qu'elle soit le fruit de l'imagination. L'article 163.1 a été adopté dans le but de protéger les enfants, lesquels forment l'un des groupes les plus vulnérables de la société. Il s'appuie sur la preuve manifeste du préjudice direct qui résulte de la pornographie juvénile ainsi que sur la crainte raisonnée du législateur que la pornographie juvénile ne cause également un préjudice comportemental. Le manque de précision scientifique de la preuve en matière de sciences humaines au sujet du préjudice comportemental n'est pas un motif valable d'atténuer la retenue judiciaire à l'égard de la décision du législateur.

The importance of the protection of children is recognized in both Canadian criminal and civil law. The protection of children from harm is a universally accepted goal. International law is rife with instruments that emphasize the protection of children and a number of international bodies have recognized that possession of child pornography must be targeted to effectively address the harms caused by this type of material. Moreover, domestic legislation in a number of democratic countries criminalizes the simple possession of child pornography.

As a form of expression, child pornography warrants less protection since it is low value expression that is far removed from the core values underlying the protection of freedom of expression. Child pornography has a limited link to the value of self-fulfilment, but only in its most base aspect. Furthermore, in prohibiting the possession of child pornography, Parliament promulgated a law which seeks to foster and protect the equality rights of children, along with their security of the person and their privacy interests. The importance of these *Charter* rights cannot be ignored in the analysis of whether the law is demonstrably justified in a free and democratic society and warrants a more deferential application of the criteria set out in the *Oakes* test. Finally, Parliament has the right to make moral judgments in criminalizing certain forms of conduct. The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values.

Section 163.1(4) of the *Code* constitutes a reasonable and justified limit upon freedom of expression. In proscribing the possession of child pornography, Parliament's overarching objective was to protect children. Any provision which protects both children and society by attempting to eradicate the sexual exploitation of children clearly has a pressing and substantial purpose. Section 163.1(4) is also proportionate to the objective. First, prohibiting the possession of child pornography is rationally connected to the aim of preventing harm to children and society. The possession of child pornography contributes to the cognitive distortions of paedophiles, reinforcing their erroneous belief that sexual activity with children is acceptable. Child pornography fuels paedophiles' fantasies, which constitute the motivating force behind their sexually deviant behaviour. Section 163.1(4) plays an important role in an integrated law enforcement scheme which protects children against the harms associated with child pornogra-

Au Canada, l'importance de la protection des enfants est reconnue tant en droit criminel qu'en droit civil. La protection des enfants contre le préjudice est un objectif accepté universellement. Une multitude d'instruments du droit international mettent l'accent sur la protection des enfants et de nombreux organismes internationaux ont reconnu qu'il fallait s'attaquer à la possession de pornographie juvénile pour prévenir efficacement les préjudices causés par ce type de matériel. De plus, la législation interne de nombreux pays démocratiques criminalise la simple possession de pornographie juvénile.

Une protection atténuée à l'égard de la pornographie juvénile comme forme d'expression est justifiée, car il s'agit d'une expression de faible valeur qui s'écarte grandement des valeurs fondamentales qui sous-tendent la protection de la liberté d'expression. La pornographie juvénile a un lien ténu avec la valeur de l'épanouissement personnel, mais seulement dans son aspect le moins digne. De plus, en interdisant la possession de pornographie juvénile, le Parlement a promulgué un texte législatif visant à promouvoir et à protéger les droits des enfants à l'égalité, de même que la sécurité de leur personne et leurs droits à la vie privée. L'importance de ces droits garantis par la *Charte* ne saurait être passée sous silence dans l'analyse servant à déterminer si la mesure législative est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique et si les critères de l'arrêt *Oakes* devraient être appliqués avec plus de retenue. Enfin, le législateur a le droit de porter des jugements de valeur en criminalisant certaines formes de comportement. La Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales.

Le paragraphe 163.1(4) du *Code* constitue une restriction raisonnable et justifiée de la liberté d'expression. L'objectif premier du législateur en interdisant la possession de pornographie juvénile est de protéger les enfants. Toute disposition qui protège les enfants et la société en tentant d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants a manifestement un objet urgent et réel. Le paragraphe 163.1(4) est également proportionné à l'objectif. Premièrement, il existe un lien rationnel entre l'interdiction de la possession de pornographie juvénile et la prévention du préjudice causé aux enfants et à la société. La possession de pornographie juvénile contribue aux distorsions cognitives des pédophiles en renforçant leur croyance erronée que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable. La pornographie juvénile alimente les fantasmes des pédophiles, et ces fantasmes sont à l'origine de leur comportement sexuel déviant. Le paragraphe 163.1(4) joue un rôle important dans un régime intégré d'application de la loi qui protège les enfants

phy. Paedophiles use child pornography for seducing children and for grooming them to commit sexual acts. Lastly, children are abused in the production of child pornography. The prohibition of the possession of child pornography is intended to reduce the market for this material. If consumption of child pornography is reduced, presumably production and the abuse of children will also be reduced.

Second, the prohibition of the possession of child pornography minimally impairs the right to free expression. Although s. 163.1(4) is directed only to the private possession of child pornography, children are particularly vulnerable in the private sphere, since a large portion of child pornography is produced privately and used privately by those who possess it. The harmful effect on the attitudes of those who possess child pornography similarly occurs in private. Consequently, prohibiting the simple possession of child pornography has an additional reductive effect on the harm it causes. The prohibition of the possession of child pornography also captures visual and written works of the imagination which do not involve the participation of any actual children or youth in their production; in enacting s. 163.1(4), Parliament sought to prevent not only the harm that flows from the use of children in pornography, but also the harm that flows from the very existence of images and words which degrade and dehumanize children and to send the message that children are not appropriate sexual partners. The focus of the inquiry must be on the harm of the message of the representations and not on their manner of creation, or on the intent or identity of their creator. Given the low value of the speech at issue in this case and the fact that it undermines the *Charter* rights of children, Parliament was justified in concluding that visual works of the imagination would harm children.

The inclusion of written material in the offence of possession of child pornography does not amount to thought control. The legislation seeks to prohibit material that Parliament believed was harmful. The inclusion of written material which advocates and counsels the commission of offences against children is consistent with this aim, since, by its very nature, it is harmful, regardless of its authorship. Evidence suggests that the cognitive distortions of paedophiles are reinforced by such material and that written pornography fuels the sexual fantasies of paedophiles and could incite them to offend. Although the prohibition in s. 163.1(4) extends

contre les préjugés associés à la pornographie juvénile. Les pédophiles utilisent la pornographie juvénile pour séduire des enfants et les initier aux rapports sexuels. Enfin, les enfants sont exploités dans la production de pornographie juvénile. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile vise à réduire le marché de ce genre de matériel. Si la consommation de pornographie juvénile est réduite, il en sera probablement de même de la production et de l'exploitation des enfants.

Deuxièmement, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression. Bien que le par. 163.1(4) ne vise que la possession personnelle, les enfants sont particulièrement vulnérables dans un contexte de vie privée, une grande partie de la pornographie juvénile étant produite en privé et utilisée à des fins personnelles par les gens qui l'ont en leur possession. L'effet pernicieux sur l'attitude des gens qui ont de la pornographie juvénile en leur possession se manifeste lui aussi en privé. L'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile contribuera donc à réduire davantage le préjudice qui en résulte. L'interdiction vise également les œuvres de fiction visuelles et écrites dont la production n'implique pas la participation de vrais enfants ou jeunes. Par l'adoption du par. 163.1(4), le législateur a voulu prévenir non seulement le préjudice résultant de l'utilisation d'enfants pour produire de la pornographie, mais également celui qui découle de l'existence même d'images et de mots qui avilissent et déshumanisent les enfants, ainsi que transmettre le message que les enfants ne sont pas des partenaires sexuels appropriés. L'accent doit être mis sur le préjudice causé par le message que transmettent les représentations, et non sur le mode de création de celles-ci, ni sur l'intention ou l'identité de leur auteur. Compte tenu de la faible valeur du discours en cause en l'espèce et du fait qu'il mine les droits garantis aux enfants par la *Charte*, le législateur était fondé à conclure que les œuvres de fiction visuelles causeraient un préjudice aux enfants.

L'inclusion du matériel écrit dans l'infraction de possession de pornographie juvénile n'équivaut pas à la censure des pensées. La mesure législative vise à interdire le matériel que le législateur estime préjudiciable. L'inclusion de l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions contre des enfants est compatible avec cet objectif car, de par sa nature même, un tel écrit est préjudiciable, peu importe qui en est l'auteur. Selon certains éléments de preuve, ce matériel renforce les distorsions cognitives des pédophiles et la pornographie écrite alimente les fantasmes sexuels des pédophiles et pourrait les inciter à commettre des crimes. Bien que

to teenagers between the ages of 14 and 17 who keep pornographic videotapes or pictures of themselves, this effect of the provision is a reasonable limit on teenagers' freedom of expression. A review of adolescent child pornography cases reveals that there is a great risk that they will be exploited in its creation. Hence, while adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, Parliament had a strong basis for concluding that the age limit in the definition of child pornography should be set at 18. It is not necessary that the provision contain a defence to protect teenagers who are in possession of erotic videos or pictures of themselves. Such a defence would undermine Parliament's objective of protecting all children, since some adolescents under the age of 18 groom other children into engaging in sexual conduct. There is also no guarantee, even when a teenager is in possession of a pornographic picture or videotape depicting himself or herself, that it was created in a consensual environment. The creation of permanent records of teenagers' sexual activities has consequences which children of that age may not have sufficient maturity to understand. The Court should defer to Parliament's decision to restrict teenagers' freedom in this area. The provision does not amount to a total ban on the possession of child pornography. The provision reflects an attempt by Parliament to weigh the competing rights and values at stake and achieve a proper balance. The definitional limits act as safeguards to ensure that only material that is antithetical to Parliament's objectives in proscribing child pornography will be targeted, and the legislation incorporates defences of artistic merit, educational, scientific or medical purpose, and a defence of the public good.

Third, when the effects of the provision are examined in their overall context, the benefits of the legislation far outweigh any deleterious effects on the right to freedom of expression and the interests of privacy. Section 163.1(4) helps to prevent the harm to children which results from the production of child pornography; deters the use of child pornography in the grooming of children; curbs the collection of child pornography by paedophiles; and helps to ensure that an effective law enforcement scheme can be implemented. In sum, the legislation benefits society as a whole as it sends a clear message that deters the development of antisocial atti-

l'interdiction prévue au par. 163.1(4) vise les adolescents de 14 à 17 ans qui conservent des films vidéo ou des photos pornographiques les représentant, cet effet est une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression des adolescents. L'examen de la jurisprudence en matière de pornographie juvénile impliquant des adolescents permet de constater l'existence d'un risque élevé qu'ils soient exploités pour produire cette forme de pornographie. Par conséquent, même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement avoir des rapports sexuels, le législateur était solidement fondé à conclure que la limite d'âge dans la définition de la pornographie juvénile devait être fixée à 18 ans. Il n'est pas nécessaire que la disposition prévoie un moyen de défense pour protéger les adolescents qui ont en leur possession des photos ou des films vidéo érotiques d'eux-mêmes. Un tel moyen de défense minerait l'objectif du législateur de protéger tous les enfants, étant donné que certains adolescents de moins de 18 ans initient d'autres enfants aux rapports sexuels. Même dans le cas où un adolescent a en sa possession une photo ou une bande vidéo pornographique de lui-même, rien ne garantit que ce matériel a été créé dans un environnement consensuel. La création d'un enregistrement permanent des activités sexuelles d'un adolescent a des conséquences que les enfants de cet âge ne sont peut-être pas en mesure de comprendre en raison de leur manque de maturité. La Cour devrait s'en remettre à la décision du législateur de restreindre la liberté des adolescents dans ce domaine. La disposition n'interdit pas complètement la possession de pornographie juvénile. Elle reflète une tentative de la part du législateur de soupeser les droits et valeurs opposés qui sont en jeu et d'établir un juste équilibre. Les limites apportées par la définition garantissent que seul sera visé le matériel qui va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur en interdisant la pornographie juvénile, et la mesure législative prévoit des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical et sur le bien public.

Troisièmement, l'examen des effets de la mesure législative dans leur contexte global révèle que les avantages de cette mesure l'emportent largement sur toute atteinte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée. Le paragraphe 163.1(4) contribue à prévenir le préjudice causé aux enfants par la production de pornographie juvénile, décourage l'emploi de pornographie juvénile pour initier des enfants, freine l'accumulation de pornographie juvénile par les pédophiles et contribue à la mise en œuvre d'un régime efficace d'application de la loi. En somme, la mesure législative est bénéfique pour l'ensemble de la société en ce qu'elle transmet un

tudes. The law does not trench significantly on speech possessing social value since there is a very tenuous connection between the possession of child pornography and the right to free expression. At most, the law has a detrimental cost to those who find base fulfilment in the possession of child pornography. The privacy of those who possess child pornography is protected by the right against unreasonable search and seizure as guaranteed by s. 8 of the *Charter*. The law intrudes into the private sphere because doing so is necessary to achieve its salutary objectives. The privacy interest restricted by the law is closely related to the specific harmful effects of child pornography. Moreover, the provision's beneficial effects in protecting the privacy interests of children are proportional to the detrimental effects on the privacy of those who possess child pornography.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL); *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Ontario (Attorney General) v. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *R. v. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R.

message clair qui décourage les comportements antisociaux. Elle n'entrave pas sensiblement le discours ayant une valeur sociale, car il existe un lien très ténu entre la possession de pornographie juvénile et le droit à la liberté d'expression. Tout au plus, elle est coûteuse pour ceux qui s'épanouissent basement dans la possession de pornographie juvénile. Le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* protège également la vie privée de ceux qui ont de la pornographie juvénile en leur possession. La mesure législative empiète sur la vie privée parce que la réalisation de ses objectifs bénéfiques l'exige. Le droit à la vie privée qui est restreint par la loi est étroitement lié aux effets préjudiciables particuliers de la pornographie juvénile. En outre, les effets bénéfiques de la mesure législative sur le droit à la vie privée des enfants est proportionnel aux effets préjudiciables sur le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL); *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Ontario (Attorney General) c. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289; *R. c. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *R. c. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Whyte*, [1988] 2

3; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

By L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.

Referred to: *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Reference Re Public Service Employee Relations*

R.C.S. 3; R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Citée par les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache

Arrêts mentionnés : *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*,

Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *United States v. Hilton*, 167 F.3d 61 (1999); *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *R. v. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL); *R. v. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270; *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990); *R. v. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100; *United States v. Knox*, 32 F.3d 733 (1994); *R. v. Pointon*, Man. Prov. Ct., October 23, 1997; *R. v. Geisel*, Man. Prov. Ct., February 2, 2000; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8, 15.
Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (3), (5), (7) to (10), 41 to 44.
Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, ss. 21 to 26, 38(7), 53.
Child and Family Services Act, S.N.W.T. 1997, c. 13, ss. 10, 11(1), 33.
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, c. C-7.2, ss. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1).
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 16 to 19, 25 to 33.
Child Trafficking and Pornography Act, 1998 (No. 22) (Ir.), ss. 2, 6.
Child Welfare Act, R.S.N. 1990, c. C-12, ss. 13, 14, 15.
Child Welfare Act, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 17, 18.
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34.
Children's Act, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119.
Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Austl.) (No. 7 of 1995).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992, No. 3, arts. 1, 2, 9, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 37.
Criminal Code (Belgium), art. 383bis.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 22, 150.1, 151, 152, 153, 159, 160(3), 163 [am. 1993, c. 46, s. 1], 163.1 [ad. *idem*, s. 2], 170, 171, 172, 212(4), 215, 271, 272, 273.
Criminal Justice Act 1988 (U.K.), 1988, c. 33, s. 160.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (U.K.), 1994, c. 33, ss. 84 to 86.
Declaration of the Rights of the Child, G.A. Res. 1386 (XIV) (1959), preamble.
Draft Joint Action to combat child pornography on the Internet, [1999] O.J.C. 219/68, art. 1.
Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, ss. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b).

[1995] 1 R.C.S. 315; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *United States c. Hilton*, 167 F.3d 61 (1999); *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *R. c. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL); *R. c. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270; *Osborne c. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990); *R. c. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100; *United States c. Knox*, 32 F.3d 733 (1994); *R. c. Pointon*, C. prov. Man., 23 octobre 1997; *R. c. Geisel*, C. prov. Man., 2 février 2000; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 8, 15.
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 2(1)p), 7, 8, 13, 17, 18(1).
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 16 à 19, 25 à 33.
Child Trafficking and Pornography Act, 1998 (No. 22) (Ir.), art. 2, 6.
Child Welfare Act, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 13, 14, 15.
Child Welfare Act, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 17, 18.
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34.
Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Austl.) (No. 7 of 1995).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 22, 150.1, 151, 152, 153, 159, 160(3), 163 [mod. 1993, ch. 46, art. 1], 163.1 [aj. *idem*, art. 2], 170, 171, 172, 212(4), 215, 271, 272, 273.
Code pénal (Belgique), art. 383bis.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 1, 2, 9, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 37.
Criminal Justice Act 1988 (R.-U.), 1988, ch. 33, art. 160.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 84 à 86.
Déclaration des droits de l'enfant, Rés. A.G. 1386 (XIV) (1959), préambule.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 25(2).
Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 1(1)c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)b), 19b).
Films, Videos, and Publications Classification Act 1993 (N.-Z.) No. 94, art. 2, 3, 131.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 2, 3, 46.

- Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3).
- Films, Videos, and Publications Classification Act 1993* (N.Z.) No. 94, ss. 2, 3, 131.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 24.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 10(3).
- International traffic in child pornography*, ICPO-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).
- Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution, and child pornography*, A/RES/54/263 (2000), Annex II.
- Protection of Children Act 1978* (U.K.), 1978, c. 37, ss. 1, 7.
- Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at p. 71 (1948), art. 25(2).
- Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, s. 20.
- Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 2, 3, 46.
- 18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B), 2256 (1994 & Supp. IV 1998).
- Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119.
- Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, art. 20.
- Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21 à 26, 38(7), 53.
- Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (3), (5), (7) à (10), 41 à 44.
- Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 13, art. 10, 11(1), 33.
- Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 24.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, art. 10(3).
- Projet d'action commune relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet*, [1999] J.O.C. 219/68, art. 1.
- Protection of Children Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 37, art. 1, 7.
- Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, A/RES/54/263 (2000), Annexe II.
- Trafic international de matériel pornographique mettant en scène des enfants*, OIPC-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).
- 18 U.S.C. §§ 2252a)(4)(B), 2256 (1994 & Supp. IV 1998).

Authors Cited

- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.
- Bessner, Ronda. "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 *C.R.* (3d) 15.
- Blugerman, Brian, assisted by Laurie May. "The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128" (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.
- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Canada. Criminal Intelligence Service. *Annual Report on Organized Crime in Canada*. Ottawa: The Service, 2000.
- Canada. Health and Welfare Canada. Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada. *Reaching*

Doctrine citée

- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. « Canada: Recognizing the Interests of Children » (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.
- Bessner, Ronda. « Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence » (1990), 79 *C.R.* (3d) 15.
- Blugerman, Brian, assisted by Laurie May. « The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128 » (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. *Procès-verbaux et témoignages*. Fascicule n° 105, 10 juin 1993, p. 105:4-105:5, 105:21.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des affaires juridiques. *Rapport sur la pornographie*. Fascicule n° 18, le 22 mars 1978, p. 18:4.
- Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *Rapport du Comité spécial d'étude de*

- for *Solutions*. By Rix G. Rogers. Ottawa: The Advisor, 1990.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Report on Pornography*. Issue No. 18, March 22, 1978, p. 18:4.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. *Minutes of Proceedings and Evidence*. Issue No. 105, June 10, 1993, pp. 105:4-105:5, 105:21.
- Canada. *House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, p. 20328.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*. Issue No. 50, June 21, 1993, p. 50:41.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*. Issue No. 51, June 22, 1993, p. 51:54.
- Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (Fraser Report). Ottawa: The Committee, 1985.
- Canadian Oxford Dictionary*. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "explicit".
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1999, release 1).
- Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*. Bloomington: Indiana University Press, 1999.
- New Oxford Dictionary of English*. Edited by Judy Pearsall. Oxford: Clarendon Press, 1998, "explicit".
- New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "art".
- Roberts, Julian V. "Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends" (1996), 21 *Queen's L.J.* 395.
- Ross, June. "R. v. Sharpe and Private Possession of Child Pornography" (2000), 11 *Constitutional Forum* 50.
- Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Criminal Law (indictable offences)*, 9th ed. By Sir Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.
- Sugunasingari, Shalin M. "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability" (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126.
- la pornographie et de la prostitution* (rapport Fraser). Ottawa : Le Comité, 1985.
- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (rapport Badgley). Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada. *À la recherche de solutions*. Par Rix G. Rogers. Ottawa : Le Conseiller, 1990.
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*. Fascicule n° 50, 21 juin, 1993, p. 50:41.
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*. Fascicule n° 51, 22 juin 1993, p. 51:54.
- Canada. Service canadien de renseignements criminels. *Rapport annuel sur le crime organisé au Canada*. Ottawa : Le Service, 2000.
- Canadian Oxford Dictionary*. Edited by Katherine Barber. Toronto : Oxford University Press, 1998, « explicit ».
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 1999, release 1).
- Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*. Bloomington : Indiana University Press, 1999.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants : Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/49/478 (1994).
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, 55^e séance, 1992/74.
- New Oxford Dictionary of English*. Edited by Judy Pearsall. Oxford : Clarendon Press, 1998, « explicit ».
- New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1993, « art ».

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

United Nations. Commission on Human Rights. *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 55th Mtg., 1992/74.

United Nations. General Assembly. *Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/49/478 (1994).

Watson, Jack. "Case Comment: *R. v. Sharpe*" (1999), 10 *N.J.C.L.* 251.

Roberts, Julian V. « Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends » (1996), 21 *Queen's L.J.* 395.

Ross, June. « *R. v. Sharpe* and Private Possession of Child Pornography » (2000), 11 *Forum Constitutionnel* 50.

Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Criminal Law (indictable offences)*, 9th ed. By Sir Lewis Frederick Sturge. London : Sweet & Maxwell, 1950.

Sugunasiri, Shalin M. « Contextualism : The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability » (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

Watson, Jack. « Case Comment: *R. v. Sharpe* » (1999), 10 *N.J.C.L.* 251.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 136 C.C.C. (3d) 97, 127 B.C.A.C. 76, 207 W.A.C. 76, 175 D.L.R. (4th) 1, 25 C.R. (5th) 215, 69 B.C.L.R. (3d) 234, [2000] 1 W.W.R. 241, [1999] B.C.J. No. 1555 (QL), 1999 BCCA 416, dismissing a Crown appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1999), 22 C.R. (5th) 129, 169 D.L.R. (4th) 536, [1999] B.C.J. No. 54 (QL), declaring void s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

John M. Gordon and Kate Ker, for the appellant.

Gil D. McKinnon, Q.C., Richard C. C. Peck, Q.C., and *Nikos Harris* for the respondent.

Cheryl J. Tobias and Kenneth J. Yule, for the intervener the Attorney General of Canada.

James H. Flaherty, Christine Bartlett-Hughes and Laurie Lacelle, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Joanne Marceau and Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Daniel A. MacRury, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Mary Elizabeth Beaton, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Shawn Greenberg and Holly Penner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 136 C.C.C. (3d) 97, 127 B.C.A.C. 76, 207 W.A.C. 76, 175 D.L.R. (4th) 1, 25 C.R. (5th) 215, 69 B.C.L.R. (3d) 234, [2000] 1 W.W.R. 241, [1999] B.C.J. No. 1555 (QL), 1999 BCCA 416, qui a rejeté l'appel du ministère public contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 22 C.R. (5th) 129, 169 D.L.R. (4th) 536, [1999] B.C.J. No. 54 (QL), qui avait déclaré nul le par. 163.1(4) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

John M. Gordon et Kate Ker, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, c.r., Richard C. C. Peck, c.r., et *Nikos Harris* pour l'intimé.

Cheryl J. Tobias et Kenneth J. Yule, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

James H. Flaherty, Christine Bartlett-Hughes et Laurie Lacelle, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joanne Marceau et Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Daniel A. MacRury, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Mary Elizabeth Beaton, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Shawn Greenberg et Holly Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joshua B. Hawkes, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Timothy S. B. Danson, for the interveners the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP) and Canadians Against Violence (CAVEAT).

Frank Addario and *Michael Lacy*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Robert W. Staley, *Meredith Hayward* and *Janet Epp Buckingham*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Focus on the Family (Canada) Association.

John D. McAlpine, Q.C., *Bruce Ryder* and *Andrew D. Gay*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Patricia D. S. Jackson and *Tycho M. J. Manson*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

David Matas, *Mark Eric Hecht* and *Jean-François Noël*, for the interveners Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

Is Canada's law banning the possession of child pornography constitutional or, conversely, does it unjustifiably intrude on the constitutional right of Canadians to free expression? That is the central question posed by this appeal.

I conclude that the law is constitutional, except for two peripheral applications relating to expres-

Joshua B. Hawkes, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Timothy S. B. Danson, pour les intervenants l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP) et les Canadiens contre la violence (CAVEAT).

Frank Addario et *Michael Lacy*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association.

Robert W. Staley, *Meredith Hayward* et *Janet Epp Buckingham*, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et la Focus on the Family (Canada) Association.

John D. McAlpine, c.r., *Bruce Ryder* et *Andrew D. Gay*, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Patricia D. S. Jackson et *Tycho M. J. Manson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David Matas, *Mark Eric Hecht* et *Jean-François Noël*, pour les intervenants Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

La disposition législative canadienne interdisant la possession de pornographie juvénile est-elle constitutionnelle ou, au contraire, constitue-t-elle une restriction injustifiée du droit constitutionnel des Canadiens à la liberté d'expression? Voilà la principale question que soulève le présent pourvoi.

Je conclus que la disposition en cause est constitutionnelle, sauf en ce qui concerne deux applica-

sive material privately created and kept by the accused, for which two exceptions can be read into the legislation. The law otherwise strikes a constitutional balance between freedom of expression and prevention of harm to children. As a consequence, I would uphold the law and remit Mr. Sharpe for trial on all charges.

3 The respondent, Mr. Sharpe, was charged on a four-count indictment after two seizures of material. The first seizure was made by Canada Customs. It consisted of computer discs containing a text entitled "Sam Paloc's Boyabuse — Flogging, Fun and Fortitude: A Collection of Kiddiekink Classics". Two charges were laid with respect to this material — one for illegal possession under s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and one for possession for the purposes of distribution or sale under s. 163.1(3) of the *Code*. The second seizure was at Mr. Sharpe's home pursuant to a search warrant the validity of which will be contested at trial. Police officers seized a collection of books, manuscripts, stories and photographs the Crown says constitute child pornography. Again, two charges were laid — one of simple possession and one of possession for the purposes of distribution or sale.

4 Mr. Sharpe brought a preliminary motion challenging the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. He does not challenge the constitutionality of the offence of possession for the purposes of distribution and sale, which will go to trial regardless of how this appeal is resolved. Mr. Sharpe contends that the prohibition of possession, without more, violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled that the prohibition was unconstitutional, as did the majority of the British Columbia Court of Appeal. The Crown appeals that order to this Court.

tions limitrophes portant sur du matériel expressif créé et conservé en privé par l'accusé, à l'égard desquelles on peut considérer que la disposition comporte deux exceptions. Hormis cela, la disposition en cause établit un équilibre constitutionnel entre la liberté d'expression et la prévention du préjudice causé aux enfants. Par conséquent, je suis d'avis d'en confirmer la validité et de renvoyer M. Sharpe à son procès relativement à tous les chefs d'accusation.

L'intimé, M. Sharpe, a fait l'objet de quatre chefs d'accusation à la suite de deux saisies. La première, effectuée par Douanes Canada, visait des disquettes informatiques renfermant un texte intitulé « Sam Paloc's Boyabuse — Flogging, Fun and Fortitude: A Collection of Kiddiekink Classics ». Deux accusations ont été déposées à l'égard de ce matériel, une pour possession illégale, suivant le par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et l'autre pour possession en vue de la distribution ou de la vente, suivant le par. 163.1(3) du *Code*. Au cours de la deuxième saisie, effectuée au domicile de M. Sharpe en vertu d'un mandat de perquisition dont la validité sera contestée au procès, les policiers se sont emparés d'une collection d'ouvrages, de manuscrits, de récits et de photos qui, d'affirmer le ministère public, constituent de la pornographie juvénile. Deux accusations ont une fois de plus été déposées, l'une de simple possession et l'autre de possession en vue de la distribution ou de la vente.

Dans une requête préliminaire, M. Sharpe a plaidé l'inconstitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*. Il ne conteste pas la validité de l'infraction de possession en vue de la distribution et de la vente, à l'égard de laquelle il sera jugé peu importe l'issue du présent pourvoi. Monsieur Sharpe soutient que l'interdiction de la possession, sans plus, porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès ainsi que les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont déclaré l'interdiction inconstitutionnelle. Le ministère public fait appel de cette ordonnance devant notre Cour.

The Crown concedes that s. 163.1(4)'s prohibition on the possession of child pornography infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. The issue is whether this limitation of freedom of expression is justifiable under s. 1 of the *Charter*, given the harm possession of child pornography can cause to children. Mr. Sharpe accepts that harm to children justifies criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question therefore is whether s. 163.1(4) of the *Criminal Code* goes too far and criminalizes possession of an unjustifiable range of material.

II. Provisions of the Legislation and the Charter

In 1993, Parliament enacted s. 163.1 of the *Criminal Code*, creating a number of offences relating to child pornography. The provision supplemented laws making it an offence to make, print, publish, distribute, or circulate obscene material (s. 163), and to corrupt children (s. 172). With the enactment of s. 163.1, the *Criminal Code* contains a comprehensive scheme to attack child pornography at every stage — production, publication, importation, distribution, sale and possession. Subsections (2) and (3) of s. 163.1 criminalize possession of child pornography for the purpose of publication and possession for the purpose of distribution or sale. Section 163.1(4) extends the prohibition to possession *simpliciter*:

163.1 . . .

(4) Every person who possesses any child pornography is guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

The scope of this offence depends on the definition of "child pornography" in subs. (1):

- (1) In this section, "child pornography" means

Le ministère public reconnaît que le par. 163.1(4) interdisant la possession de pornographie juvénile porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. La question est de savoir si cette restriction est justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*, étant donné le préjudice que la possession de pornographie juvénile peut causer aux enfants. Monsieur Sharpe reconnaît que ce préjudice justifie la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. Il s'agit donc essentiellement de savoir si le par. 163.1(4) du *Code criminel* va trop loin et criminalise sans justification la possession d'un éventail trop large de matériel.

II. La disposition législative et la Charte

En 1993, le Parlement a adopté l'art. 163.1 du *Code criminel*, créant ainsi un certain nombre d'infractions liées à la pornographie juvénile. Cet article s'ajoutait aux dispositions interdisant la production, l'impression, la publication, la distribution ou la mise en circulation de matériel obscène (art. 163) et la corruption d'un enfant (art. 172). Par suite de l'adoption de cette disposition, le *Code criminel* comporte un régime complet de répression de la pornographie juvénile à tous les stades : production, publication, importation, distribution, vente et possession. Les paragraphes 163.1(2) et (3) créent l'infraction de possession de pornographie juvénile en vue de la publication et celle de possession en vue de la distribution ou de la vente. Le paragraphe 163.1(4) étend l'interdiction à la simple possession :

163.1 . . .

(4) Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :

- a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

La portée de cette infraction dépend de la définition de « pornographie juvénile » au par. (1) :

- (1) Au présent article, « pornographie juvénile » s'entend, selon le cas :

5

6

7

(a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years; or

(b) any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

8 The offence is subject to a number of defences, set out in subs. (6) and (7):

(6) Where the accused is charged with an offence under subsection (2), (3) or (4), the court shall find the accused not guilty if the representation or written material that is alleged to constitute child pornography has artistic merit or an educational, scientific or medical purpose.

(7) Subsections 163(3) to (5) apply, with such modifications as the circumstances require, with respect to an offence under subsection (2), (3) or (4).

9 Subsection (7) imports the “public good” defence from the obscenity provisions of the *Criminal Code*:

163. . . .

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

(4) For the purposes of this section, it is a question of law whether an act served the public good and whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good.

(5) For the purposes of this section, the motives of an accused are irrelevant.

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d’organes sexuels ou de la région anale d’une personne âgée de moins de dix-huit ans;

b) de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

Les paragraphes (6) et (7) prévoient plusieurs moyens de défense :

(6) Lorsqu’une personne est accusée d’une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l’écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

(7) Les paragraphes 163(3) à (5) s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4).

Le paragraphe (7) rend applicable le moyen de défense fondé sur le « bien public » prévu par les dispositions du *Code criminel* relatives à l’obscénité :

163. . . .

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l’infraction ont servi le bien public et n’ont pas outrepassé ce qui a servi celui-ci.

(4) Pour l’application du présent article, la question de savoir si un acte a servi le bien public et s’il y a preuve que l’acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n’ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait.

(5) Pour l’application du présent article, les motifs d’un prévenu ne sont pas pertinents.

Section 2(b) of the *Charter* guarantees freedom of expression as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Section 7 of the *Charter* guarantees a right to liberty as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 1 of the *Charter* affirms the entitlement of everyone to the fundamental rights guaranteed by the *Charter*, subject to justifiable limits:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

III. Judicial Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 22 C.R. (5th) 129

In the British Columbia Supreme Court, Shaw J. courageously ruled that s. 163.1(4) is unconstitutional. He held that the objective of the law is to combat material that puts children at risk of harm. He reviewed evidence that child pornography arguably creates this risk through its use for grooming or seduction; by the use of children in its manufacture; by confirming or augmenting cognitive distortions of paedophiles; and by inciting paedophiles to commit offences against children. However, although this Court in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, did not require conclusive proof that obscene materials cause harm, Shaw J. apparently required such proof and found little scientific evidence linking the possession of child pornography to these risks. As a result, he considered the salutary effects of the law to be limited.

Le libellé de l'al. 2b) de la *Charte*, qui garantit la liberté d'expression, est le suivant :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

L'article 7 de la *Charte* garantit ainsi le droit à la liberté :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'article premier de la *Charte* reconnaît à chacun les droits fondamentaux garantis par la *Charte*, sous réserve de limites justifiables :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 22 C.R. (5th) 129

Le juge Shaw de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a eu le courage de conclure à l'inconstitutionnalité du par. 163.1(4). Il a jugé que l'objectif du législateur est de lutter contre le matériel qui expose les enfants à un préjudice. Il a examiné la preuve indiquant que la pornographie juvénile expose les enfants à ce risque en raison de l'utilisation qui en est faite pour les séduire ou les initier aux rapports sexuels, de l'utilisation d'enfants pour la produire, de la confirmation ou du renforcement des distorsions cognitives des pédophiles et du fait qu'elle incite ces derniers à commettre des infractions contre des enfants. Cependant, même si dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, notre Cour n'a pas exigé une preuve concluante de la nocivité du matériel obscène, le juge Shaw a semblé en faire une exigence et a

10

11

12

13

As for the law's deleterious effects, he found that "the invasion of freedom of expression and personal privacy is profound" (para. 49) and held that they were "not outweighed by the limited beneficial effects of the prohibition" (para. 50). Shaw J. concluded that the law was inconsistent with the *Charter* and could not be justified under s. 1, rendering it invalid under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 136 C.C.C. (3d) 97

14

The Court of Appeal, by a margin of 2 to 1, upheld the trial judge's conclusion. Southin J.A. found the law invalid for two reasons. First, she held that "legislation which makes simple possession of expressive materials a crime can never be a reasonable limit in a free and democratic society. Such legislation bears the hallmark of tyranny" (para. 95). On this approach, any prohibition of private possession of child pornography, as opposed to manufacture, distribution or possession for these purposes, would always, of necessity, unjustifiably restrict freedom of expression. In the alternative, Southin J.A. found that the law failed the proportionality test of s. 1. Like the trial judge, Southin J.A. held that the most compelling evidence of necessity is required to justify a prohibition on mere possession, and that the legislation catches too much lawful conduct unrelated to harm to children, notably in relation to teenage sexuality.

15

Rowles J.A. held the law invalid on the ground that it is unjustifiably overbroad. Sympathetic to Parliament's goal, she argued eloquently for the need to protect children from sexual abuse. She noted that child pornography does not lie close to

constaté que peu de preuves scientifiques établissent un lien entre la possession de pornographie juvénile et ces risques. En conséquence, il a estimé que les effets bénéfiques de la disposition sont limités. Quant aux effets préjudiciables de l'interdiction, il était d'avis que [TRADUCTION] « l'atteinte à la liberté d'expression et à la vie privée était profonde » (par. 49) et n'était « pas compensée par les effets bénéfiques restreints de la loi » (par. 50). Le juge Shaw a donc conclu que la disposition est incompatible avec la *Charte* et ne peut être justifiée au sens de l'article premier, et qu'elle est donc inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1999), 136 C.C.C. (3d) 97

À deux juges contre un, la Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès. Madame le juge Southin a considéré que la disposition est inconstitutionnelle pour deux motifs. Premièrement, elle a dit qu'une [TRADUCTION] « mesure législative criminalisant la simple possession de matériel expressif ne saurait jamais être une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Une telle mesure est marquée au coin de la tyrannie » (par. 95). De ce point de vue, toute interdiction frappant la possession personnelle de pornographie juvénile, par opposition à la production, à la distribution ou à la possession à cette fin, constitue nécessairement, dans tous les cas, une restriction injustifiable de la liberté d'expression. À titre subsidiaire, elle a conclu que la disposition ne satisfait pas au critère de proportionnalité de l'article premier. À l'instar du juge du procès, elle a estimé que seule une preuve de nécessité des plus convaincantes peut justifier l'interdiction de la simple possession et que la disposition vise trop d'actes légaux n'ayant aucun rapport avec le préjudice causé aux enfants, particulièrement en ce qui concerne la sexualité des adolescents.

Madame le juge Rowles a conclu à l'invalidité de la disposition pour le motif qu'elle a une portée trop large. Souscrivant à l'objectif du législateur, elle a évoqué avec éloquence la nécessité de protéger les enfants contre l'exploitation sexuelle. Elle a

the core of protected expression, and found that Parliament had a reasonable basis for concluding that criminalizing possession of child pornography would reduce the risk of harm to children. Rowles J.A. held, however, that the law failed because it caught much more material than necessary to achieve the objective, mainly relating to teenage sexuality, an intrusion on free expression aggravated by its impact on privacy. “By providing a sentence of incarceration for the possession of recorded thoughts and expression, including one’s own thoughts and expression, the legislation trenches deeply upon the core values enshrined in the *Charter* and essential to a free and democratic society” (para. 213). In the result the law raises “the spectre that legitimate and non-harmful expression will be chilled as individuals are forced, in the words of the trial judge, to become their own censors” (para. 213). On the other side of the balance, the only “value added” by criminalizing possession of child pornography, in addition to the other offences, was a modest contribution to law enforcement (para. 214).

McEachern C.J.B.C. would have upheld the law. Since Mr. Sharpe conceded that possession of some pornographic material should be prohibited, the only issue was where to draw the line between permissible and impermissible material. McEachern C.J.B.C. considered Shaw J. to have erred in not considering the suppression of the market for child pornography, and hence the prevention of the abuse of children in the course of producing child pornography, to be a salutary effect of the prohibition. He found the definition of child pornography in the section carefully drafted and rationally connected to the objectives of the legislation. In his view, limitations in the law offered considerable protection against problematic prosecution. Acknowledging that the law catches some teenage sexual material unrelated to the harm, he doubted Parliament could have drafted it in a way that avoided such difficulties.

souligné que la pornographie juvénile est loin d’être au cœur du droit à la liberté d’expression et a décidé que le législateur avait des motifs raisonnables de croire que criminaliser la possession de pornographie juvénile réduirait le risque de préjudice aux enfants. Le juge Rowles a toutefois statué que la disposition est invalide parce qu’elle vise beaucoup plus de matériel que nécessaire pour atteindre cet objectif, principalement en ce qui a trait à la sexualité des adolescents, et que cette atteinte à la liberté d’expression, est aggravée par ses répercussions sur la vie privée. [TRADUCTION] « En rendant punissable d’emprisonnement la possession de pensées ou de formes d’expression enregistrées, y compris ses propres pensées et formes d’expression, la mesure législative porte profondément atteinte aux valeurs fondamentales qui sous-tendent la *Charte* et qui sont essentielles à une société libre et démocratique » (par. 213). Ainsi, la disposition agite « le spectre de l’entrave à l’expression légitime et inoffensive si, pour reprendre les termes du juge du procès, chacun est obligé de devenir son propre censeur » (par. 213). Sur l’autre plateau de la balance, la seule « valeur ajoutée » aux autres infractions par la criminalisation de la possession de pornographie juvénile est une modeste contribution à l’application de la loi (par. 214).

Le juge en chef McEachern aurait confirmé la validité de la disposition législative. Comme M. Sharpe a reconnu que la possession de certains types de matériel pornographique devrait être interdite, il suffit de déterminer ce qui est acceptable et ce qui ne l’est pas. Le juge en chef McEachern a considéré que le juge Shaw a commis une erreur en ne prenant pas en considération, parmi les effets bénéfiques de l’interdiction, l’abolition du marché de la pornographie juvénile et, partant, la prévention de l’exploitation d’enfants pour produire ce matériel. Il a estimé que la définition de la pornographie juvénile est bien rédigée et qu’elle a un lien rationnel avec les objectifs du législateur. À son avis, les limites prévues dans la disposition offrent une protection considérable contre les poursuites inappropriées. Même s’il a admis que la disposition vise du matériel sexuel d’adolescents qui n’a rien à voir avec le préjudice

The hypothetical examples of unrelated material were remote and likely to arise infrequently. McEachern C.J.B.C. concluded that “any balancing of the risk of harm to children against the risk of harm to ‘innocent’ possessors of child pornography as defined must be resolved in favour of children” (para. 292).

17

The decisions in the British Columbia courts reveal four distinctive arguments. At the far end of the spectrum is Southin J.A.’s argument that prohibition of private possession of child pornography can never constitute a justifiable infringement on free expression. Next is the position of the trial judge, adopted by Southin J.A. in the alternative, that the benefits of the law are limited and do not outweigh its negative effects on freedom of expression and privacy. The third argument, put forward by Rowles J.A., is that the law is unjustifiably overbroad. The fourth argument, adopted by McEachern C.J.B.C., is that the only issue is overbreadth and that on balance the law’s infringement on freedom of expression is justified.

IV. Issues

18

Two issues arise: whether the prohibition of possession of child pornography in s. 163.1(4) limits a *Charter* right and, if so, whether the infringement is justified. On the first issue the Crown concedes that the law intrudes upon the guarantee of free expression in s. 2(b) of the *Charter*. The respondent also alleges a violation of his right to liberty under s. 7 of the *Charter*, arguing that exposure to potential imprisonment as a result of an excessively sweeping law is contrary to the principles of fundamental justice. Since this argument wholly replicates the overbreadth concerns that are the

appréhendé, il doutait que le législateur aurait pu rédiger la disposition de manière à éviter un tel écueil. Les exemples hypothétiques de matériel sans rapport avec le préjudice appréhendé ne sont pas convaincants et ces situations ne sont susceptibles de se présenter que rarement. Le juge en chef McEachern a conclu que [TRADUCTION] « dans toute évaluation du risque de préjudice à des enfants et du risque de préjudice au possesseur “innocent” de pornographie juvénile telle qu’elle est définie, c’est le premier type de risque qui doit l’emporter » (par. 292).

Quatre points de vue distincts ressortent des décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique. À un extrême se situe la position du juge Southin, de la Cour d’appel, selon laquelle l’interdiction de possession personnelle de pornographie juvénile ne peut jamais constituer une atteinte justifiable à la liberté d’expression. Suit le point de vue du juge du procès, que le juge Southin partage à titre subsidiaire, selon lequel les avantages de la disposition sont limités et ne l’emportent pas sur les effets négatifs qu’elle a sur la liberté d’expression et le droit à la vie privée. Le troisième point de vue, énoncé par le juge Rowles de la Cour d’appel, veut que la disposition ait une portée trop large. Selon le quatrième point de vue adopté par le juge en chef McEachern, seule la question de la portée trop large se pose et, tout bien considéré, l’atteinte de la disposition à la liberté d’expression est justifiée.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions : L’interdiction de posséder de la pornographie juvénile prévue au par. 163.1(4) limite-t-elle un droit garanti par la *Charte* et, dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiée? Sur le premier point, le ministère public admet que la disposition en cause porte atteinte à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*. L’intimé plaide aussi l’atteinte au droit à la liberté que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*, faisant valoir que le fait d’être passible d’emprisonnement en raison de la portée excessive d’une disposition législative est contraire aux prin-

central obstacle to the justification of the s. 2(b) breach, it is not necessary to consider it separately. The weight of authority commends the s. 1 analysis generally, and the minimal impairment consideration in particular, as the appropriate forum for addressing allegations of overly broad restrictions on free expression: *Butler, supra*; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731.

The basic issue thus reduces to whether the limit imposed by the law on free expression can be justified under s. 1 of the *Charter*. If aspects of the law cannot be justified, the further question arises of whether a remedy short of striking down the entire law as unconstitutional is appropriate.

Reflecting these issues, the constitutional questions have been stated as follows:

1. Does s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 163.1(4) of the *Criminal Code* infringes s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 163.1(4) a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*?
3. Does s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 163.1(4) a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*?

cipes de justice fondamentale. Étant donné que cet argument reprend toutes les craintes de portée excessive qui constituent le principal obstacle à la justification de la violation de l'al. 2b), il n'est pas nécessaire de l'examiner séparément. La jurisprudence a amplement établi que c'est généralement à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier et, en particulier, dans le cadre de l'étude de la question de l'atteinte minimale qu'il convient de traiter des arguments de restrictions excessives à la liberté d'expression : *Butler*, précité; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

La question fondamentale est donc simplement de savoir si la limite à la liberté d'expression imposée par la disposition peut être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Si des aspects de la disposition ne peuvent être justifiés, se pose alors la question de savoir si une réparation moindre que l'invalidation complète de la disposition est convenable.

Compte tenu de ces points en litige, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées :

1. Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, contrevient-il à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. S'il contrevient à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 163.1(4) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*?
3. Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, contrevient-il à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. S'il contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 163.1(4) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*?

V. AnalysisA. *The Values at Stake*

21 Among the most fundamental rights possessed by Canadians is freedom of expression. It makes possible our liberty, our creativity and our democracy. It does this by protecting not only “good” and popular expression, but also unpopular or even offensive expression. The right to freedom of expression rests on the conviction that the best route to truth, individual flourishing and peaceful coexistence in a heterogeneous society in which people hold divergent and conflicting beliefs lies in the free flow of ideas and images. If we do not like an idea or an image, we are free to argue against it or simply turn away. But, absent some constitutionally adequate justification, we cannot forbid a person from expressing it.

22 Nevertheless, freedom of expression is not absolute. Our Constitution recognizes that Parliament or a provincial legislature can sometimes limit some forms of expression. Overarching considerations, like the prevention of hate that divides society as in *Keegstra, supra*, or the prevention of harm that threatens vulnerable members of our society as in *Butler, supra*, may justify prohibitions on some kinds of expression in some circumstances. Because of the importance of the guarantee of free expression, however, any attempt to restrict the right must be subjected to the most careful scrutiny.

23 The values underlying the right to free expression include individual self-fulfilment, finding the truth through the open exchange of ideas, and the political discourse fundamental to democracy: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 765. While some types of expression, like political expression, lie closer to the core of the guarantee than others, all are vital to a free and democratic

V. AnalyseA. *Les valeurs en jeu*

Au nombre des droits les plus fondamentaux que possèdent les Canadiens figure la liberté d’expression. Celle-ci rend possible notre liberté, notre créativité ainsi que notre démocratie, et ce, en protégeant non seulement l’expression qui est « bonne » et populaire, mais aussi celle qui est impopulaire, voire offensante. Le droit à la liberté d’expression repose sur la conviction que la libre circulation des idées et des images est la meilleure voie vers la vérité, l’épanouissement personnel et la coexistence pacifique dans une société hétérogène composée de personnes dont les croyances divergent et s’opposent. Si nous n’aimons pas une idée ou une image, nous sommes libres de nous y opposer ou simplement de nous en détourner. En l’absence de justification constitutionnelle suffisante toutefois, nous ne pouvons empêcher une personne de l’exprimer ou de la présenter, selon le cas.

La liberté d’expression n’est cependant pas absolue. Notre Constitution reconnaît que le Parlement ou une législature provinciale peut parfois limiter certaines formes d’expression. Des considérations générales, telle la prévention de la haine qui divise la société, comme dans l’arrêt *Keegstra*, précité, ou la prévention du préjudice qui menace des membres vulnérables de notre société, comme dans *Butler*, précité, peuvent justifier l’interdiction de certaines formes d’expression dans certaines circonstances. En raison de l’importance de la garantie de liberté d’expression, toute tentative visant à restreindre ce droit doit cependant faire l’objet d’un examen très attentif.

Les valeurs qui sous-entendent le droit à la liberté d’expression sont notamment l’épanouissement personnel, la recherche de la vérité par l’échange ouvert d’idées et le discours politique qui est fondamental pour la démocratie : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 765. Si certaines formes d’expression, comme l’expression politique, sont plus au cœur de la garantie que

society. As stated in *Irwin Toy, supra*, at p. 968, the guarantee “ensure[s] that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection”, the Court continued, “is . . . ‘fundamental’ because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual”. As stated by Cardozo J. in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), free expression is “the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom” (p. 327).

The law challenged in this appeal engages mainly the justification of self-fulfilment. Child pornography does not generally contribute to the search for truth or to Canadian social and political discourse. Some question whether it engages even the value of self-fulfilment, beyond the base aspect of sexual exploitation. The concern in this appeal, however, is that the law may incidentally catch forms of expression that more seriously implicate self-fulfilment and that do not pose a risk of harm to children.

As to the contention that prohibiting possession of expressive material does not raise free expression concerns, I cannot agree. The right conferred by s. 2(b) of the *Charter* embraces a continuum of intellectual and expressive freedom — “freedom of thought, belief, opinion and expression”. The right to possess expressive material is integrally related to the development of thought, belief, opinion and expression. The possession of such material allows us to understand the thought of others or consolidate our own thought. Without the right to possess expressive material, freedom of thought, belief, opinion and expression would be compromised. Thus the possession of expressive materials falls

d’autres, toutes les formes d’expression sont essentielles au maintien d’une société libre et démocratique. Comme la Cour l’explique dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 968, la garantie « assur[e] que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l’esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection », de poursuivre la Cour, « est [. . .] “fondamentale” parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l’individu ». Selon le juge Cardozo, dans *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), la liberté d’expression est [TRADUCTION] « la matrice, l’élément essentiel de presque toute forme de liberté » (p. 327).

La disposition attaquée dans le présent pourvoi fait principalement intervenir la justification fondée sur l’épanouissement personnel. La pornographie juvénile ne contribue généralement ni à la recherche de la vérité ni au discours social et politique canadien. D’aucuns doutent qu’elle fasse même intervenir la valeur de l’épanouissement personnel si ce n’est l’aspect abject de l’exploitation sexuelle. On craint toutefois, en l’espèce, que la disposition ne vise accidentellement des formes d’expression qui touchent plus sérieusement à l’épanouissement personnel et qui ne présentent aucun risque de préjudice aux enfants.

Quant à l’affirmation selon laquelle l’interdiction de la possession de matériel expressif ne suscite aucune crainte relative à la liberté d’expression, je ne puis y souscrire. Le droit garanti par l’al. 2b) de la *Charte* englobe un continuum de liberté intellectuelle et expressive — « liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression ». Le droit de posséder du matériel expressif est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l’opinion et de l’expression. La possession de ce matériel nous permet de comprendre la pensée d’autrui ou de confirmer notre propre pensée. Sans le droit de posséder du matériel expressif, la liberté de pensée, de croyance, d’opi-

24

25

within the continuum of rights protected by s. 2(b) of the *Charter*.

26

The private nature of the proscribed material may heighten the seriousness of a limit on free expression. Privacy, while not expressly protected by the *Charter*, is an important value underlying the s. 8 guarantees against unreasonable search and seizure and the s. 7 liberty guarantee: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. Indeed, as freedom from state intrusion and conformist social pressures is integral to individual flourishing and diversity, this Court has observed that “privacy is at the heart of liberty in a modern state”: *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427; see also *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 50. Privacy may also enhance freedom of expression claims under s. 2(b) of the *Charter*, for example in the case of hate literature: *Keegstra*, *supra*, at pp. 772-73; *Taylor*, *supra*, at pp. 936-37. The enhancement in the case of hate literature occurs in part because private material may do less harm than public, and in part because the freedoms of conscience, thought and belief are particularly engaged in the private setting: *Taylor*, *supra*. However, the private nature of much child pornography cuts two ways. It engages the fundamental right to freedom of thought. But at the same time, the clandestine nature of incitement, attitudinal change, grooming and seduction associated with child pornography contributes to the harm it may cause children, rather than reduces it.

27

In summary, prohibiting the possession of child pornography restricts the rights protected by s. 2(b) and the s. 7 liberty guarantee. While the prurient nature of most of the materials defined as “child pornography” may attenuate its constitutional worth, it does not negate it, since the guaran-

nion et d’expression serait compromise. La possession de matériel expressif est donc comprise dans l’ensemble des droits garantis par l’al. 2b) de la *Charte*.

Le caractère privé du matériel interdit peut accentuer la gravité de la limite apportée à la liberté d’expression. Même s’il n’est pas expressément garanti par la *Charte*, le droit à la vie privée constitue une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l’art. 8 et le droit à la liberté garanti par l’art. 7 : voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. En fait, comme le droit d’être protégé contre l’intrusion de l’État et les pressions sociales conformistes est inhérent à l’épanouissement personnel et à la diversité, notre Cour a fait remarquer que « la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne » : *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427; voir également *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 50. Le droit à la vie privée peut aussi renforcer les revendications de liberté d’expression fondées sur l’al. 2b) de la *Charte*, dans le cas notamment d’écrits haineux : *Keegstra*, précité, p. 772-773, et *Taylor*, précité, p. 936-937. Dans un tel cas, ce renforcement résulte en partie de la possibilité que le matériel privé soit moins préjudiciable que le matériel rendu public et en partie de l’intervention particulière des libertés de conscience, de pensée et de croyance dans un contexte privé : *Taylor*, précité. Toutefois, le caractère privé d’une grande partie de la pornographie juvénile a une double incidence. Il fait intervenir le droit fondamental à la liberté d’expression. Mais en même temps, la nature clandestine de l’incitation, du changement de comportement, de l’initiation et de la séduction liés à la pornographie juvénile contribue au préjudice qui peut résulter pour les enfants, au lieu de le réduire.

En résumé, l’interdiction de la possession de pornographie juvénile restreint les droits garantis par l’al. 2b) et la liberté garantie par l’art. 7. Même si la nature lascive de la plus grande partie du matériel défini comme étant de la « pornographie juvénile » peut en atténuer la valeur sur le plan

tee of free expression extends even to offensive speech.

This brings us to the countervailing interest at stake in this appeal: society's interest in protecting children from the evils associated with the possession of child pornography. Just as no one denies the importance of free expression, so no one denies that child pornography involves the exploitation of children. The links between possession of child pornography and harm to children are arguably more attenuated than are the links between the manufacture and distribution of child pornography and harm to children. However, possession of child pornography contributes to the market for child pornography, a market which in turn drives production involving the exploitation of children. Possession of child pornography may facilitate the seduction and grooming of victims and may break down inhibitions or incite potential offences. Some of these links are disputed and must be considered in greater detail in the course of the s. 1 justification analysis. The point at this stage is simply to describe the concerns that, according to the government, justify limiting free expression by banning the possession of child pornography.

These then are the values at stake in this appeal. On the one hand stands the right of free expression — a right fundamental to the liberty of each Canadian and our democratic society. On the other stands the conviction that the possession of child pornography must be forbidden to prevent harm to children.

Mr. Sharpe does not suggest that the prevention of harm to children can never justify limiting free expression. Where the two values stand in stark opposition, prevention of harm to children must prevail. He suggests rather that the limitation s. 163.1(4) imposes on free expression must fail because the law catches material that poses no risk of harm to children and because the links between

constitutionnel, elle ne l'annule pas, puisque la garantie de liberté d'expression s'applique même au discours offensant.

Cela nous amène à l'intérêt opposé qui est en jeu dans le présent pourvoi : l'intérêt de la société à ce que les enfants soient protégés des maux liés à la possession de pornographie juvénile. Tout comme personne ne nie l'importance de la liberté d'expression, personne ne conteste non plus que la pornographie juvénile implique l'exploitation d'enfants. On peut dire que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont plus ténus que ceux qui existent entre la production et la distribution de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants. Toutefois, la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l'exploitation d'enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l'initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d'infractions. Certains de ces liens sont contestés et doivent faire l'objet d'un examen plus approfondi lors de l'analyse de la justification au sens de l'article premier. À la présente étape, il s'agit tout simplement de décrire les craintes qui, selon le gouvernement, justifient la limitation de la liberté d'expression par l'interdiction de la possession de pornographie juvénile.

Voilà donc les valeurs qui sont en jeu dans le présent pourvoi. D'une part, il y a le droit à la liberté d'expression — un droit fondamental pour la liberté de chaque Canadien et pour notre société démocratique. D'autre part, il y a la conviction que la possession de pornographie juvénile doit être interdite afin de prévenir tout préjudice causé aux enfants.

Monsieur Sharpe ne prétend pas que la prévention du préjudice causé aux enfants ne peut jamais justifier la limitation de la liberté d'expression. Lorsque les deux valeurs entrent nettement en conflit, la prévention du préjudice causé aux enfants doit l'emporter. Il affirme plutôt que la limitation que le par. 163.1(4) impose à la liberté d'expression doit tomber parce que cette disposition s'ap-

28

29

30

possession of child pornography and harm to children are weak.

31 In order to deal with these concerns, we must determine what material the law, properly construed, catches, and on that basis answer the question of whether those restrictions on free speech are in fact justified by the goal of preventing harm to children.

B. *The Nature and Scope of the Infringement of the Charter*

32 While the Crown concedes that s. 163.1(4) limits freedom of expression, this does not eliminate the need to consider the nature and scope of the infringement in determining whether or not it is justified. Until we know what the law catches, we cannot say whether it catches too much. This Court has consistently approached claims of overbreadth on this basis. It is not enough to accept the allegations of the parties as to what the law prohibits. The law must be construed, and interpretations that may minimize the alleged overbreadth must be explored: see *Keegstra, supra, Butler, supra, and Mills, supra*. So we must begin by asking what s. 163.1(4) truly catches as distinguished from some of the broader interpretations alleged by the respondent and some of the interveners in support. The interpretation of the section is a necessary precondition to the determination of constitutionality, although it is understood, of course, that courts in future cases may refine the analysis in light of the facts and considerations that emerge with experience.

33 Much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994); P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000)). However, E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best captures the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be

plique à du matériel qui ne présente aucun risque de préjudice pour les enfants et parce que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont ténus.

Pour être en mesure de dissiper ces craintes, nous devons déterminer quel matériel est visé par la disposition, interprétée correctement, puis répondre à la question de savoir si ces limites apportées à la liberté d'expression sont effectivement justifiées par l'objectif de prévention du préjudice causé aux enfants.

B. *La nature et la portée de l'atteinte à la Charte*

Quoique le ministère public admette que le par. 163.1(4) limite la liberté d'expression, cela n'écarte pas la nécessité d'examiner la nature et la portée de l'atteinte afin de décider si elle est justifiée. Pour déterminer si une disposition a une portée trop large, il faut savoir ce à quoi elle s'applique. Notre Cour a constamment abordé de cette façon les arguments de portée excessive. Il ne suffit pas d'accepter les arguments des parties quant à ce qu'interdit la loi. La loi doit être interprétée, et les interprétations susceptibles de réduire au minimum la portée que l'on dit excessive doivent être examinées : voir *Keegstra, Butler et Mills*, précités. Il faut donc commencer par déterminer ce à quoi le par. 163.1(4) s'applique vraiment par opposition à certaines des interprétations plus larges préconisées par l'intimé et certains intervenants qui l'appuient. L'interprétation de la disposition est une étape préalable nécessaire à la détermination de la constitutionnalité, étant entendu naturellement que les tribunaux pourront, dans des instances ultérieures, préciser l'analyse à la lumière des faits et des considérations en présence.

On a beaucoup écrit sur l'interprétation des lois (voir, par exemple, R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994); P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999)). Toutefois, dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), E. A. Driedger illustre le mieux la démarche que je préfère adopter. Il reconnaît que l'interprétation d'une loi ne peut pas être fondée uniquement sur le

founded on the wording of the legislation alone. At p. 87, Driedger states: "Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament." Recent cases which have cited the above passage with approval include: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 144; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 30; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550, at para. 22; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 10. Supplementing this approach is the presumption that Parliament intended to enact legislation in conformity with the *Charter*: see Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at pp. 322-27. If a legislative provision can be read both in a way that is constitutional and in a way that is not, the former reading should be adopted: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1010; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66.

Parliament's main purpose in passing the child pornography law was to prevent harm to children by banning the production, distribution and possession of child pornography, and by sending a message to Canadians "that children need to be protected from the harmful effects of child sexual abuse and exploitation and are not appropriate sexual partners": *House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, at p. 20328. However, Parliament did not cast its net over all material that might conceivably pose any risk to children or produce any negative attitudinal changes. Mindful of the importance of freedom of expression in our society and the dangers of vague, overbroad legislation in the criminal sphere, Parliament set its targets principally on clear forms of "child pornography": depictions of explicit sex with children, depictions of sexual organs and anal areas of children and material advocating sexual crimes with children. Through qualifications and

libellé de la loi en question. Il dit ce qui suit, à la p. 87 : [TRADUCTION] « Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. » Ce passage a été cité et approuvé récemment, entre autres, dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 144; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, par. 30; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 2 R.C.S. 550, par. 22; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 10. Cette démarche est complétée par la présomption que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* : voir Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, p. 322-327. Lorsqu'une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue : voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1010; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66.

L'objectif principal que le législateur poursuivait en adoptant les dispositions sur la pornographie juvénile était de prévenir le préjudice causé aux enfants en interdisant la production, la distribution et la possession de pornographie juvénile et en transmettant aux Canadiens le message « que les enfants ont besoin d'être protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels » : *Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328. Le législateur n'a toutefois pas voulu que la loi vise tout matériel théoriquement susceptible d'exposer les enfants à un risque ou de produire des changements de comportement négatifs. Conscient de l'importance de la liberté d'expression dans notre société et des dangers que comporte en matière pénale une disposition imprécise dont la portée est excessive, le législateur a visé principalement des formes évidentes de « pornographie juvénile » : la

defences Parliament indicated that it did not seek to catch all material that might harm children, but only material that poses a reasoned risk of harm to children and, even then, only where the countervailing right of free expression or the public good does not outweigh that risk of harm. With this aim in mind, I turn to s. 163.1.

35 Section 163.1(1) defines child pornography in terms of two categories: (1) visual representations (s. 163.1(1)(a)); and (2) written and visual advocacy and counselling material (s. 163.1(1)(b)). Visual representations include “a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means”. This is broad enough to include drawings, paintings, prints, computer graphics, and sculpture: in short, any non-textual representation that can be perceived visually.

36 A visual representation can constitute child pornography in three ways:

1. By showing a person who is, or is depicted as, being under the age of 18 years and is engaged in, or is depicted as engaged in, explicit sexual activity (s. 163.1(1)(a)(i));

2. By having, as its dominant characteristic, the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 years (s. 163.1(1)(a)(ii)); or

3. By advocating or counselling sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Criminal Code* (s. 163.1(1)(b)).

Written material can constitute child pornography in only the last of these ways (s. 163.1(1)(b)). The

représentation d’une activité sexuelle explicite avec un enfant, la représentation d’organes sexuels ou de la région anale d’un enfant et le matériel préconisant la perpétration de crimes d’ordre sexuel avec des enfants. En prévoyant des réserves et des moyens de défense, le législateur a indiqué qu’il cherchait à viser non pas tout matériel susceptible de causer un préjudice aux enfants, mais seulement le matériel qui expose les enfants à un risque raisonné de préjudice et, encore là, uniquement dans les cas où le droit à la liberté d’expression ou le bien public ne l’emporte pas sur ce risque de préjudice. C’est en gardant à l’esprit cet objectif que j’examine l’art. 163.1.

Le paragraphe 163.1(1) définit la pornographie juvénile selon deux catégories : (1) la représentation (al. 163.1(1)a)) et (2) l’écrit ou la représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle (al. 163.1(1)b)). La représentation comprend « toute représentation pornographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques », ce qui est suffisamment général pour viser les dessins, peintures, gravures, graphiques informatiques ou sculptures, bref, toute représentation non écrite pouvant être perçue visuellement.

Peut constituer de la pornographie juvénile, selon le cas :

1. la représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite (sous-al. 163.1(1)a)(i));

2. la représentation dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d’organes sexuels ou de la région anale d’une personne âgée de moins de 18 ans (sous-al. 163.1(1)a)(ii));

3. la représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans, qui constituerait une infraction au *Code criminel* (al. 163.1(1)b)).

Un écrit ne peut constituer de la pornographie juvénile que dans le dernier cas (al. 163.1(1)b)).

ambit of these provisions depends on the meaning of the terms used.

1. “Person”

In order to constitute child pornography, a visual representation must show, depict, advocate or counsel sexual activity with a “person”. Two issues arise here: (1) does “person” apply only to actual, as opposed to imaginary persons; and (2) does it include the person who possesses the material?

The first issue is important because it governs whether the prohibition on possession is confined to representations of actual persons, or whether it extends to drawings from the imagination, cartoons, or computer generated composites. The available evidence suggests that explicit sexual materials can be harmful whether or not they depict actual children. Moreover, with the quality of contemporary technology, it can be very difficult to distinguish a “real” person from a computer creation or composite. Interpreting “person” in accordance with Parliament’s purpose of criminalizing possession of material that poses a reasoned risk of harm to children, it seems that it should include visual works of the imagination as well as depictions of actual people. Notwithstanding the fact that “person” in the charging section and in s. 163.1(1)(b) refers to a flesh-and-blood person, I conclude that “person” in s. 163.1(1)(a) includes both actual and imaginary human beings.

This definition of child pornography catches depictions of imaginary human beings privately created and kept by the creator. Thus, the prohibition extends to visual expressions of thought and imagination, even in the exceedingly private realm of solitary creation and enjoyment. As will be seen, the private and creative nature of this expression, combined with the unlikelihood of its causing

La portée de ces dispositions dépend du sens des termes employés.

1. « Personne »

Pour être de la pornographie juvénile, la représentation doit montrer, dépeindre, préconiser ou conseiller une activité sexuelle avec une « personne ». Deux questions se posent : premièrement, le mot « personne » s’entend-il uniquement d’une vraie personne, par opposition à une personne fictive? Deuxièmement, s’entend-il également de la personne qui est en possession du matériel?

La première question est importante, car elle permet de déterminer si l’interdiction de la possession se limite à la représentation de vraies personnes, ou si elle vise les dessins issus de l’imagination, les bandes dessinées ou les compositions créées par ordinateur. Selon la preuve présentée, le matériel sexuellement explicite peut être préjudiciable, que les enfants représentés soient de vrais enfants ou non. De plus, en raison de la qualité de la technologie contemporaine, il peut être très difficile de distinguer une « vraie » personne d’un personnage créé par ordinateur. Il semble que, si on l’interprète d’une manière conforme à l’objectif du législateur de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu’un préjudice ne soit causé aux enfants, le mot « personne » devrait viser les œuvres de fiction visuelles tout autant que la représentation de vraies personnes. Bien que le mot « personne », dans la disposition créant l’infraction et à l’al. 163.1(1)(b), s’entende d’un être en chair et en os, je conclus que « personne » à l’al. 163.1(1)(a) désigne les êtres humains réels et les êtres humains imaginaires.

Cette définition de la pornographie juvénile vise les représentations d’êtres humains imaginaires créées et conservées privément par leur auteur. L’interdiction s’étend donc aux expressions visuelles de la pensée et de l’imagination, même dans le domaine extrêmement privé de la création et de l’utilisation solitaires. Comme nous le verrons, la nature privée et créative de cette forme d’expression, conjuguée à l’improbabilité qu’elle cause un préjudice aux enfants, est source de pro-

37

38

39

harm to children, creates problems for the law's constitutionality.

40

The second issue is whether "person", as the term is used in s. 163.1(1)(a), includes the person who possesses the material. That is, does the definition of "child pornography" catch "auto-depictions" — for example, sexually explicit photographs a person has taken of him- or herself alone? Given that Parliament has not qualified or limited the definition of "person" in s. 163.1(1)(a), I conclude that Parliament intended to catch such auto-depictions, even where the person making the depiction, although under 18, does not appear to be a child, and intends to keep the depiction entirely in his or her own possession. This too creates constitutional problems, as we will see.

41

The legislation defines children to include all those under the age of 18. This doubtless reflects Parliament's concern that older teenagers may look or be made to look like children. However, this age limit extends the reach of the law to material beyond the ordinary conception of child pornography. For example, it raises the possibility that teenagers, perhaps even married teenagers, could be charged and imprisoned for taking and keeping photos or videos of themselves engaged in lawful sexual acts, even if those materials were intended exclusively for their own personal use. This prohibition engages the value of self-fulfilment and may be difficult to link to a reasoned risk of harm to children, again raising particularly troubling constitutional concerns.

2. "Depicted"

42

Section 163.1(1)(a)(i) brings within the definition of child pornography a visual representation of a person "who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity"

blèmes quant à la constitutionnalité de la disposition.

La seconde question est de savoir si le mot « personne » utilisé à l'al. 163.1(1)a) s'entend également de la personne qui a le matériel en sa possession. La définition de la « pornographie juvénile » s'applique-t-elle à la « représentation de soi » — par exemple, à des photos à caractère sexuel explicite qu'une personne a prises d'elle-même seule? Comme le législateur n'a pas restreint ni limité la définition du mot « personne » à l'al. 163.1(1)a), je conclus qu'il a voulu viser de telles représentations de soi, même dans le cas où la personne qui en est l'auteur, bien qu'elle ait moins de 18 ans, ne semble pas être un enfant et a l'intention de conserver ces représentations en sa stricte possession. Cela aussi est source de problèmes constitutionnels, comme nous le verrons.

Selon la définition donnée par la disposition législative, toutes les personnes de moins de 18 ans sont des enfants. Cela reflète sans aucun doute la crainte du législateur que des adolescents plus âgés puissent avoir l'air d'enfants ou qu'ils soient présentés comme tels. Cette limite d'âge étend toutefois la portée de la disposition à du matériel qui sort de la conception ordinaire que l'on se fait de la pornographie juvénile. Par exemple, elle soulève la possibilité que des adolescents, peut-être même des adolescents mariés, soient accusés et incarcérés pour avoir pris des photos ou effectué des enregistrements vidéo d'eux-mêmes se livrant à des activités sexuelles légales et pour avoir conservé ce matériel, même s'ils étaient destinés à leur usage personnel exclusif. Cette interdiction fait intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et peut être difficile à relier à la crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, ce qui soulève encore une fois des préoccupations constitutionnelles particulièrement troublantes.

2. « Présentée »

Suivant le sous-al. 163.1(1)a)(i), la pornographie juvénile s'entend de la représentation d'une personne « âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite »

(emphasis added). Does “depicted” mean: (a) intended by the maker to depict; (b) perceived by the possessor as depicting; or (c) seen as being depicted by a reasonable observer?

The first and second interpretations are inconsistent with Parliament’s objective of preventing harm to children through sexual abuse. The danger associated with the representation does not depend on what was in the mind of the maker or the possessor, but in the capacity of the representation to be used for purposes like seduction. It is the meaning which is conveyed by the material which is critical, not necessarily the meaning that the author intended to convey. Moreover, it would be virtually impossible to prove what was in the mind of the producer or possessor. On the second alternative, the same material could be child pornography in the possession of one person and innocent material in the hands of another. Yet the statute makes it an offence for anyone to possess such material, not just those who see it as depicting children. The only workable approach is to read “depicted” in the sense of what would be conveyed to a reasonable observer. The test must be objective, based on the depiction rather than what was in the mind of the author or possessor. The question is this: would a reasonable observer perceive the person in the representation as being under 18 and engaged in explicit sexual activity?

3. “Explicit Sexual Activity”

Section 163.1(1)(a)(i) catches visual representations of “explicit sexual activity”. Sexual activity spans a large spectrum, ranging from the flirtatious glance at one end, through touching of body parts incidentally related to sex, like hair, lips and breasts, to sexual intercourse and touching of the genitals and the anal region. The question is where on this spectrum Parliament intended to place the boundary between material that may be lawfully possessed and material that may not be lawfully possessed. A number of indications suggest that Parliament intended to draw the line at the extreme end of the spectrum concerned with depictions of

(je souligne). Le terme « présentée » renvoie-t-il a) à l’intention de l’auteur, b) à la perception du possesseur ou c) à la perception d’un observateur raisonnable?

La première et la deuxième interprétations sont incompatibles avec l’objectif du législateur de prévenir le préjudice causé aux enfants par l’exploitation sexuelle. Le risque lié à la représentation dépend non pas de ce que l’auteur ou le possesseur avait en tête, mais de la possibilité que la représentation serve à des fins comme la séduction. C’est le message transmis par le matériel qui importe, et pas nécessairement ce que l’auteur a voulu exprimer. De plus, il serait pratiquement impossible d’établir ce que le producteur ou le possesseur avait en tête. Quant à la deuxième option, le même matériel pourrait constituer de la pornographie juvénile entre les mains d’une personne et être inoffensif entre les mains d’une autre. Pourtant, la loi précise que commet une infraction quiconque a en sa possession du matériel de ce genre, et non seulement la personne qui y voit la représentation d’un enfant. La seule solution réaliste est d’entendre « présentée » au sens de ce qu’y verrait un observateur raisonnable. Le critère doit être objectif et fondé sur ce qui est présenté, et non sur ce que l’auteur ou le possesseur avait en tête. La question qui se pose est la suivante : Un observateur raisonnable considérerait-il que la personne représentée a moins de 18 ans et se livre à une activité sexuelle explicite?

3. « Activité sexuelle explicite »

Le sous-alinéa 163.1(1)a)(i) vise la représentation d’une « activité sexuelle explicite ». L’activité sexuelle s’entend d’un large éventail d’activités allant du simple regard enjôleur jusqu’à la relation sexuelle et à l’attouchement des organes génitaux et de la région anale, en passant par la caresse de parties du corps revêtant un caractère sexuel secondaire, comme les cheveux, les lèvres et les seins. Il s’agit de savoir où le législateur a voulu tracer la ligne entre le matériel dont la possession peut être légale et celui dont la possession peut être illégale. Un certain nombre d’éléments indiquent que le législateur a voulu tracer la ligne à l’extré-

43

44

intimate sexual activity represented in a graphic and unambiguous manner.

45 The first indication is Parliament's use of the word "explicit" to describe the activity depicted. Parliament could have simply referred to "sexual activity". Instead, it chose "explicit sexual activity". "Explicit" must be given meaning. According to the *Canadian Oxford Dictionary* (1998), "explicit" in the context of sexual acts means "describing or representing nudity or intimate sexual activity". Similarly, "explicit" according to the *New Oxford Dictionary of English* (1998) means "describing or representing sexual activity in a graphic fashion". This suggests that the law catches only depictions of sexual intercourse and other non-trivial sexual acts.

46 This restricted meaning is supported by the fact that in creating other offences, like sexual assault, Parliament uses the word "sexual" without any modifiers. To constitute sexual assault, the sexual aspect of the contact must be clear. The addition of the modifier "explicit" in s. 163.1 suggests that this at least is required.

47 A restrained interpretation of "explicit sexual activity" is also supported by reading s. 163.1(1)(a)(i) and s. 163.1(1)(a)(ii) together. They are designed to cover two types of depiction: (i) the depiction of explicit sexual activity; and (ii) the static depiction of the sexual organs or anal regions of children. Subparagraph (ii) clearly indicates that Parliament's concern was with visual representations near the extreme end of the spectrum. While it is possible in the abstract to argue that Parliament intended a much broader sweep for subpara. (i) than for (ii), it seems more likely that Parliament was seeking to catch in subpara. (i) the activity-related counterpart to subpara. (ii).

mité de l'éventail correspondant à la représentation détaillée et non équivoque de l'activité sexuelle intime.

Le premier indice est l'emploi du mot « explicite » pour décrire l'activité représentée. Le législateur aurait pu parler simplement d'« activité sexuelle », mais il a opté pour « activité sexuelle explicite ». Il faut définir le terme « explicite ». Selon le *Canadian Oxford Dictionary* (1998), le terme anglais « explicit » (« explicite »), dans le contexte de l'activité sexuelle, s'entend d'une [TRADUCTION] « description ou représentation de la nudité ou de l'activité sexuelle intime ». Le *New Oxford Dictionary of English* (1998) le définit également comme étant [TRADUCTION] « la description ou la représentation de l'activité sexuelle d'une manière détaillée ». Cela porte à croire que la disposition ne s'applique qu'à la représentation de rapports sexuels et autres actes sexuels non anodins.

Ce sens restreint est étayé par le fait qu'en créant d'autres infractions, comme l'agression sexuelle, le législateur emploie le terme « sexuel » ou « sexuelle » sans autre précision. Pour qu'il y ait agression sexuelle, le caractère sexuel du contact doit être évident. L'ajout de l'adjectif « explicite » à l'art. 163.1 indique que cet élément au moins doit être présent.

L'interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle explicite » est aussi étayée par l'interprétation corrélatrice du sous-al. 163.1(1)a(i) et du sous-al. 163.1(1)a(ii). Ces sous-alinéas visent deux sortes de représentation : (i) la représentation d'une activité sexuelle explicite et (ii) la représentation fixe des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le sous-alinéa (ii) indique clairement que le législateur a voulu s'attaquer à la représentation d'actes situés presque à l'extrémité de l'éventail. Même si on peut théoriquement soutenir que le législateur a voulu que le sous-al. (i) ait une portée beaucoup plus large que le sous-al. (ii), il semble plus vraisemblable qu'il voulait que le sous-al. (i) s'applique à la contrepartie du sous-al. (ii) relative aux activités.

Finally, Parliament's goal of preventing harm to children related to child pornography supports a restrained interpretation of "explicit sexual activity". The evidence suggests that harm to children produced by child pornography arises from depictions of explicit sexual acts with children at the extreme end of the spectrum. The literature on harm focuses mainly on depictions of sexual activity involving nudity and portrayal of the sexual organs and anal region. It is reasonable to conclude that this sort of material was uppermost in Parliament's mind when it adopted this law.

I conclude that "explicit sexual activity" refers to acts which viewed objectively fall at the extreme end of the spectrum of sexual activity — acts involving nudity or intimate sexual activity, represented in a graphic and unambiguous fashion, with persons under or depicted as under 18 years of age. The law does not catch possession of visual material depicting only casual sexual contact, like touching, kissing, or hugging, since these are not depictions of nudity or intimate sexual activity. Certainly, a photo of teenagers kissing at summer camp will not be caught. At its furthest reach, the section might catch a video of a caress of an adolescent girl's naked breast, but only if the activity is graphically depicted and unmistakably sexual. (For a discussion of such concerns see B. Blugerman and L. May, "The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128" (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.)

4. "Dominant Characteristic" and "Sexual Purpose"

The objective approach should also be applied to the term "dominant characteristic" in s. 163.1(1)(a)(ii), which targets possession of visual material whose "dominant characteristic" is "the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of

48
Enfin, l'objectif du législateur de prévenir le préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile appuie l'interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle explicite ». Selon la preuve, le préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile est imputable aux représentations d'actes sexuels explicites avec des enfants, situées à l'extrémité de l'éventail. La littérature relative au préjudice met principalement l'accent sur la représentation de l'activité sexuelle comportant la nudité et la représentation des organes sexuels et de la région anale. Il est raisonnable de conclure que c'est à ce genre de matériel que le législateur a surtout voulu s'attaquer en adoptant cette disposition.

49
Je conclus que l'expression « activité sexuelle explicite » s'entend des actes qui, considérés objectivement, se situent à l'extrémité de l'éventail des activités sexuelles, à savoir les actes comportant la nudité ou des activités sexuelles intimes, représentés de manière détaillée et non équivoque, avec une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle. La disposition n'interdit pas la possession de matériel visuel représentant seulement des contacts sexuels anodins, comme l'attouchement, le baiser ou l'étreinte, étant donné qu'on n'y dépeint aucune nudité ni aucune activité sexuelle intime. La photo d'adolescents échangeant un baiser à la colonie de vacances n'est sûrement pas visée. À l'extrême limite, la disposition pourrait s'appliquer à une bande vidéo dans laquelle les seins nus d'une adolescente sont caressés, mais seulement si l'activité est représentée de manière détaillée et revêt indéniablement un caractère sexuel. (À cet égard, voir l'analyse de B. Blugerman et L. May, « The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128 » (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.)

4. « Caractéristique dominante » et « but sexuel »

50
Il faut également analyser de façon objective l'expression « caractéristique dominante » au sous-al. 163.1(1)(a)(ii), qui vise la possession de matériel visuel dont « la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée

eighteen years”. The question is whether a reasonable viewer, looking at the depiction objectively and in context, would see its “dominant characteristic” as the depiction of the child’s sexual organ or anal region. The same applies to the phrase “for a sexual purpose”, which I would interpret in the sense of reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers.

de moins de dix-huit ans ». Il s’agit de déterminer si une personne raisonnable qui considérerait la représentation de manière objective et en contexte conclurait que sa « caractéristique dominante » est la représentation des organes sexuels ou de la région anale de l’enfant. Il en va de même de l’expression « dans un but sexuel », qui s’entend selon moi de ce qui est raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes.

51 Family photos of naked children, viewed objectively, generally do not have as their “dominant characteristic” the depiction of a sexual organ or anal region “for a sexual purpose”. Placing a photo in an album of sexual photos and adding a sexual caption could change its meaning such that its dominant characteristic or purpose becomes unmistakably sexual in the view of a reasonable objective observer: see *R. v. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL) (S.C.), at paras. 16-17. Absent evidence indicating a dominant prurient purpose, a photo of a child in the bath will not be caught. To secure a conviction the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the “dominant characteristic” of the picture is a depiction of the sexual organ or anal region “for a sexual purpose”. If there is a reasonable doubt, the accused must be acquitted.

D’un point de vue objectif, la « caractéristique dominante » des photos de famille représentant des enfants nus n’est généralement pas la représentation, « dans un but sexuel », d’organes sexuels ou de la région anale d’un enfant. Placer la photo dans un album de photos à caractère sexuel et ajouter une légende à connotation sexuelle est susceptible d’en modifier le sens et de faire en sorte qu’un observateur objectif et raisonnable considérera que sa caractéristique ou fin dominante est indéniablement sexuelle : voir *R. c. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL) (C.S.), par. 16-17. À défaut d’une preuve indiquant l’existence d’une fin lubrique dominante, la photo d’un enfant dans une baignoire n’est pas visée. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public doit prouver, hors de tout doute raisonnable, que la « caractéristique dominante » de la photo est la représentation, « dans un but sexuel », d’organes sexuels ou de la région anale. S’il existe un doute raisonnable, l’accusé doit être acquitté.

5. “Sexual Organ”

5. « Organes sexuels »

52 Section 163.1(1)(a)(ii) catches static depictions for a sexual purpose of the “sexual organ” or “anal region” of a person under 18 years, provided this is the dominant characteristic of the representation. This raises the question of the meaning of “sexual organ”.

Le sous-alinéa 163.1(1)(a)(ii) vise la représentation fixe, dans un but sexuel, d’« organes sexuels » ou de la « région anale » d’une personne âgée de moins de 18 ans, pourvu qu’il s’agisse de la caractéristique dominante de la représentation. Cela soulève la question du sens à donner à l’expression « organes sexuels ».

53 Prudence suggests leaving the precise content of “sexual organ” to future case-law. However, no one suggests that s. 163.1(1)(a)(ii) was designed to catch depictions of eyes or lips. Parliament’s purpose of targeting possession of material associated with a reasoned risk of harm to children suggests a restrained interpretation of “sexual organ” in sub-

Il serait prudent de laisser à la jurisprudence future le soin de définir précisément cette expression. Cependant, nul ne prétend que le sous-al. 163.1(1)(a)(ii) vise la représentation des yeux ou des lèvres. La volonté du législateur d’interdire la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu’un préjudice ne soit causé aux enfants

para. (ii), similar to that discussed above with respect to subpara. (i).

6. Written Material: "Advocates or counsels"

The second category of child pornography caught by s. 163.1(1) is "any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act".

This section is more limited than the definition of visual pornography in s. 163.1(1)(a), which captures sexual "representation[s]" of children. Section 163.1(1)(b) is confined to material relating to activity that would be a crime under the *Criminal Code*. Moreover, it is confined to material that "counsels" or "advocates" such crimes. On its face, it appears to be aimed at combating written and visual material that actively promotes the commission of sexual offences with children.

At stake is not whether the maker or possessor of the material intended to advocate or counsel the crime, but whether the material, viewed objectively, advocates or counsels the crime. "Advocate" is not defined in the *Criminal Code*. "Counsel" is dealt with only in connection with the counseling of an offence: s. 22 of the *Criminal Code*, where it is stated to include "procure, solicit or incite". "Counsel" can mean simply to advise; however in criminal law it has been given the stronger meaning of actively inducing: see *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (N.B.C.A.), at p. 180, *per* Ayles J.A. While s. 22 refers to a person's actions and s. 163.1(1)(b) refers to material, it seems reasonable to conclude that in order to meet the requirement of "advocates" or "counsels", the material, viewed objectively, must be seen as "actively inducing" or encouraging the described offences with children. Again, Parliament's purpose of capturing material causing a reasoned risk of harm to children may offer gui-

indique qu'il faut donner à l'expression « organes sexuels » utilisée au sous-al. (ii) une interprétation restrictive similaire à celle analysée plus haut relativement au sous-al. (i).

6. Écrit qui « préconise ou conseille »

La deuxième catégorie de pornographie juvénile visée par le par. 163.1(1) comprend « tout écrit ou [...] toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi ».

Cette disposition a une portée plus restreinte que la définition de la pornographie visuelle à l'al. 163.1(1)a), laquelle englobe toute « représentation » à connotation sexuelle d'un enfant. L'alinéa 163.1(1)b) ne vise que le matériel se rapportant à une activité qui constituerait un crime au sens du *Code criminel*. En outre, il ne vise que le matériel qui « préconise » ou « conseille » la perpétration de tels crimes. De prime abord, l'objectif de cet alinéa semble être de lutter contre l'écrit et la représentation qui encouragent activement la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants.

Il s'agit de savoir non pas si l'auteur ou le possesseur du matériel a voulu préconiser ou conseiller la perpétration du crime, mais si, pris objectivement, le matériel préconise ou conseille la perpétration de ce crime. « Préconiser » n'est pas défini dans le *Code criminel*. « Conseiller » n'est traité qu'à l'art. 22 du *Code criminel* (conseiller de commettre une infraction) qui précise que « conseiller » s'entend « d'amener et d'inciter », et « conseil » de « l'encouragement visant à amener ou à inciter ». « Conseiller » peut simplement vouloir dire recommander, mais en droit criminel, on lui donne le sens plus fort d'encourager activement : voir *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (C.A.N.-B.), p. 180, le juge Ayles. Bien que l'art. 22 renvoie aux actes d'une personne, et l'al. 163.1(1)b) à du matériel, il semble raisonnable de supposer que, pour qu'il « préconise » ou « conseille », le matériel, pris objectivement, doit « encourager activement » la perpétration des infractions commises avec des enfants qui sont

54

55

56

dance. The mere description of the criminal act is not caught. Rather, the prohibition is against material that, viewed objectively, sends the message that sex with children can and should be pursued.

représentées. Là encore, l'intention du législateur de viser le matériel qui suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants peut indiquer la voie à suivre. La simple description de l'acte criminel n'est pas visée. L'interdiction porte plutôt sur du matériel qui, considéré objectivement, transmet le message qu'on peut et qu'on devrait avoir des rapports sexuels avec des enfants.

57

Without suggesting that the distinction is easy to apply in practice, a purposive approach appears to exclude many of the alleged examples of the law's overbreadth. For instance, works aimed at description and exploration of various aspects of life that incidentally touch on illegal acts with children are unlikely to be caught. While Nabokov's *Lolita*, Boccaccio's *Decameron*, and Plato's *Symposium* portray or discuss sexual activities with children, on an objective view they cannot be said to advocate or counsel such conduct in the sense of actively inducing or encouraging it. Nor would the section catch political advocacy for lowering the age of consent because such advocacy would not promote the commission of an offence but the amendment of the law. Likewise, an anthropological work discussing the sexual practices of adolescents in other cultures and describing such adolescents as well-adjusted and healthy would not be caught because it would be merely descriptive as opposed to advocating or counselling illegal acts. I note that in any event these examples would likely fall within the artistic merit, medical, educational, scientific, or public good defences, discussed below.

Sans laisser entendre que la distinction est facile à faire en pratique, l'analyse fondée sur l'objet visé paraît exclure bon nombre d'exemples de situations qui illustreraient la portée excessive de la disposition. Par exemple, les œuvres vouées à la description et à l'exploration de différents aspects de la vie qui, de manière incidente, font état d'actes illégaux accomplis avec des enfants ne sont vraisemblablement pas visées. Même si *Lolita* de Nabokov, *Decameron* de Boccaccio et le *Banquet* de Platon représentent ou analysent des activités sexuelles avec des enfants, on ne saurait dire, objectivement, que ces œuvres préconisent ou conseillent un tel comportement au sens de l'encourager activement. La disposition ne s'appliquerait pas non plus à la défense, sur le plan politique, de l'abaissement de l'âge du consentement valide, du fait que cette défense préconiserait non pas la perpétration d'une infraction, mais plutôt la modification de la loi. De même, un ouvrage d'anthropologie analysant les pratiques sexuelles d'adolescents d'autres cultures et les présentant comme étant bien adaptés et en santé ne serait pas visé, car il ne ferait que décrire une situation au lieu de préconiser ou conseiller l'accomplissement d'actes illégaux. Je constate que, de toute façon, ces exemples relèveraient probablement des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical ou encore sur le bien public, qui sont analysés plus loin.

58

It must also be remembered that it is only the advocating or counselling of sexual activity with a person under the age of 18 that would be an offence under the *Criminal Code* that is captured by this part of the definition of child pornography. Many of the sexual offences in the *Code* apply only to sexual activity involving an individual

Il faut aussi se rappeler que seul le fait de préconiser ou de conseiller une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans constituerait une infraction au *Code criminel* visée par cette partie de la définition de la pornographie juvénile. De nombreuses infractions d'ordre sexuel prévues par le *Code* ne s'appliquent qu'à l'activité sexuelle

under the age of 14. For instance, the offences of sexual interference (s. 151) and invitation to sexual touching (s. 152) apply only when individuals 13 or under are involved, unless the person doing the touching or inviting is in a position of trust or authority (s. 153). Advocating the consensual sexual touching of a 16-year-old is not an offence under s. 151 and therefore would not be caught by this part of the child pornography definition. However, advocating such touching by, for example, a teacher or hockey coach, is an offence and would be caught. Similarly, inviting a 14-year-old to consensually sexually touch another person is not an offence under s. 152 and would also not be caught (subject to the same position of trust or authority exception). Finally, advocating consensual vaginal intercourse with a 15-year-old is not an offence, as the age of consent is 14. Written materials or visual representations that advocate or counsel such acts of intercourse are therefore also not caught by s. 163.1(1)(b).

However, it must be observed that the provision is broad enough to capture written works created by the author alone, solely for his or her own eyes. For example, the law could arguably extend to a teenager's favourable diary account of a sexual encounter. The interpretations of "advocates or counsels" and the fact that the description must be of an unlawful act reduce the likelihood of this happening. Nevertheless, the possibility remains that a teenager's private account of a sexual encounter could be caught. This example, like that of a drawing made and kept exclusively by the accused, engages the value of private self-fulfilment and appears to pose little real risk of harm to children, rendering it constitutionally problematic.

7. The Defences

In addition to limiting the ambit of the definition of child pornography, Parliament created a number

impliquant une personne de moins de 14 ans. Par exemple, les contacts sexuels (art. 151) et l'incitation à des contacts sexuels (art. 152) ne s'appliquent que si des personnes de 13 ans ou moins sont en cause, à moins que l'auteur de l'attouchement ou de l'incitation ne soit une personne en situation d'autorité ou de confiance (art. 153). Préconiser le contact sexuel consensuel avec une personne de 16 ans n'est pas une infraction à l'art. 151 et ne serait donc pas visé par cette partie de la définition de la pornographie juvénile. Toutefois, préconiser ce genre de contact par un enseignant ou un entraîneur de hockey, notamment, est une infraction et serait visé. De même, inviter un jeune de 14 ans à avoir un contact sexuel consensuel avec une autre personne n'est pas une infraction à l'art. 152 et ne serait pas visé non plus (sous réserve de la même exception relative à la personne en situation d'autorité ou de confiance). Enfin, préconiser des relations vaginales consensuelles avec une personne de 15 ans n'est pas une infraction puisque l'âge du consentement valide est de 14 ans. Les écrits ou les représentations qui préconisent ou conseillent de tels rapports sexuels ne sont donc pas visés par l'al. 163.1(1)(b).

Il faut toutefois noter que la disposition a une portée suffisamment large pour viser les écrits créés uniquement par l'auteur et destinés exclusivement à son usage personnel. Par exemple, on pourrait soutenir que la disposition s'applique même à la partie d'un journal intime dans laquelle un adolescent relaterait positivement une aventure sexuelle. L'interprétation des mots « préconise ou conseille » et le fait qu'il doit s'agir de la description d'un acte illégal diminuent les chances que cela se produise. Il reste cependant que le récit privé d'une aventure sexuelle par un adolescent pourrait être visé. Cet exemple, comme celui d'un dessin effectué et conservé uniquement par l'accusé, fait intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et ne semble exposer les enfants qu'à un faible risque réel de préjudice, ce qui le rend constitutionnellement problématique.

7. Les moyens de défense

En plus de restreindre la portée de la définition de la pornographie juvénile, le législateur a prévu

of defences. In so doing, Parliament recognized that the law could unduly impinge on some of the values protected by the guarantee of free expression, like artistic creativity, education, medical research, or other public purposes, and sought to provide protection for activities furthering these values. The defences should be liberally construed with this purpose in mind.

(a) *The Defence of Artistic Merit*

61

Section 163.1(6) provides a defence for a representation or written material that constitutes child pornography if it has “artistic merit”. Three issues arise regarding the ambit of this defence: (1) the meaning of “artistic merit”; (2) whether artistic works must conform to “community standards” in order to gain the protection of the defence; and (3) the procedure for considering the defence. When construing the defence of artistic merit, we must keep in mind the admonition of Sopinka J. in *Butler*, *supra*, at p. 486: “Artistic expression rests at the heart of freedom of expression values and any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression.” Simply put, the defence must be construed broadly.

62

The first question is what the defence covers. It seems clear the defence must be established objectively, since Parliament cannot have intended a bare assertion of artistic merit to provide a defence. This leaves two possibilities. First, “artistic merit” may refer to the quality of the work in the opinion of objective observers. It is not uncommon in everyday discourse to say of a work of art that, although it is genuinely art, it possesses little or no “artistic merit”. If “artistic merit” is used in this sense, then the task of the court would be to determine how good the work of art was. Art students learning their craft, inept artists and artists breaking conventions to establish new idioms might well find their work classified as lacking “artistic merit” and hence lose the benefit of the

un certain nombre de moyens de défense. Ce faisant, il a reconnu que la disposition pourrait porter indûment atteinte à certaines valeurs protégées par la garantie de la liberté d’expression, telles la créativité artistique, l’éducation, la recherche médicale et d’autres fins publiques, et il a tenté de protéger les activités qui servent ces valeurs. Les moyens de défense doivent être interprétés libéralement en gardant ce but à l’esprit.

a) *Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique*

Le paragraphe 163.1(6) prévoit un moyen de défense à l’égard de l’écrit ou de la représentation qui constitue de la pornographie juvénile, mais qui a une « valeur artistique ». Trois questions se posent au sujet de sa portée : (1) Que signifie l’expression « valeur artistique »? (2) L’œuvre artistique doit-elle être conforme aux «normes sociales» pour que le moyen de défense puisse être invoqué à son égard? (3) Quelle procédure faut-il suivre pour examiner ce moyen de défense? Nous devons interpréter le moyen de défense fondé sur la valeur artistique en nous rappelant la mise en garde du juge Sopinka dans l’arrêt *Butler*, précité, p. 486 : « L’expression artistique est au cœur des valeurs relatives à la liberté d’expression et tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d’expression ». Cela veut simplement dire que ce moyen de défense doit être interprété largement.

La première question est de savoir ce que vise le moyen de défense. Il semble clair qu’il doit être établi de manière objective, étant donné que le législateur n’a pu vouloir que le simple fait d’invoquer la valeur artistique constitue un moyen de défense. Deux possibilités s’offrent donc. Premièrement, la « valeur artistique » peut s’entendre de la qualité de l’œuvre selon l’observateur objectif. Il n’est pas rare, dans la vie de tous les jours, qu’on dise d’une œuvre d’art que, même si elle constitue véritablement de l’art, elle n’a aucune « valeur artistique » ou en a très peu. Si l’expression « valeur artistique » est utilisée dans ce sens, il incombe alors au tribunal d’évaluer la qualité de l’œuvre d’art. L’étudiant qui fait l’apprentissage d’un art, l’artiste inepte ou l’artiste qui rompt avec

defence. On the assumption that this was the meaning of “artistic merit”, it was argued that the defence is too limited and arbitrary to protect artistic expression adequately.

The second meaning that can be ascribed to “artistic merit” is “possessing the quality of art”, or “artistic character”. On this meaning, a person who produces art of any kind is protected, however crude or immature the result of the effort in the eyes of the objective beholder. This interpretation seems more consistent with what Parliament intended. It is hard to conceive of Parliament wishing to make criminality depend on the worth of the accused’s art. It would be discriminatory and irrational to permit a good artist to escape criminality, while criminalizing less fashionable, less able or less conventional artists. Such an interpretation would run counter to the need to give the defence a broad and generous meaning. I conclude that “artistic merit” should be interpreted as including any expression that may reasonably be viewed as art. Any objectively established artistic value, however small, suffices to support the defence. Simply put, artists, so long as they are producing art, should not fear prosecution under s. 163.1(4).

What may reasonably be viewed as art is admittedly a difficult question — one that philosophers have pondered through the ages. Although it is generally accepted that “art” includes the production, according to aesthetic principles, of works of the imagination, imitation or design (*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 120), the question of whether a particular drawing, film or text is art must be left to the trial judge to determine on the basis of a variety of factors. The subjective intention of the creator will be relevant, although it is unlikely to be conclusive. The form and content of the work

les conventions pour établir un nouveau mode d’expression pourrait se faire dire que son œuvre manque de « valeur artistique » et donc être incapable de se prévaloir du moyen de défense. En tenant pour acquis que tel était le sens de l’expression « valeur artistique », on a fait valoir que le moyen de défense est trop restreint et arbitraire pour protéger adéquatement l’expression artistique.

Le deuxième sens qui peut être donné à l’expression « valeur artistique » est « qui possède la qualité reconnue à l’art » ou « qui participe de l’art ». Selon ce sens, tout créateur d’art quel qu’il soit est protégé même si ses efforts produisent une œuvre grossière ou immature selon l’observateur objectif. Cette interprétation paraît davantage compatible avec l’intention du législateur, car on imagine difficilement qu’il a voulu assujettir la responsabilité criminelle à la valeur de l’art de l’accusé. Il serait discriminatoire et irrationnel de permettre à un bon artiste d’échapper à la responsabilité criminelle mais d’incriminer un artiste plus marginal, moins talentueux ou moins conformiste. Une telle interprétation irait à l’encontre de la nécessité d’interpréter le moyen de défense d’une manière large et libérale. Je conclus que les mots « valeur artistique » doivent s’entendre de toute forme d’expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l’art. Toute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle, suffit à fonder le moyen de défense. Tant qu’il produit de l’art, l’artiste ne devrait tout simplement pas craindre d’être poursuivi en vertu du par. 163.1(4).

La question de savoir ce qui peut raisonnablement être considéré comme de l’art est certes difficile et fait depuis toujours réfléchir les philosophes. Bien qu’il soit généralement admis que l’« art » s’entend notamment de la production, selon des principes esthétiques, d’œuvres émanant de l’imagination, imitées ou originales (*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 120), la question de savoir si un dessin, un film ou un texte en particulier est de l’art doit être tranchée par le juge du procès, compte tenu de toute une gamme de facteurs. L’intention subjective du créateur sera pertinente, mais

may provide evidence as to whether it is art. Its connections with artistic conventions, traditions or styles may also be a factor. The opinion of experts on the subject may be helpful. Other factors, like the mode of production, display and distribution, may shed light on whether the depiction or writing possesses artistic value. It may be, as the case law develops, that the factors to be considered will be refined.

probablement non concluante. La forme et la teneur de l'œuvre peuvent permettre de déterminer s'il s'agit d'art. Ses liens avec des conventions, traditions ou styles artistiques peuvent également être un facteur à considérer. L'avis d'un expert sur le sujet peut être utile. D'autres facteurs comme le mode de production, de présentation et de distribution peuvent aider à déterminer si l'écrit ou la représentation a une valeur artistique. Il se peut qu'avec l'évolution de la jurisprudence l'identité des facteurs à considérer se précise.

65

This brings me to the issue of whether the defence incorporates a community tolerance standard. In *Ontario (Attorney General) v. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), McCombs J. interpreted s. 163.1(6) as importing a requirement that material, to have artistic merit, must comport with community standards in the sense of not posing a risk of harm to children. I am not persuaded that we should read a community standards qualification into the defence. To do so would involve reading in a qualification that Parliament has not stated. Further, reading in the qualification of conformity with community standards would run counter to the logic of the defence, namely that artistic merit outweighs any harm that might result from the sexual representations of children in the work. Most material caught by the definition of child pornography could pose a potential risk of harm to children. To restrict the artistic merit defence to material posing no risk of harm to children would defeat the purpose of the defence. Parliament clearly intended that some pornographic and possibly harmful works would escape prosecution on the basis of this defence; otherwise there is no need for it.

Ceci nous amène à la question de savoir si le moyen de défense comporte une norme sociale de tolérance. Dans *Ontario (Attorney General) c. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge McCombs a conclu que le par. 163.1(6) signifie que, pour avoir une valeur artistique, le matériel doit être conforme aux normes sociales en ce sens qu'il ne doit pas exposer les enfants à un préjudice. Je ne suis pas convaincue qu'il y ait lieu de considérer que ce moyen de défense comporte une restriction fondée sur les normes sociales, car cela reviendrait à inclure une condition que le législateur n'a pas formulée. En outre, il serait contraire à la logique du moyen de défense de considérer qu'il comporte la condition de la conformité aux normes sociales, laquelle logique veut que la valeur artistique l'emporte sur le préjudice susceptible de résulter de la représentation à caractère sexuel d'un enfant dans l'œuvre. La majeure partie du matériel visé par la définition de la pornographie juvénile est susceptible de causer un préjudice aux enfants. Restreindre le moyen de défense fondé sur la valeur artistique à ce qui n'expose les enfants à aucun risque de préjudice contrecarrerait l'objet de ce moyen de défense. Le législateur a manifestement voulu que certaines œuvres pornographiques susceptibles d'être préjudiciables échappent à toutes poursuites grâce à ce moyen de défense, qui autrement n'aurait aucune utilité.

66

The third issue is how the artistic merit defence functions procedurally. The test, as mentioned, is objective. The wording of the section suggests that it functions in the same manner as other defences such as self defence, provocation or necessity. The

La troisième question est la procédure à suivre à l'égard du moyen de défense fondé sur la valeur artistique. Comme nous l'avons vu, le critère est objectif. Le libellé de la disposition indique qu'elle s'applique de la même façon que d'autres moyens

accused raises the defence by pointing to facts capable of supporting it (generally something more than a bare assertion that the creator subjectively intended to create art), at which point the Crown must disprove the defence beyond a reasonable doubt: see *Langer, supra*.

I add this footnote. The statutory defence of artistic merit to a charge of possession of child pornography is conceptually different from the defence of artistic merit to a charge of obscenity under s. 163 of the *Criminal Code*. With respect to s. 163, the meaning of obscenity and the defence of artistic merit are largely judicial creations. It turns on whether the sexual portrayal is the dominant purpose of the work, on the one hand, or essential to a wider artistic purpose, on the other (the internal necessities test). It also asks whether the sexual aspect of the work, viewed in context, would meet community standards of tolerance. The definition of child pornography, by contrast, stands independent of the defence of artistic merit, making the language of “internal necessity” and the logic of “either obscenity or art” inapposite. For this reason, and with the greatest respect for the contrary view expressed by McCombs J. in *Langer, supra*, I do not find it incongruous to interpret the defence of artistic merit to the child pornography offences differently from that developed under the obscenity provisions.

(b) *The Defence of “Educational, Scientific or Medical Purpose”*

Section 163.1(6) creates a defence for material that serves a medical, educational or scientific purpose. This refers to the purpose the material, viewed objectively, may serve, not the purpose for which the possessor actually holds it. How the material was produced or is possessed is obviously

de défense, telles la légitime défense, la provocation ou la nécessité. L'accusé invoque le moyen de défense en signalant des faits susceptibles de l'étayer (qui représentent généralement plus qu'une simple assertion que l'auteur a voulu subjectivement créer de l'art), après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense : voir *Langer, précité*.

J'ajoute une précision. Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique que prévoit la loi dans le cas d'une accusation de possession de pornographie juvénile diffère, sur le plan conceptuel, du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui peut être invoqué dans le cas d'une accusation d'obscénité portée en vertu de l'art. 163 du *Code criminel*. En ce qui concerne ce dernier article, la sens de l'obscénité et la défense fondée sur la valeur artistique résultent dans une large mesure de la jurisprudence. Il dépend de la question de savoir, d'une part, si la représentation sexuelle est l'objectif dominant de l'œuvre ou, d'autre part, si elle est essentielle à un objectif artistique plus large (le critère des besoins internes). Il faut aussi se demander si, compte tenu du contexte, l'aspect sexuel de l'œuvre satisfait aux normes sociales de tolérance. Par contre, la définition de la pornographie juvénile est indépendante du moyen de défense fondé sur la valeur artistique, ce qui rend inutiles la notion des « besoins internes » et le raisonnement « de l'obscénité ou de l'art ». Pour ce motif, et avec le plus grand respect pour l'avis contraire exprimé par le juge McCombs dans *Langer, précité*, il ne me paraît pas incongru, lorsqu'il est question d'infractions en matière de pornographie juvénile, de donner au moyen de défense fondé sur la valeur artistique une interprétation différente de celle qui lui est donnée sous le régime des dispositions relatives à l'obscénité.

b) *Le moyen de défense fondé sur l'existence d'un « but éducatif, scientifique ou médical »*

Le paragraphe 163.1(6) établit un moyen de défense à l'égard du matériel qui a un but médical, éducatif ou scientifique. Il s'agit du but auquel le matériel peut objectivement servir et non du but dans lequel la personne l'a effectivement en sa possession. La manière dont le matériel a été pro-

67

68

relevant to this determination. While arguably few medical, educational and scientific works would fall within s. 163.1(1), Parliament has made it clear that if they do, possession of them is legal. The procedural aspects of the defence of artistic merit would apply to this defence.

duit ou est conservé est évidemment pertinente à cet égard. Bien qu'on puisse soutenir que peu d'ouvrages médicaux, éducatifs ou scientifiques seraient visés par le par. 163.1(1), le législateur dit clairement que, même s'ils le sont, leur possession est légale. La procédure applicable à ce moyen de défense est la même que pour le moyen de défense fondé sur la valeur artistique.

69

The defence of possession for medical, education and scientific purposes, like the other defences, should be interpreted liberally in accordance with Parliament's intent. On such an approach, possession of materials for therapeutic purposes might meet the requirements of the defence. This defence will apply in appropriate circumstances to sketches and stories penned in the process of self-analysis or a couple's record of their sexual conduct held for the purpose of furthering that relationship: J. Ross, "R. v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography" (2000), 11 *Constitutional Forum* 50, at p. 57.

À l'instar des autres moyens de défense, le moyen de défense fondé sur la possession dans un but médical, éducatif ou scientifique doit être interprété libéralement et en conformité avec l'intention du législateur. Dans cette optique, la possession de matériel à des fins thérapeutiques pourrait satisfaire aux exigences de ce moyen de défense. Dans des circonstances appropriées, ce moyen de défense s'appliquera à des scénarios ou récits composés dans le cadre d'une introspection ou aux activités sexuelles consignées par un couple à des fins d'épanouissement de sa relation : J. Ross, « R. v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography » (2000), 11 *Forum Constitutionnel* 50, p. 57.

(c) *The Defence of "Public Good"*

c) *Le moyen de défense fondé sur le « bien public »*

70

"Public good" has been interpreted as "necessary or advantageous to religion or morality, to the administration of justice, the pursuit of science, literature, or art, or other objects of general interest": J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), at p. 173, adopted in *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (Ont. C.A.), at pp. 161-62, and *R. v. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350 (Que. C.A.), at pp. 358-59. The public good defence has received little interpretation in the obscenity context, and a precise definition of its ambit is beyond the scope of this appeal. Once again, a purposive interpretation would appear to be appropriate. Examples of possession of child pornography which could serve the public good include possession of child pornography by people in the justice system for purposes associated with prosecution, by researchers studying the effects of exposure to child pornography, and by those in possession of works addressing the political or philosophical aspects of child pornography. Again,

Le « bien public » a été interprété comme étant [TRADUCTION] « ce qui est nécessaire ou favorable à la religion ou à la moralité, à l'administration de la justice, à l'activité scientifique, littéraire ou artistique ou à d'autres sujets d'intérêt général » : J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9^e éd. 1950), p. 173; cette interprétation a été adoptée dans *R. c. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.), p. 161-162, et *R. c. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350 (C.A. Qué.), p. 358-359. Le moyen de défense fondé sur le bien public a été peu interprété dans le contexte de l'obscénité et la définition précise de sa portée déborde le cadre du présent pourvoi. Là encore, une interprétation téléologique semblerait appropriée. La possession de pornographie juvénile susceptible de servir le bien public inclut notamment la possession de tel matériel par des intervenants du système judiciaire dans le cadre d'une poursuite en justice, par des chercheurs qui étudient les effets de l'exposition à la pornographie juvénile ou encore

the same procedure would apply as for the defence of artistic merit.

It might be argued that the public good is served by possession of materials that promote expressive or psychological well-being or enhance one's sexual identity in ways that do not involve harm to others. In some cases this might eliminate some of the more problematic applications of s. 163.1(4). For example, it might in certain cases foreclose the law's application to visual works created and privately held by one person alone, or to private recordings by adolescents of their lawful sexual activity. Nevertheless, the public good defence might not answer all concerns as to the law's breadth. Absent evidence of public good in the particular case, a person might still be convicted for possession of material that directly engages the value of self-fulfilment and presents little or no risk of harm to children. Thus, while the public good defence might prevent troubling applications of the law in certain cases, it would not do so in all.

8. Summary of Material Caught by Section 163.1(4)

Section 163.1(4) of the *Criminal Code* evinces a clear and unequivocal intention to protect children from the abuse and exploitation associated with child pornography. It criminalizes the possession of a substantial range of materials posing a risk of harm to children. Written material and visual representations advocating the commission of criminal offences against children is caught. Visual material depicting children engaged in explicit sexual activity is caught, as is material featuring, as a dominant characteristic, the sexual organ or anal region of a child for a sexual purpose. The reach of the proscription is further broadened by extending it to the depiction of both real and imag-

par des personnes qui ont en leur possession des œuvres traitant des aspects politiques ou philosophiques de la pornographie juvénile. Là encore, la procédure applicable est la même que pour le moyen de défense fondé sur la valeur artistique.

On pourrait soutenir que la possession de matériel qui favorise l'épanouissement expressif ou psychologique ou qui renforce l'identité sexuelle d'une personne d'une façon non préjudiciable pour autrui sert le bien public. Dans certains cas, cela pourrait éliminer certaines des applications les plus problématiques du par. 163.1(4). Par exemple, cela pourrait parfois empêcher que la disposition s'applique à des œuvres visuelles créées et conservées en privé par une seule personne, ou à des enregistrements privés que font des adolescents de leurs activités sexuelles légales. Il se pourrait néanmoins que le moyen de défense fondé sur le bien public ne dissipe pas toutes les préoccupations concernant la portée de la disposition. En l'absence d'une preuve que le bien public est servi dans un cas donné, quelqu'un pourrait effectivement être déclaré coupable de possession de matériel qui fait directement intervenir la valeur d'épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants. Par conséquent, bien qu'il soit possible que le moyen de défense fondé sur le bien public empêche dans certains cas des applications inquiétantes de la loi, il ne le fera pas dans tous les cas.

8. Résumé concernant le matériel visé par le par. 163.1(4)

Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel* traduit l'intention claire et nette de protéger les enfants contre les sévices et l'exploitation liés à la pornographie juvénile. Il criminalise la possession d'un matériel très varié qui est susceptible de causer un préjudice aux enfants. Sont visés les écrits et les représentations préconisant la perpétration d'infractions criminelles contre les enfants, de même que le matériel représentant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite et le matériel dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le champ d'application de l'interdiction est élargi davantage en

inary persons. As a result, the law appears to catch a substantial amount of material that endangers the welfare of children.

73

At the same time, the legislation recognizes the importance of free expression and the danger of a sweeping criminal prohibition. It catches visual representations only where the sexual activity depicted is explicit, thus excluding kissing, hugging and other forms of casual intimacy. It targets visual materials only where they feature a sexual organ or anal region as a “dominant characteristic” for a “sexual purpose”, precluding the application of the law to innocent baby-in-the-bath photos and other scenarios of non-sexual nudity. Writings are caught only where they actively advocate or counsel illegal sexual activity with persons under the age of 18. Complementing these limits inherent in the s. 163.1(1) definition are an array of defences aimed at enhancing the protection of free expression by excluding materials with redeeming social benefits. Works of art, even of dubious artistic value, are not caught at all. Materials created for an “educational, scientific or medical purpose”, liberally construed, are also exempted. Finally, a public good defence, the precise scope of which remains to be determined, further protects the possession of materials serving a necessary or advantageous social function.

74

These exclusions support the earlier suggestion that Parliament’s goal was to prohibit possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The primary definition of “child pornography” does not embrace every kind of material that might conceivably pose a risk of harm to children, but appears rather to target blatantly pornographic material. Additionally, the defences exempt classes of material raising special free expression concerns. In this way, Parliament

ce qu’il est étendu autant à la représentation de vraies personnes et qu’à celle de personnes imaginaires. Par conséquent, la disposition semble viser une masse importante de matériel qui compromet le bien-être des enfants.

La disposition reconnaît en même temps l’importance de la liberté d’expression et le danger d’une interdiction pénale générale. Elle ne vise la représentation d’une activité sexuelle que dans la mesure où cette activité est explicite, ce qui a pour effet d’exclure le baiser, l’étreinte et d’autres formes de contacts intimes anodins. Elle ne s’applique au matériel visuel que s’il a comme « caractéristique dominante » la représentation, dans un « but sexuel » des organes sexuels ou de la région anale, ce qui a pour effet d’exclure les photos innocentes d’un bébé dans une baignoire et d’autres scénarios de nudité non sexuelle. Les écrits ne sont visés que lorsqu’ils préconisent ou conseillent activement une activité sexuelle illégale avec des personnes de moins de 18 ans. Ces limites inhérentes à la définition du par. 163.1(1) sont complétées par une panoplie de moyens de défense destinés à augmenter la protection de la liberté d’expression en excluant du champ d’application de la disposition le matériel dont les effets sociaux bénéfiques rachètent ses lacunes. Les œuvres d’art, même celles dont la valeur artistique est douteuse, ne sont absolument pas visées. Le matériel créé dans un « but éducatif, scientifique ou médical », au sens large, fait aussi l’objet d’une exception. Enfin, le moyen de défense fondé sur le bien public, dont la portée précise reste à déterminer, protège en outre la possession de matériel remplissant une fonction sociale nécessaire ou profitable.

Ces exclusions étayaient l’affirmation faite plus tôt que l’intention du législateur était d’interdire la possession de la pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu’un préjudice ne soit causé à des enfants. La définition fondamentale de la pornographie juvénile n’englobe pas tous les types de matériel qui pourraient théoriquement présenter un risque de préjudice pour les enfants, mais semble plutôt viser le matériel nettement pornographique. De plus, les moyens de défense excluent

has attempted to meet the dual concerns of protecting children and protecting free expression.

Yet problems remain. The interpretation of the legislation suggested above reveals that the law may catch some material that particularly engages the value of self-fulfilment and poses little or no risk of harm to children. This material may be grouped in two classes. The first class consists of self-created, privately held expressive materials. Private journals, diaries, writings, drawings and other works of the imagination, created by oneself exclusively for oneself, may all trigger the s. 163.1(4) offence. The law, in its prohibition on the possession of such materials, reaches into a realm of exceedingly private expression, where s. 2(b) values may be particularly implicated and state intervention may be markedly more intrusive. Further, the risk of harm arising from the private creation and possession of such materials, while not eliminated altogether, is low.

The second class of material concerns privately created visual recordings of lawful sexual activity made by or depicting the person in possession and intended only for private use. Sexually explicit photographs taken by a teenager of him- or herself, and kept entirely in private, would fall within this class of materials. Another example would be a teenaged couple's private photographs of themselves engaged in lawful sexual activity. Possession of such materials may implicate the values of self-fulfilment and self-actualization, and therefore, like the material in the first category, reside near the heart of the s. 2(b) guarantee. And like the material in the first category, this material poses little risk of harm to children. It is privately created and intended only for personal use. It depicts only lawful sexual activity. Indeed, because the law reaches depictions of persons who are or appear to

des catégories de matériel qui suscitent des inquiétudes particulières du point de vue de la liberté d'expression. De cette façon, le législateur a tenté de répondre à la double préoccupation de protéger les enfants et de protéger la liberté d'expression.

Il reste que certains problèmes subsistent. Selon l'interprétation proposée plus haut, la disposition peut viser du matériel qui fait particulièrement intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants. Ce matériel peut être réparti en deux catégories. La première catégorie est celle du matériel expressif créé personnellement et conservé en privé. Les journaux intimes, notes personnelles, écrits, dessins et autres œuvres de fiction privés et créés par des personnes pour leur propre usage exclusif peuvent tous entraîner l'infraction prévue au par. 163.1(4). En interdisant la possession de matériel de cette nature, la disposition entre dans le domaine de l'expression extrêmement privée, où les valeurs protégées par l'al. 2b) sont particulièrement susceptibles d'entrer en jeu et où l'intervention de l'État risque d'être nettement plus envahissante. En outre, bien qu'il ne soit pas complètement éliminé, le risque de préjudice découlant de la création et de la possession à des fins personnelles de matériel de cette nature est peu élevé.

La seconde catégorie de matériel a trait aux enregistrements visuels d'activités sexuelles légales qui sont faits en privé par la personne les ayant en sa possession ou y figurant et qui sont destinés à un usage personnel seulement. Les photos sexuellement explicites qu'un adolescent prend de lui-même et qu'il garde strictement pour son usage personnel feraient partie de cette catégorie de matériel. Il en serait de même des photos personnelles qu'un couple d'adolescents auraient prises de leurs activités sexuelles légales. La possession de matériel de cette nature peut faire intervenir les valeurs de l'épanouissement personnel et de la réalisation de soi et donc, à l'instar du matériel de la première catégorie, être presque au cœur de la garantie prévue à l'al. 2b). Tout comme le matériel de la première catégorie, ce matériel est peu susceptible de causer un préjudice aux enfants.

75

76

be under 18, the person or persons depicted may not even appear to be children.

77 These examples suggest that s. 163.1(4), at the margins of its application, prohibits deeply private forms of expression, in pursuit of materials that may pose no more than a nominal risk of harm to children. It is these potential applications that present the most significant concerns at the stage of justification.

C. *Is the Limitation on Free Expression Imposed by Section 163.1(4) Justified Under Section 1 of the Charter?*

78 Crown counsel has conceded that criminalizing possession of child pornography limits the right of free expression. The question we must answer is whether that limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. To justify the intrusion on free expression, the government must demonstrate, through evidence supplemented by common sense and inferential reasoning, that the law meets the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and refined in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. The goal must be pressing and substantial, and the law enacted to achieve that goal must be proportionate in the sense of furthering the goal, being carefully tailored to avoid excessive impairment of the right, and productive of benefits that outweigh the detriment to freedom of expression.

79 Before we turn to these issues, we must consider the argument that prohibitions on private possession of child pornography can never be justified. Such laws, Southin J.A. asserted, constitute “the hallmark of tyranny” (para. 95). They represent such a fundamental intrusion on basic liberties that

Il est créé en privé et destiné uniquement à un usage personnel. Il ne représente que des activités sexuelles légales. En fait, étant donné que la disposition vise les représentations de personnes âgées de moins de 18 ans ou qui semblent l’être, la ou les personnes représentées peuvent même ne pas sembler être des enfants.

Ces exemples indiquent que, aux confins de son champ d’application, le par. 163.1(4) interdit des formes d’expression profondément privées et du matériel susceptible de ne présenter qu’un risque infime de préjudice pour les enfants. Ce sont ces applications potentielles qui suscitent les préoccupations les plus importantes à l’étape de la justification.

C. *La limite imposée à la liberté d’expression par le par. 163.1(4) est-elle justifiée au sens de l’article premier de la Charte?*

L’avocat du ministère public a reconnu que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile limite le droit à la liberté d’expression. Nous devons déterminer s’il s’agit d’une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Pour justifier l’atteinte à la liberté d’expression, le gouvernement doit établir, au moyen d’une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et précisé dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. L’objectif doit être urgent et réel, et la disposition adoptée pour le réaliser doit être proportionnée en ce sens qu’elle doit favoriser la réalisation de cet objectif, être soigneusement conçue pour éviter toute atteinte excessive au droit et produire des avantages qui l’emportent sur l’atteinte à la liberté d’expression.

Avant d’aborder ces questions, nous devons examiner l’argument selon lequel l’interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile ne saurait être justifiée. En Cour d’appel, le juge Southin affirme que les dispositions qui imposent une telle interdiction sont [TRADUCTION] « mar-

they can never be justified in a free and democratic society.

Section 1 of the *Charter* belies the suggestion that any *Charter* right is so absolute that limits on it can never be justified. The argument posits that some rights are so basic that they can never be limited as a matter of principle, precluding any evaluation under s. 1. This is both undesirable and unnecessary. It is undesirable because it raises the risk that laws that can be justified may be struck down on the basis of how they are characterized. It is unnecessary because s. 1 provides a basis for fair evaluation that upholds only those laws that do not unjustifiably erode basic liberties.

I conclude that the argument that limitations on possession of child pornography can never be justified as a matter of principle must be dismissed. We must conduct a detailed analysis of whether the law's intrusion on freedom of speech can be justified under s. 1 of the *Charter*.

1. Is the Legislative Objective Pressing and Substantial?

I earlier concluded that Parliament's objective in passing s. 163.1(4) was to criminalize possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. This objective is pressing and substantial. Over and above the specific objectives of the law in reducing the direct exploitation of children, the law in a larger attitudinal sense asserts the value of children as a defence against the erosion of societal attitudes toward them. While the government in this case did not present attitudinal harm to society at large as a justification for the law's intrusion on the right of free expression, this may be seen as a good incidental to the

quée[s] au coin de la tyrannie » (par. 95) et qu'elles représentent une atteinte tellement profonde à des libertés fondamentales qu'elles ne sauront jamais être justifiées dans une société libre et démocratique.

L'article premier de la *Charte* contredit l'argument que tout droit garanti par la *Charte* est si absolu que sa restriction ne peut jamais être justifiée. Selon cet argument, certains droits sont si fondamentaux que, par principe, ils ne peuvent jamais être restreints, ce qui empêche toute évaluation fondée sur l'article premier. Cela n'est ni souhaitable ni nécessaire. Ce n'est pas souhaitable en raison du risque qui en résulte que des textes législatifs susceptibles d'être justifiés soient invalidés à cause de la façon dont ils ont été qualifiés. Ce n'est pas nécessaire parce que l'article premier constitue un moyen de procéder à une évaluation équitable qui confirme la validité des seuls textes qui ne sapent pas de manière injustifiable des libertés fondamentales.

Je conclus qu'il faut rejeter l'argument selon lequel les limites imposées à la possession de pornographie juvénile ne sauraient, par principe, jamais être justifiées. Nous devons analyser en détail la question de savoir si l'atteinte portée à la liberté de parole par la disposition en cause peut être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

1. L'objectif législatif est-il urgent et réel?

J'ai déjà jugé que l'objectif visé par le législateur lorsqu'il a adopté le par. 163.1(4) était de criminaliser la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants. Cet objectif est urgent et réel. En plus de viser expressément la réduction de l'exploitation directe d'enfants, la disposition, sur le plan plus général des mentalités, proclame la valeur des enfants pour contrer la détérioration des comportements sociaux à leur égard. Même si, en l'espèce, le gouvernement n'a pas invoqué le préjudice comportemental causé à la société en général pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression

80

81

82

law's main purpose — the prevention of harm to children.

2. Is There Proportionality Between the Limitation on the Right and the Benefits of the Law?

83 Parliament can prohibit possession of child pornography. The issue in this case is whether it has done so in a reasonable and proportionate manner having regard to the right of free expression.

(a) *Rational Connection*

84 As the first step in showing proportionality, the Crown must demonstrate that the law is likely to confer a benefit or is “rationally connected” to Parliament’s goal. This means that it must show that possession of child pornography, as opposed to its manufacture, distribution or use, causes harm to children.

85 This raises a question pivotal to this appeal: what standard of proof must the Crown achieve in demonstrating harm — scientific proof based on concrete evidence or a reasoned apprehension of harm? The trial judge insisted on scientific proof based on concrete evidence. With respect, this sets the bar too high. In *Butler, supra*, considering the obscenity prohibition of the *Criminal Code*, this Court rejected the need for concrete evidence and held that a “reasoned apprehension of harm” sufficed (p. 504). A similar standard must be employed in this case.

86 The Crown argues that prohibiting possession of child pornography is linked to reducing the sexual abuse of children in five ways: (1) child pornography promotes cognitive distortions; (2) it fuels fantasies that incite offenders; (3) prohibiting its possession assists law enforcement efforts to reduce

par la disposition, cela peut être considéré comme un bon élément accessoire de l’objectif principal de la disposition, à savoir la prévention du préjudice causé aux enfants.

2. La restriction du droit est-elle proportionnelle aux avantages de la disposition?

Le législateur peut interdire la possession de pornographie juvénile. Il s’agit en l’espèce de décider s’il l’a fait d’une manière raisonnable et proportionnelle eu égard au droit à la liberté d’expression.

a) *Le lien rationnel*

Pour établir la proportionnalité, le ministère public doit d’abord démontrer que la mesure législative est susceptible de procurer un avantage ou qu’elle a un « lien rationnel » avec l’objectif du législateur. Cela signifie qu’il doit établir que la possession de pornographie juvénile — par opposition à sa production, à sa distribution ou à son utilisation — cause un préjudice aux enfants.

Il se pose dès lors une question cruciale en l’espèce : À quelle norme de preuve le ministère public doit-il satisfaire pour démontrer l’existence d’un préjudice — une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets ou une appréhension raisonnée de préjudice? Le juge du procès a insisté sur la présentation d’une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets. En toute déférence, il s’agit là d’une norme trop exigeante. Dans l’arrêt *Butler*, précité, où elle examinait les dispositions du *Code criminel* relatives à l’obscénité, notre Cour a rejeté la nécessité d’éléments de preuve concrets et a conclu qu’une « appréhension raisonnée du préjudice » suffisait (p. 504). Une norme semblable doit être appliquée en l’espèce.

Le ministère public soutient que l’interdiction de la possession de pornographie juvénile est liée à cinq égards à la réduction de l’exploitation sexuelle des enfants : (1) la pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives; (2) elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des

the production, distribution and use that result in direct harm to children; (4) it is used for grooming and seducing victims; and (5) some child pornography is produced using real children.

The first alleged harm concerns cognitive distortions. The Crown argues that child pornography may change possessors' attitudes in ways that makes them more likely to sexually abuse children. People may come to see sexual relations with children as normal and even beneficial. Moral inhibitions may be weakened. People who would not otherwise abuse children may consequently do so. Banning the possession of child pornography, asserts the Crown, will reduce these cognitive distortions.

The trial judge discounted this harm due to the limited scientific evidence linking cognitive distortions to increased rates of offending. Applying the reasoned apprehension of harm test yields a different conclusion. While the scientific evidence is not strong, I am satisfied that the evidence in this case supports the existence of a connection here: exposure to child pornography may reduce paedophiles' defences and inhibitions against sexual abuse of children. Banalizing the awful and numbing the conscience, exposure to child pornography may make the abnormal seem normal and the immoral seem acceptable.

The second alleged harm is that possession of child pornography fuels fantasies, making paedophiles more likely to offend. The trial judge found that studies showed a link between highly erotic child pornography and offences. However, other studies suggested that both erotic and milder pornography might provide substitute satisfaction and reduce offences. Putting the studies together, the trial judge concluded that he could not say that the net effect was to increase harm to children

infractions; (3) l'interdiction de la possession de cette forme de pornographie facilite les tentatives d'appliquer la loi pour réduire les activités de production, la distribution et l'utilisation qui causent un préjudice direct aux enfants; (4) la pornographie juvénile sert à initier et à séduire des victimes; (5) dans certains cas, de vrais enfants sont utilisés pour la produire.

Le premier préjudice allégué concerne les distorsions cognitives. Le ministère public prétend que la pornographie juvénile peut modifier le comportement du possesseur en le rendant plus susceptible d'exploiter sexuellement des enfants. Des gens peuvent en arriver à considérer que les rapports sexuels avec des enfants sont normaux et même bénéfiques. Les inhibitions morales peuvent être affaiblies. Des personnes qui, sans cela, n'exploiteraient pas des enfants peuvent être amenées à le faire. Selon le ministère public, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile a pour effet de réduire ces distorsions cognitives.

Le juge du procès n'a pas tenu compte de ce préjudice en raison du caractère limité de la preuve scientifique reliant les distorsions cognitives à une hausse de la délinquance. L'application du critère de l'appréhension raisonnée d'un préjudice mène à une conclusion différente. Bien que la preuve scientifique ne soit pas solide, je suis d'avis que les éléments de preuve présentés en l'espèce étayaient l'existence d'un lien : l'exposition à la pornographie juvénile risque d'affaiblir la résistance et les réticences des pédophiles à l'égard de l'exploitation sexuelle d'enfants. En banalisant l'abominable et en apaisant la conscience, l'exposition à la pornographie juvénile peut faire paraître normal ce qui est anormal, et acceptable ce qui est immoral.

Le deuxième préjudice allégué est que la possession de pornographie juvénile alimente les fantasmes, ce qui rend les pédophiles plus susceptibles de commettre des infractions. Selon le juge du procès, des études montrent l'existence d'un lien entre la pornographie juvénile très érotique et la commission d'infractions. Cependant, d'autres études indiquent que tant la pornographie érotique que la pornographie plus douce pourraient procurer une satisfaction de substitution et à réduire la délin-

87

88

89

(para. 23). Absent evidence as to whether the benefit from sublimation equals the harm of incitement or otherwise, this conclusion seems tenuous. More fundamentally, the trial judge proceeded on the basis that scientific proof was required. The lack of unanimity in scientific opinion is not fatal. Complex human behaviour may not lend itself to precise scientific demonstration, and the courts cannot hold Parliament to a higher standard of proof than the subject matter admits of. Some studies suggest that child pornography, like other forms of pornography, will fuel fantasies and may incite offences in the case of certain individuals. This reasoned apprehension of harm demonstrates a rational connection between the law and the reduction of harm to children through child pornography.

90

The third alleged harm — that criminalizing the possession of child pornography aids in prosecuting the distribution and use of child pornography — was not expressly considered by the trial judge. Detective Waters testified that as a result of possession charges, the police have been able to uncover persons involved in producing and distributing child pornography. The Criminal Lawyers' Association argues that it is dangerous to justify violations of rights on the sole basis that they will assist in the detection and prosecution of other criminal offences. Such reasoning, it argues, could be used to justify many other violations of fundamental rights. Given the evidence linking possession with harm to children on other grounds, it is not necessary to resolve the question of whether an offence abridging a *Charter* right can ever be justified solely on the basis that it assists in prosecuting other offences. It is sufficient to note that the fact the offence of possession aids prosecution of those

quance. À partir de l'ensemble des études, le juge du procès a conclu qu'il n'était pas en mesure d'affirmer que le résultat net était l'accroissement du préjudice causé aux enfants (par. 23). En l'absence de preuve indiquant si les avantages de la sublimation correspondent au préjudice découlant de l'incitation, cette conclusion paraît précaire. Plus fondamentalement, le juge du procès a tenu pour acquis qu'une preuve scientifique était nécessaire. L'absence d'opinion scientifique unanime n'est pas fatale. Il se peut qu'un comportement humain complexe ne se prête pas à une démonstration scientifique précise, et les tribunaux ne peuvent pas astreindre le législateur à une norme de preuve plus rigoureuse que ne le permet le sujet en question. Certaines études indiquent que, à l'instar des autres formes de pornographie, la pornographie juvénile alimente les fantasmes et peut inciter certains individus à commettre des infractions. Cette crainte raisonnée de préjudice montre l'existence d'un lien rationnel entre la disposition contestée et la réduction du préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile.

Le juge du procès n'a pas expressément examiné le troisième préjudice allégué, à savoir que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile contribue à la répression de la distribution et de l'utilisation de la pornographie juvénile. Le détective Waters a témoigné que des accusations de possession avaient permis à la police de découvrir des personnes impliquées dans la production et la distribution de pornographie juvénile. La Criminal Lawyers' Association fait valoir qu'il est risqué de justifier la violation d'un droit par le simple fait qu'elle aidera à déceler et à réprimer d'autres infractions criminelles. Elle ajoute qu'un tel raisonnement pourrait servir à justifier de nombreuses autres atteintes à des droits fondamentaux. Vu la preuve établissant, sur la foi d'autres fondements, un lien entre la possession et le préjudice causé aux enfants, il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si une disposition créant une infraction et limitant un droit garanti par la *Charte* peut être justifiée du seul fait qu'elle contribue à la répression d'autres infractions. Il suffit de souligner qu'un effet secondaire positif de la disposition en cause est que l'infraction de possession aide à

who produce and distribute child pornography is a positive side-effect of the law.

The trial judge was satisfied that the evidence relating to the fourth alleged harm, the use of child pornography to “groom” or seduce victims, showed a rational connection. The evidence is clear and uncontradicted. “Sexually explicit pornography involving children poses a danger to children because of its use by pedophiles in the seduction process” (para. 23). The ability to possess child pornography makes it available for the grooming and seduction of children by the possessor and others. Mr. Sharpe does not deny that some child pornography can play an important role in the seduction of children. Criminalizing the possession of child pornography is likely to help reduce the grooming and seduction of children.

The fifth and final harm — the abuse of children in the production of pornography — is equally conclusive. Children are used and abused in the making of much of the child pornography caught by the law. Production of child pornography is fueled by the market for it, and the market in turn is fueled by those who seek to possess it. Criminalizing possession may reduce the market for child pornography and the abuse of children it often involves. The link between the production of child pornography and harm to children is very strong. The abuse is broad in extent and devastating in impact. The child is traumatized by being used as a sexual object in the course of making the pornography. The child may be sexually abused and degraded. The trauma and violation of dignity may stay with the child as long as he or she lives. Not infrequently, it initiates a downward spiral into the sex trade. Even when it does not, the child must live in the years that follow with the knowledge that the degrading photo or film may still exist,

poursuivre les gens qui produisent et distribuent de la pornographie juvénile.

Le juge du procès était convaincu que la preuve relative au quatrième préjudice allégué, celui de l'utilisation de la pornographie juvénile pour « initier » ou séduire des victimes, démontrait l'existence d'un lien rationnel. La preuve est claire et non contredite. [TRADUCTION] « La pornographie impliquant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite expose les enfants à un danger, en raison du fait que les pédophiles s'en servent pour séduire leurs victimes » (par. 23). La possibilité d'avoir de la pornographie juvénile en sa possession permet au possesseur de ce matériel et à d'autres personnes de s'en servir pour initier et séduire des enfants. Monsieur Sharpe ne nie pas que certaines formes de pornographie juvénile puissent jouer un rôle important dans la séduction des enfants. La criminalisation de la possession de pornographie juvénile est susceptible de contribuer à réduire la séduction d'enfants et leur initiation aux rapports sexuels.

Le cinquième et dernier préjudice, à savoir l'exploitation d'enfants pour la production de pornographie, est également concluant. Des enfants sont utilisés et exploités pour produire une grande partie de la pornographie juvénile visée par la disposition. La production de pornographie juvénile est stimulée par l'existence d'un marché qui, à son tour, est stimulé par les gens qui désirent posséder ce matériel. La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée. Le lien entre la production de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants est très fort. L'exploitation a une portée très étendue et des effets dévastateurs. L'enfant est traumatisé par le fait qu'il sert d'objet sexuel lors de la production du matériel pornographique. Il peut être sexuellement exploité et avili. Le traumatisme et l'atteinte à la dignité peuvent marquer l'enfant pour la vie. Il n'est pas rare que l'enfant tombe dans la déchéance et se retrouve dans le commerce du sexe. Même s'il échappe à ce triste sort, l'enfant vit par la suite en sachant qu'une photo ou un film avilissant existe peut-être encore et qu'à tout

and may at any moment be being watched and enjoyed by someone.

moment quelqu'un peut être en train de regarder ce matériel et d'en tirer du plaisir.

93

It is argued that even if possession of child pornography is linked to harm to children, that harm is fully addressed by laws against the production and distribution of child pornography. Criminalizing mere possession, according to this argument, adds greatly to the limitation on free expression but adds little benefit in terms of harm prevention. The key consideration is what the impugned section seeks to achieve beyond what is already accomplished by other legislation: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. If other laws already achieve the goals, new laws limiting constitutional rights are unjustifiable. However, an effective measure should not be discounted simply because Parliament already has other measures in place. It may provide additional protection or reinforce existing protections. Parliament may combat an evil by enacting a number of different and complementary measures directed to different aspects of the targeted problem: see, e.g., *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. Here the evidence amply establishes that criminalizing the possession of child pornography not only provides additional protection against child exploitation — exploitation associated with the production of child pornography for the market generated by possession and the availability of material for arousal, attitudinal change and grooming — but also reinforces the laws criminalizing the production and distribution of child pornography.

On fait valoir que, même si la possession de pornographie juvénile est liée au préjudice causé à des enfants, les dispositions interdisant la production et la distribution de cette forme de pornographie permettent de remédier pleinement à ce préjudice. Selon cet argument, la criminalisation de la simple possession contribue énormément à limiter la liberté d'expression, mais est peu bénéfique sur le plan de la prévention du préjudice. Ce qui importe c'est ce que la disposition contestée tend à accomplir davantage que ce que d'autres dispositions font déjà : *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. Si d'autres dispositions permettent déjà d'atteindre les objectifs visés, les nouvelles dispositions qui restreignent des droits constitutionnels sont injustifiables. Cependant, une mesure efficace ne devrait pas être écartée du seul fait qu'il existe déjà d'autres mesures adoptées par le législateur. Il se peut qu'elle fournisse une protection supplémentaire ou renforce des protections existantes. Le législateur peut s'attaquer à un problème en adoptant un certain nombre de mesures distinctes et complémentaires visant différents aspects du problème : voir, par exemple, *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. En l'espèce, la preuve établit amplement que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile fournit non seulement une protection supplémentaire contre l'exploitation des enfants — phénomène associé à la production de pornographie juvénile pour le marché créé par la possession et la disponibilité de matériel destiné à stimuler, entraîner des changements comportementaux et à initier —, mais elle renforce en outre les dispositions qui criminalisent la production et la distribution de cette forme de pornographie.

94

I conclude that the social science evidence adduced in this case, buttressed by experience and common sense, amply meets the *Oakes* requirement of a rational connection between the purpose of the law and the means adopted to effect this purpose. Possession of child pornography increases the risk of child abuse. It introduces risk, moreover, that cannot be entirely targeted by laws prohibiting the manufacture, publication and distri-

Je conclus que, renforcée par l'expérience et le bon sens, la preuve en matière de sciences humaines qui a été présentée en l'espèce satisfait amplement à l'exigence établie dans l'arrêt *Oakes* relativement à l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif de la loi et les moyens pris pour l'atteindre. La possession de pornographie juvénile accroît le risque que des enfants soient exploités. En outre, elle crée un risque que ne peuvent pas

bution of child pornography. Laws against publication and distribution of child pornography cannot catch the private viewing of child pornography, yet private viewing may induce attitudes and arousals that increase the risk of offence. Nor do such laws catch the use of pornography to groom and seduce children. Only by extending the law to private possession can these harms be squarely attacked.

(b) *Minimal Impairment*

This brings us to a critical question in this case: does the law impair the right of free expression only minimally? If the law is drafted in a way that unnecessarily catches material that has little or nothing to do with the prevention of harm to children, then the justification for overriding freedom of expression is absent. Section 163.1(4), as a criminal offence, carries the heavy consequences of prosecution, conviction and loss of liberty, and must therefore be carefully tailored as a “measured and appropriate response” to the harms it addresses: *Keegstra*, *supra*, at p. 771. At the same time, legislative drafting is a difficult art and Parliament cannot be held to a standard of perfection: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy*, *supra*; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. It may be difficult to draft a law capable of catching the bulk of pornographic material that puts children at risk, without also catching some types of material that are unrelated to harm to children. This is what McEachern C.J.B.C. had in mind when he suggested that it is difficult to see how Parliament could have drafted the law in a way that eliminated the possibility of “unintended consequences” (para. 292).

This Court has held that to establish justification it is not necessary to show that Parliament has

supprimer entièrement les dispositions qui interdisent la production, la publication et la distribution de pornographie juvénile. Les dispositions interdisant la publication et la distribution ne s’appliquent pas au visionnement privé de pornographie juvénile, alors qu’un tel visionnement peut provoquer des comportements et une stimulation qui accroissent le risque d’infraction. Ces dispositions ne s’appliquent pas non plus à l’utilisation de la pornographie pour initier et séduire les enfants. Seule l’application de la disposition à la possession personnelle peut permettre de s’attaquer directement à ces préjudices.

b) *L’atteinte minimale*

Nous devons maintenant trancher la question cruciale en l’espèce : La disposition en cause porte-t-elle le moins possible atteinte à la liberté d’expression? Si la disposition est rédigée de manière à englober inutilement du matériel qui n’a que peu ou rien à voir avec la prévention du préjudice causé aux enfants, alors la suppression de la liberté d’expression n’est pas justifiée. Le paragraphe 163.1(4) crée une infraction criminelle qui comporte de lourdes conséquences en matière de poursuites, de déclaration de culpabilité et de perte de liberté. Elle doit donc être soigneusement conçue de manière à constituer « une réaction mesurée et appropriée » aux préjudices qu’elle vise : *Keegstra*, précité, p. 771. Par ailleurs, la rédaction législative est un art exigeant, et le législateur ne saurait être astreint à une norme de perfection : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy*, précité; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Il peut être difficile de rédiger une disposition applicable à l’ensemble du matériel pornographique qui expose les enfants à un risque, sans viser également certains types de matériel qui n’ont rien à voir avec le préjudice causé aux enfants. C’est ce que le juge en chef McEachern voulait dire lorsqu’il a indiqué qu’il était difficile d’imaginer comment le législateur aurait pu rédiger la disposition de façon à éliminer le risque de [TRADUCTION] « conséquences non voulues » (par. 292).

Notre Cour a jugé que, pour établir la justification, il n’est pas nécessaire de démontrer que le

adopted the least restrictive means of achieving its end. It suffices if the means adopted fall within a range of reasonable solutions to the problem confronted. The law must be reasonably tailored to its objectives; it must impair the right no more than reasonably necessary, having regard to the practical difficulties and conflicting tensions that must be taken into account: see *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*; *Chaulk*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Butler*, *supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

97

This approach to minimal impairment is confirmed by the existence of the third branch of the proportionality test, requiring that the impairment of the right be proportionate to the benefit in terms of achieving Parliament's goal. If the only question were whether the impugned law limits the right as little as possible, there would be little need for the third stage of weighing the costs resulting from the infringement of the right against the benefits gained in terms of achieving Parliament's goal. It was argued after *Oakes*, *supra*, that anything short of absolutely minimal impairment was fatal. This Court has rejected that notion. The language of the third branch of the *Oakes* test is consistent with a more nuanced approach to the minimal impairment inquiry — one that takes into account the difficulty of drafting laws that accomplish Parliament's goals, achieve certainty and only minimally intrude on rights. At its heart, s. 1 is a matter of balancing: see *Dagenais*, *supra*; *RJR-MacDonald*, *supra*; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Thomson Newspapers*, *supra*.

98

Against this background, I turn to the legislation here at issue. Mr. Sharpe argues that s. 163.1(4) fails the minimal impairment test because the legal definition of child pornography includes material posing no reasoned risk of harm to children. However, as discussed earlier, properly interpreted, the

législateur a choisi le moyen le moins restrictif de réaliser son objectif. Il suffit que le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé. La disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs; elle ne doit pas ne doit pas porter atteinte au droit plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire, eu égard aux difficultés pratiques et aux pressions contradictoires qui doivent être prises en considération : voir *Edwards Books and Art Ltd.*, précité; *Chaulk*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Butler*, précité; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Cette interprétation de l'atteinte minimale est confirmée par l'existence du troisième volet du critère de la proportionnalité, qui exige que l'atteinte au droit soit proportionnée aux avantages de la réalisation de l'objectif du législateur. S'il s'agissait seulement de déterminer si la disposition contestée limite aussi peu que possible le droit en cause, il ne serait pas beaucoup nécessaire d'appliquer le troisième volet, qui consiste à soulever les coûts de l'atteinte au droit et les avantages résultant de la réalisation de l'objectif du législateur. Après l'arrêt *Oakes*, précité, on a soutenu que toute atteinte qui n'était pas absolument minimale était fatale. Notre Cour a rejeté cette idée. Le libellé du troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes* est compatible avec une interprétation plus nuancée de l'atteinte minimale, qui tient compte de la difficulté de rédiger des dispositions qui permettent de réaliser les objectifs du législateur, assurent la certitude et portent le moins possible atteinte à des droits. Au fond, l'article premier vise à établir un équilibre : voir *Dagenais*, précité; *RJR-MacDonald*, précité; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Thomson Newspapers*, précité.

C'est dans ce contexte que je vais examiner la disposition contestée en l'espèce. Monsieur Sharpe soutient que le par. 163.1(4) ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale parce que la définition légale de la pornographie juvénile englobe du matériel qui ne suscite aucune crainte raisonnée

law catches much less material unrelated to harm to children than Mr. Sharpe suggests. Depictions of kissing, hugging and other activity short of “explicit” sexual activity, works of art even of limited technical value, and family photos of naked children absent proof of a dominant sexual purpose, all fall outside the scope of the law. Many of the other hypothetical examples relied on in the courts below as suggesting overbreadth either disappear entirely on a proper construction of the statutory definition of child pornography, or are narrowed to the extent that material is caught only where it is related to harm to children. If these were the only grounds for concern arising from s. 163.1(4), I would have little difficulty concluding the provision is carefully tailored to its objective. It should also be remembered that to effect a conviction under s. 163.1(4), as under any other criminal provision, the Crown must establish that the accused possessed the requisite *mens rea*; this requirement, too, limits the reach of the statute.

The fact remains, however, that the law may also capture the possession of material that one would not normally think of as “child pornography” and that raises little or no risk of harm to children: (1) written materials or visual representations created and held by the accused alone, exclusively for personal use; and (2) visual recordings, created by or depicting the accused, that do not depict unlawful sexual activity and are held by the accused exclusively for private use.

Possession of material in these categories is less closely tied to harm to children than the vast majority of material caught by the law. Children are not exploited in its production. The self-created

qu’un préjudice ne soit causé à des enfants. Cependant, comme nous l’avons vu plus tôt, selon l’interprétation qu’il convient de lui donner, la disposition vise beaucoup moins de matériel n’ayant rien à voir avec le préjudice causé aux enfants que ne l’affirme M. Sharpe. La représentation d’un baiser, d’une étreinte ou d’une autre activité qui ne constitue pas une activité sexuelle « explicite », de même que l’œuvre d’art qui n’a qu’une valeur technique limitée et la photo de famille d’un enfant nu échappent toutes à l’application de la disposition en l’absence de preuve d’un objectif sexuel dominant. Bon nombre des autres exemples hypothétiques qui ont été donnés devant les tribunaux d’instance inférieure pour étoffer l’argument de la portée excessive tombent complètement devant l’interprétation qu’il convient de donner de la définition légale de la pornographie juvénile, ou voient leur portée réduite dans la mesure où n’est visé que le matériel lié à l’infliction d’un préjudice aux enfants. Si c’étaient là les seules préoccupations découlant du par. 163.1(4), j’aurais peu de difficulté à conclure que la disposition est soigneusement adaptée à son objectif. Il ne faut pas non plus oublier que, pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu du par. 163.1(4), comme en vertu de toute autre disposition en matière criminelle, le ministère public doit prouver que l’accusé avait la *mens rea* requise; cette exigence limite elle aussi le champ d’application de la disposition.

Il reste toutefois que la disposition peut également viser la possession de matériel qui ne serait pas normalement considéré comme de la « pornographie juvénile » et qui ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants : (1) les écrits ou représentations que l’accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel; (2) les enregistrements visuels créés par l’accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l’accusé conserve exclusivement pour son usage personnel.

La possession de matériel compris dans ces catégories a un lien moins étroit avec le préjudice causé aux enfants que la majeure partie du matériel visé par la disposition. Aucun enfant n’est exploité

nature of the material comprising the first category undermines the possibility that it could produce negative attitudinal changes. In the second category, those depicted may well not even look like children. This said, some material in these categories could conceivably cause harm to children. Self-created private expressive materials could conceivably abet negative attitudinal changes in the creator, although since the creation came from him or her in the first place one would not expect the effect to be significant. A self-created private depiction or writing in the possession of the maker could fall into the hands of someone who might use it in a way that harms children. Again, a person's video or photo of him- or herself engaged in a lawful sexual act could present an image that looks like a child, which could possibly come into the hands of someone who would use it to harm children. So it cannot be denied that permitting the author of such materials to keep them in his or her custody poses some risk. However, the risk is small, incidental and more tenuous than that associated with the vast majority of material targeted by s. 163.1(4). Indeed, the above-cited examples lie at the edge of the problematic classes of material. The bulk of the material in these two problematic classes, while engaging important values underlying the s. 2(b) guarantee, poses no reasoned risk of harm to children.

pour produire ce matériel. Le fait que le matériel de la première catégorie soit une création personnelle diminue le risque qu'il entraîne des modifications de comportement négatives. Dans la seconde catégorie, il se peut bien que les personnes représentées ne ressemblent même pas à des enfants. Cela dit, certains types de matériel compris dans ces catégories risquent théoriquement de causer un préjudice à des enfants. Il se peut bien que le matériel expressif qu'une personne crée elle-même favorise des modifications de comportement négatives chez elle, mais étant donné que c'est elle qui a créé le matériel au départ, on ne s'attendrait pas à ce que cet effet soit important. La représentation ou l'écrit qui est en la possession de son auteur pourrait tomber entre les mains d'une personne susceptible de s'en servir d'une manière préjudiciable pour les enfants. Là encore, l'enregistrement vidéo ou la photo qu'une personne effectue ou prend, selon le cas, de ses propres activités sexuelles légales peut sembler présenter un enfant et tomber entre les mains de quelqu'un s'en servira pour causer un préjudice à des enfants. Il est donc indéniable que permettre à l'auteur de matériel de cette nature de le garder en sa possession présente un certain risque. Toutefois, le risque est minime, secondaire et plus faible que celui que présente la majeure partie du matériel visé par le par. 163.1(4). En fait, les exemples susmentionnés se situent aux confins des catégories de matériel problématiques. Bien qu'il fasse intervenir d'importantes valeurs sous-jacentes à la garantie prévue à l'al. 2b), la majeure partie du matériel compris dans ces deux catégories problématiques ne suscite aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants.

101 The government's argument on this point is, in effect, that it is necessary to prohibit possession of a large amount of harmless expressive material in order to combat the small risk that some material in this class may cause harm to children. This suggests that the law may be overbroad. However, final determination of this issue requires us to proceed to the third prong of the proportionality test

En réalité, le gouvernement fait valoir à cet égard qu'il est nécessaire d'interdire la possession d'une grande quantité de matériel expressif inoffensif pour éliminer le risque minime que du matériel de cette catégorie cause un préjudice à des enfants. Cela indique que la disposition peut avoir une portée trop large. Toutefois, pour pouvoir trancher cette question, il faut passer au troisième volet du critère de la proportionnalité, qui consiste à soupeser les inconvénients que la disposition pré-

— the weighing of the costs of the law to freedom of expression against the benefits it confers.

(c) *Proportionality: the Final Balance*

This brings us to the third and final branch of the proportionality inquiry: whether the benefits the law may achieve in preventing harm to children outweigh the detrimental effects of the law on the right of free expression. The final proportionality assessment takes all the elements identified and measured under the heads of Parliament's objective, rational connection and minimal impairment, and balances them to determine whether the state has proven on a balance of probabilities that its restriction on a fundamental *Charter* right is demonstrably justifiable in a free and democratic society.

In the vast majority of the law's applications, the costs it imposes on freedom of expression are outweighed by the risk of harm to children. The Crown has met the burden of demonstrating that the possession of child pornography poses a reasoned apprehension of harm to children and that the goal of preventing such harm is pressing and substantial. Explicit sexual photographs and videotapes of children may promote cognitive distortions, fuel fantasies that incite offenders, enable grooming of victims, and may be produced using real children. Written material that advocates or counsels sexual offences with children can pose many of the same risks. Although we recently held in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, that it may be difficult to make the case of obscenity against written texts, materials that advocate or counsel sexual offences with children may qualify. The Crown has also met the burden of showing that the law will benefit society by reducing the possibility of cognitive distortions, the use of pornography in grooming victims, and the abuse of children in the manufacture and continuing existence of this material. Explicit sexual photographs of children, videotapes of pre-pubescent children, and written works advocating sexual offences with children — all these and more pose a

sente pour la liberté d'expression et les avantages qu'elle procure.

c) *La proportionnalité : l'évaluation finale*

Cela nous amène au troisième et dernier volet de l'analyse de la proportionnalité, qui consiste à déterminer si les avantages que la disposition peut comporter sur le plan de la prévention du préjudice causé aux enfants l'emportent sur les effets néfastes qu'elle a sur le droit à la liberté d'expression. L'évaluation finale de la proportionnalité consiste à soupeser tous les éléments identifiés et mesurés sous les rubriques de l'objectif du législateur, du lien rationnel et de l'atteinte minimale, afin de déterminer si l'État a démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la restriction qu'il apporte à un droit fondamental garanti par la *Charte* est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La plupart du temps, le risque qu'un préjudice soit causé à des enfants l'emporte sur les inconvénients que l'application de la disposition présente pour la liberté d'expression. Le ministère public s'est acquitté de son obligation de démontrer, d'une part, que la possession de pornographie juvénile suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants et, d'autre part, que la prévention d'un tel préjudice est un objectif urgent et réel. Les photos et les enregistrements vidéo sexuellement explicites d'enfants peuvent favoriser les distorsions cognitives, alimenter des fantasmes qui incitent à commettre des infractions, permettre l'initiation des victimes et être produits au moyen de vrais enfants. Les écrits qui préconisent ou conseillent la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants peuvent présenter bon nombre des mêmes risques. Même si nous avons récemment jugé dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, qu'il peut être difficile de prouver que des écrits sont obscènes, le matériel qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants peut se prêter à une telle preuve. Le ministère public s'est également acquitté de l'obligation de démontrer que la disposition est bénéfique pour la société en ce sens qu'elle permet de réduire le

reasoned risk of harm to children. Thus we may conclude that in its main impact, s. 163.1(4) is proportionate and constitutional.

104 I say this having given full consideration to the law's chilling effect. It is argued that fear of prosecution under s. 163.1(4), and the attendant social stigma, will deter people from keeping legal material and thus chill legitimate expression. However, the interpretation of the law offered in this decision may go some distance to reducing the uncertainty that feeds the chilling effect. Families need not fear prosecution for taking pictures of bare-bottomed toddlers at the beach or children playing in the backyard, given the requirement that the dominant purpose be sexual. As case law develops, greater certainty may be expected, further reducing the law's chilling effect. On the record before us, the chilling effect, while not insignificant, does not appear to represent a major cost as it relates to the vast majority of material captured under s. 163.1(4).

105 However, the prohibition also captures in its sweep materials that arguably pose little or no risk to children, and that deeply implicate the freedoms guaranteed under s. 2(b). The ban, for example, extends to a teenager's sexually explicit recordings of him- or herself alone, or engaged in lawful sexual activity, held solely for personal use. It also reaches private materials, created by an individual exclusively for him- or herself, such as personal journals, writings, and drawings. It is in relation to these categories of materials that the costs of the prohibition are most pronounced. At the same time, it is here that the link between the proscribed

risque de distorsions cognitives, l'utilisation de la pornographie pour initier des victimes, ainsi que l'exploitation d'enfants qui résulte de la production et de l'existence même de ce matériel. Les photos sexuellement explicites d'enfants, les enregistrements vidéo de préadolescents et les écrits incitant à commettre des infractions d'ordre sexuel avec des enfants suscitent tous une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, et la liste ne s'arrête pas là. Nous pouvons donc conclure que, dans son effet principal, le par. 163.1(4) est proportionné et constitutionnel.

J'affirme cela en tenant bien compte de l'effet inhibiteur de la disposition. On fait valoir que la crainte d'une poursuite fondée sur le par. 163.1(4) et du stigmatisme social qui s'y rattache dissuadera les gens de conserver du matériel légal et inhibera ainsi l'expression légitime. Cependant, l'interprétation de la disposition qui est proposée dans les présents motifs est de nature à réduire l'incertitude à l'origine de l'effet inhibiteur. Les parents n'ont pas à craindre d'être poursuivis pour avoir photographié leurs bambins nu-fesses à la plage ou leurs enfants en train de jouer dans l'arrière-cour, vu l'exigence d'un objectif sexuel dominant. On peut s'attendre à ce qu'une plus grande certitude résulte de l'évolution de la jurisprudence, ce qui réduira davantage l'effet inhibiteur de la disposition. Il ressort du dossier qui nous a été soumis que l'effet inhibiteur, même s'il n'est pas négligeable, ne semble pas constituer un inconvénient majeur en ce qui concerne la majeure partie du matériel visé par le par. 163.1(4).

Toutefois, l'interdiction vise également du matériel dont on pourrait prétendre qu'il ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants et qui touche profondément aux libertés garanties par l'al. 2b). Par exemple, l'interdiction vise les enregistrements sexuels explicites qu'un adolescent fait de lui-même seul ou d'une activité sexuelle légale à laquelle il se livre, et qu'il conserve exclusivement pour son usage personnel. Elle vise également le matériel privé, comme un journal intime, un écrit ou un dessin, qu'une personne crée exclusivement pour son usage personnel. C'est à l'égard de ces catégories de matériel

materials and any risk of harm to children is most tenuous, for the reasons discussed earlier: children are not exploited or abused in their production; they are unlikely to induce attitudinal effects in their possessor; adolescents recording themselves alone or engaged in lawful sexual activity will generally not look like children; and the fact that this material is held privately renders the potential for its harmful use by others minimal. Consequently, the law's application to these materials, while peripheral to its objective, poses the most significant problems at this final stage of the proportionality analysis.

As noted in discussing the values at stake in this appeal, privacy interests going to the liberty of the subject are also engaged by the legislation in question. However, these interests largely overlap with the s. 2(b) values and are properly considered in the final balancing stage under s. 1.

I turn first to consider the law's application to self-created works of the imagination, written or visual, intended solely for private use by the creator. The intensely private, expressive nature of these materials deeply implicates s. 2(b) freedoms, engaging the values of self-fulfilment and self-actualization and engaging the inherent dignity of the individual: *Ford, supra*, at p. 765; see also my comments in *Keegstra, supra*, at p. 804. Personal journals and writings, drawings and other forms of visual expression may well be of importance to self-fulfilment. Indeed, for young people grappling with issues of sexual identity and self-awareness, private expression of a sexual nature may be crucial to personal growth and sexual maturation. The fact that many might not favour such forms of expression does not lessen the need to insist on

que les inconvénients de l'interdiction sont le plus marqués. En même temps, c'est à cet égard que le lien entre le matériel prohibé et tout risque qu'un préjudice soit causé à des enfants est le plus ténu, pour les raisons déjà mentionnées : des enfants ne sont pas exploités ou maltraités pour produire ce matériel; le matériel en cause est peu susceptible d'avoir un effet sur le comportement de la personne qui l'a en sa possession; les adolescents qui effectuent un enregistrement d'eux-mêmes seuls ou d'une activité sexuelle légale à laquelle ils se livrent ne ressemblent généralement pas à des enfants; enfin, le fait que ce matériel soit conservé en privé réduit au minimum le risque que d'autres personnes en fassent une utilisation préjudiciable. Par conséquent, l'application de la disposition au matériel de cette nature, même si elle est secondaire par rapport à son objectif, pose les problèmes les plus importants à cette étape finale de l'analyse de la proportionnalité.

Comme je l'ai fait remarquer en analysant les valeurs qui sont en jeu dans le présent pourvoi, la mesure législative en cause fait aussi intervenir les intérêts en matière de vie privée de l'intimé qui touchent à sa liberté. Toutefois, ces intérêts coïncident en grande partie avec les valeurs sous-jacentes à l'al. 2b), et c'est à juste titre qu'elles sont examinées à l'étape de l'évaluation finale fondée sur l'article premier.

J'aborde en premier lieu l'application de la disposition aux œuvres de fiction, écrites ou visuelles, qu'une personne crée uniquement pour son usage personnel. La nature expressive extrêmement privée de ce matériel touche profondément aux libertés garanties par l'al. 2b), en faisant intervenir les valeurs de l'épanouissement personnel et de la réalisation de soi, ainsi que la dignité inhérente de l'être humain : *Ford, précité*, p. 765; voir aussi mes commentaires dans l'arrêt *Keegstra, précité*, p. 804. Le journal intime et les notes personnelles de même que les dessins et autres formes d'expression visuelle peuvent être importants pour l'épanouissement de la personne. En fait, l'expression privée de nature sexuelle peut être cruciale pour la croissance personnelle et le développement sexuel de jeunes personnes aux prises avec des questions

strict justification for their prohibition. As stated in *Irwin Toy, supra*, at p. 976, “the diversity in forms of individual self-fulfilment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment”.

108 The restriction imposed by s. 163.1(4) regulates expression where it borders on thought. Indeed, it is a fine line that separates a state attempt to control the private possession of self-created expressive materials from a state attempt to control thought or opinion. The distinction between thought and expression can be unclear. We talk of “thinking aloud” because that is often what we do: in many cases, our thoughts become choate only through their expression. To ban the possession of our own private musings thus falls perilously close to criminalizing the mere articulation of thought.

109 The same concerns arise in relation to auto-depictions; that is, visual recordings made by a person of him- or herself alone, held privately and intended only for personal use. Again, such materials may be of significance to adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity. Similar considerations apply where the creator of the recordings is not the sole subject; that is, where lawful sexual acts are documented in a visual recording, such as photographs or a videotape, and held privately by the participants exclusively for their own private use. Such materials could conceivably reinforce healthy sexual relationships and self-actualization. For example, two adolescents might arguably deepen a loving and respectful relationship through erotic pictures of themselves engaged in sexual activity. The cost of including such materials to the right of

d’identité sexuelle et de conscience de soi. Le fait qu’il soit possible que bien des personnes ne voient pas d’un œil favorable de telles formes d’expression ne réduit pas pour autant la nécessité d’insister sur une justification stricte de l’interdiction qui les frappe. Comme il est précisé dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, « la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante ».

La restriction imposée par le par. 163.1(4) réglemente l’expression là où elle côtoie la pensée. En fait, il n’y a qu’une ligne de démarcation ténue entre la tentative de l’État de contrôler la possession de matériel expressif par la personne qui l’a créé et la tentative de l’État de contrôler la pensée ou l’opinion. La distinction entre la pensée et l’expression peut être difficile à établir. Nous disons « penser à voix haute » parce que c’est souvent ce que nous faisons : dans bien des cas, nos pensées ne prennent forme que par leur expression. L’interdiction de l’expression de nos rêveries personnelles frôle dangereusement la criminalisation de la simple expression de la pensée.

Les mêmes préoccupations naissent à l’égard des représentations de soi, c’est-à-dire les enregistrements visuels qu’une personne fait d’elle-même seule, qu’elle conserve privément et qui sont destinés exclusivement à son usage personnel. Là encore, du matériel de cette nature peut être important pour l’épanouissement personnel, la réalisation de soi ainsi que l’exploration et l’identité sexuelles de l’adolescent. Des considérations similaires s’appliquent lorsque l’auteur de l’enregistrement n’est pas le seul sujet représenté, c’est-à-dire lorsque des actes sexuels légaux sont présentés dans un enregistrement visuel, comme une photo ou un vidéo, et conservés privément par les participants exclusivement pour leur usage personnel. En théorie, ce matériel peut renforcer de saines relations sexuelles et la réalisation de soi. Par exemple, deux adolescents pourraient faire grandir une relation d’amour et de respect en se servant de photos érotiques d’eux-mêmes se livrant à une activité sexuelle. Les inconvénients que l’inclusion de ce matériel présente pour le droit à la liberté d’expres-

free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children.

I conclude that in broad impact and general application, the limits s. 163.1(4) imposes on free expression are justified by the protection the law affords children from exploitation and abuse. I cannot, however, arrive at the same conclusion in regard to the two problematic categories of materials described above. The legislation prohibits a person from articulating thoughts in writing or visual images, even if the result is intended only for his or her own eyes. It further prohibits a teenager from possessing, again exclusively for personal use, sexually explicit photographs or videotapes of him- or herself alone or engaged with a partner in lawful sexual activity. The inclusion of these peripheral materials in the law's prohibition trenches heavily on freedom of expression while adding little to the protection the law provides children. To this extent, the law cannot be considered proportionate in its effects, and the infringement of s. 2(b) contemplated by the legislation is not demonstrably justifiable under s. 1.

D. Remedy

Confronted with a law that is substantially constitutional and peripherally problematic, the Court may consider a number of alternatives. One is to strike out the entire law. This was the choice of the trial judge and the majority of the British Columbia Court of Appeal. The difficulty with this remedy is that it nullifies a law that is valid in most of its applications. Until Parliament can pass another law, the evil targeted goes unremedied. Why, one might well ask, should a law that is substantially constitutional be struck down simply because the accused can point to a hypothetical application that

sion l'emportent sur les avantages ténus qu'elle pourrait avoir en matière de prévention du préjudice causé aux enfants.

Je conclus que, du point de vue de l'application générale du par. 163.1(4) et de son effet global, les limites qu'il impose à la liberté d'expression sont justifiées par le fait qu'il protège les enfants contre l'exploitation et les mauvais traitements. Je suis toutefois incapable d'arriver à la même conclusion en ce qui concerne les deux catégories problématiques de matériel décrites plus haut. La mesure législative interdit à une personne d'exprimer ses pensées dans des écrits ou des images, même si ceux-ci ne sont destinés qu'à son usage personnel. Elle interdit en outre à un adolescent d'avoir en sa possession, là encore exclusivement pour son usage personnel, des photos ou des enregistrements vidéo sexuellement explicites de lui-même, seul ou en compagnie d'une autre personne avec laquelle il se livre à une activité sexuelle légale. L'inclusion de ce matériel limitrophe dans le champ d'application de l'interdiction empiète lourdement sur la liberté d'expression et ajoute peu à la protection que la disposition assure aux enfants. Dans cette mesure, la disposition ne peut pas être considérée comme proportionnée sur le plan de ses effets, et l'atteinte à l'al. 2b) qu'elle prévoit n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

D. La réparation

En présence d'une disposition législative substantiellement constitutionnelle et marginalement problématique, la Cour peut envisager un certain nombre de solutions. L'une consiste à invalider la disposition en entier. C'est le choix qu'ont fait le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le problème que pose cette réparation est qu'elle annule une disposition qui est valide dans la majorité de ses applications. Tant que le législateur n'aura pas pu adopter une autre disposition, le mal visé ne pourra pas être corrigé. Pourquoi, pourrait-on se demander, devrait-on invalider une disposition substantiellement constitutionnelle tout simplement parce que l'accusé est capable de signaler une application hypothétique qui n'a absolument rien à voir

is far removed from his own case which might not be constitutional?

112 Another alternative might be to hold that the law as it applies to the case at bar is valid, declining to find it unconstitutional on the basis of a hypothetical scenario that has not yet arisen. In the United States, courts have frequently declined to strike out laws on the basis of hypothetical situations not before the court, although less so in First Amendment (free expression) cases. While the Canadian jurisprudence on the question is young, thus far it suggests that laws may be struck out on the basis of hypothetical situations, provided they are “reasonable”.

113 Yet another alternative might be to uphold the law on the basis that it is constitutionally valid in the vast majority of its applications and stipulate that if and when unconstitutional applications arise, the accused may seek a constitutional exemption. Ross, who concludes that s. 163.1(4) is constitutional in most but not all of its applications, recommends this remedy: Ross, *supra*, at p. 58.

114 I find it unnecessary to canvas any of these suggestions further because in my view the appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the problematic applications of s. 163.1, following *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. *Schachter* suggests that the problem of peripheral unconstitutional provisions or applications of a law may be addressed by striking down the legislation, severing of the offending sections (with or without a temporary suspension of invalidity), reading down, or reading in. The Court decides on the appropriate remedy on the basis of “twin guiding principles”: respect for the role of Parliament, and respect for the purposes of the *Charter* (p. 715). Applying these principles, I

avec son propre cas et qui pourrait être inconstitutionnelle?

Il serait aussi possible de déclarer la disposition valide dans la mesure où elle s’applique à la présente affaire, et de refuser de la juger inconstitutionnelle sur la base d’un scénario hypothétique qui ne s’est pas encore présenté. Aux États-Unis, les tribunaux ont fréquemment refusé d’invalider des lois sur la base de situations hypothétiques n’ayant pas donné lieu à contestation judiciaire, quoiqu’ils refusent moins souvent de le faire dans les cas où le Premier amendement (liberté d’expression) est invoqué. Même si la jurisprudence canadienne sur la question est récente, elle semble avoir indiqué, jusqu’à maintenant, que des lois peuvent être invalidées sur la base de situations hypothétiques, pourvu que celles-ci soient « raisonnables ».

Il y aurait aussi la possibilité de confirmer la validité de la disposition pour le motif qu’elle est constitutionnelle dans la grande majorité de ses applications et de préciser que, en cas d’applications inconstitutionnelles, l’accusé peut demander une exception constitutionnelle. Ross, qui conclut que le par. 163.1(4) est constitutionnel dans la plupart mais non dans la totalité de ses applications, recommande cette réparation : Ross, *loc. cit.*, p. 58.

Je ne juge pas nécessaire d’examiner plus en détail l’une ou l’autre de ces suggestions puisque, à mon avis, la réparation qui convient en l’espèce consiste à exclure de la portée de l’art. 163.1, au moyen d’une interprétation large, les applications problématiques de cette disposition, conformément à l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Selon cet arrêt, il est possible de résoudre le problème des dispositions ou applications limitrophes inconstitutionnelles en invalidant la mesure législative, en en supprimant les dispositions attentatoires (avec ou sans suspension temporaire de l’invalidité) ou en lui donnant une interprétation atténuante ou une interprétation large. Le tribunal détermine la réparation convenable conformément aux « deux principes directeurs » : le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte* (p. 715). En appliquant ces principes, je conclus que, dans les circonstances de la présente

conclude that in the circumstances of the case reading in an exclusion is the appropriate remedy.

To assess the appropriateness of reading in as a remedy, we must identify a distinct provision that can be read into the existing legislation to preserve its constitutional balance. In this case, s. 163.1 might be read as incorporating an exception for the possession of:

1. Self-created expressive material: i.e., any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and
2. Private recordings of lawful sexual activity: i.e., any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use.

The first category would protect written or visual expressions of thought, created through the efforts of a single individual, and held by that person for his or her eyes alone. The teenager's confidential diary would fall within this category, as would any other written work or visual representation confined to a single person in its creation, possession and intended audience.

The second category would protect auto-depictions, such as photographs taken by a child or adolescent of him- or herself alone, kept in strict privacy and intended for personal use only. It would also extend to protect the recording of lawful sexual activity, provided certain conditions were met. The person possessing the recording must have personally recorded or participated in the sexual activity in question. That activity must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children. All parties must also have consented to the creation of the record. The recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein. Thus, for exam-

affaire, l'inclusion d'une exception par interprétation large est la réparation convenable.

Pour décider s'il convient d'accorder une réparation au moyen d'une interprétation large, il nous faut identifier une disposition précise qui pourrait être incluse dans la loi existante afin d'en maintenir l'équilibre constitutionnel. En l'espèce, l'art. 163.1 pourrait être considéré comme incorporant une exception applicable à la possession :

1. de matériel expressif créé par l'intéressé : c'est-à-dire les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel;
2. d'enregistrements privés d'une activité sexuelle légale : c'est-à-dire tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel.

La première catégorie protégerait les expressions écrites ou visuelles de la pensée créées par une seule personne et conservées par celle-ci pour son seul usage personnel. Le journal intime de l'adolescent entrerait dans cette catégorie, de même que toute autre œuvre écrite ou représentation créée par une seule personne, qui est en la possession exclusive de cette personne et qui est destinée à être vue uniquement par elle.

La seconde catégorie protégerait la représentation d'une personne par elle-même, comme la photo qu'un enfant ou un adolescent a prise de lui-même seul, qu'il conserve strictement en privé et qui est destinée à son seul usage personnel. Elle irait jusqu'à protéger l'enregistrement d'une activité sexuelle légale, pourvu que certaines conditions soient remplies. La personne qui a en sa possession l'enregistrement doit avoir enregistré personnellement l'activité sexuelle en question ou y avoir participé. Cette activité ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités. Il faut aussi que toutes les parties aient consenti à la création de l'enregistrement. L'enregistrement doit être con-

ple, a teenage couple would not fall within the law's purview for creating and keeping sexually explicit pictures featuring each other alone, or together engaged in lawful sexual activity, provided these pictures were created together and shared only with one another. The burden of proof in relation to these excepted categories would function in the same manner as that of the defences of "artistic merit", "educational, scientific or medical purpose", and "public good". The accused would raise the exception by pointing to facts capable of bringing him or her within its protection, at which point the Crown would bear the burden of disproving its applicability beyond a reasonable doubt.

117 These two exceptions would necessarily apply as well to the offence of "making child pornography" under s. 163.1(2) (but not to printing, publishing or possessing for the purpose of publishing); otherwise an individual, although immune from prosecution for the possession of such materials, would remain vulnerable to prosecution for their creation.

118 I reiterate that the protection afforded by this exception would extend no further than to materials intended solely for private use. If materials were shown to be held with any intention other than for personal use, their possession would then fall outside the exception's aegis and be subject to the full force of s. 163.1(4). Indeed, such possession might also run afoul of the manufacturing and distributing offences set out in ss. 163.1(2) and 163.1(3).

119 It is apparent that the availability of the second exception turns on whether Parliament had criminalized the depicted sexual activity. Parliament may affect the scope of the exception by narrowing or broadening the range of sexual activity that is criminalized. (More broadly, of course, Par-

servé strictement en privé par la personne qui l'a en sa possession et être destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées. Ainsi, par exemple, la disposition ne s'appliquerait pas à un couple d'adolescents qui créerait et conserverait des photos sexuellement explicites d'eux-mêmes séparément ou ensemble en train de se livrer à une activité sexuelle légale, pourvu qu'ils aient pris les photos ensemble et qu'ils ne les aient échangées qu'entre eux. Le fardeau de la preuve à l'égard de ces catégories d'exceptions serait semblable à celui qui s'applique aux moyens de défense fondés sur la « valeur artistique », le « but éducatif, scientifique ou médical » et le « bien public ». L'accusé soulèverait l'exception en indiquant des faits susceptibles de lui permettre de s'en prévaloir, après quoi il incomberait au ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable que cette exception ne s'applique pas.

Ces deux exceptions s'appliqueraient nécessairement aussi à l'infraction de « production de pornographie juvénile » prévue au par. 163.1(2) (mais non à l'impression et à la publication de ce matériel, ou au fait de l'avoir en sa possession à des fins de publication); sinon, une personne qui ne pourrait pas être poursuivie pour possession de matériel de cette nature resterait susceptible de l'être pour l'avoir créé.

Je répète que la protection accordée par cette exception ne s'appliquerait qu'au matériel destiné uniquement à un usage personnel. S'il était démontré que du matériel est conservé à une autre fin que l'usage personnel, la possession de ce matériel ne relèverait plus de l'exception et tomberait entièrement sous le coup du par. 163.1(4). En fait, une telle possession pourrait aussi tomber sous le coup des dispositions relatives aux infractions de production et de distribution des par. 163.1(2) et (3).

Il appert que la possibilité de se prévaloir de la seconde exception dépend de la question de savoir si le législateur a criminalisé l'activité sexuelle représentée. Le législateur peut modifier le champ d'application de l'exception en restreignant ou en élargissant l'étendue des activités sexuelles crimi-

liament, in its wisdom, may choose to redraft the statute to reflect the concerns that compel the Court to hold that the statute cannot constitutionally apply to the two stipulated exceptions.)

Thus described, the proposed exception relates only to materials that pose a negligible risk of harm to children, while deeply implicating s. 2(b) values and the s. 7 liberty interest by virtue of their intensely private nature and potential connection to self-fulfilment and self-actualization. With the contours of this exception in mind, I proceed to the question of whether reading in this exception is the appropriate remedy for the overbreadth of s. 163.1(4).

Schachter, supra, holds that reading in will be appropriate only where (1) the legislative objective is obvious and reading in would further that objective or constitute a lesser interference with that objective than would striking down the legislation; (2) the choice of means used by the legislature to further the legislation's objective is not so unequivocal that reading in would constitute an unacceptable intrusion into the legislative domain; and (3) reading in would not require an intrusion into legislative budgetary decisions so substantial as to change the nature of the particular legislative enterprise. The third requirement is not of concern here. The first two inquiries — conformity with legislative objective and avoidance of unacceptable law-making — require more discussion.

The first question is whether the legislative objective of s. 163.1(4) is evident. In my view it is. The purpose of the legislation is to protect children from exploitation and abuse by prohibiting possession of material that presents a reasoned risk of harm to children. This question leads to a second: whether reading in will further that objective. In

nalisées. (Dans un sens plus large, il va sans dire que le législateur peut, dans sa sagesse, choisir de reformuler la disposition en cause de manière à dissiper les préoccupations qui obligent notre Cour à statuer que cette disposition ne peut pas s'appliquer constitutionnellement aux deux exceptions prévues.)

Ainsi décrite, l'exception proposée ne s'applique qu'au matériel qui ne présente qu'un risque négligeable de préjudice pour les enfants, mais qui touche profondément aux valeurs consacrées par l'al. 2b) et au droit à la liberté garanti par l'art. 7, en raison de sa nature extrêmement privée et de son lien potentiel avec l'épanouissement personnel et la réalisation de soi. Ayant en tête les paramètres de cette exception, je passe maintenant à la question de savoir si le fait d'inclure cette exception par interprétation large est la façon convenable de remédier à la portée excessive du par. 163.1(4).

Selon l'arrêt *Schachter*, précité, l'interprétation large n'est appropriée que si les critères suivants sont respectés : (1) l'objectif du législateur est évident et l'interprétation large favoriserait l'atteinte de cet objectif ou constituerait un empiétement moindre sur cet objectif que l'invalidation de la mesure législative en cause; (2) le choix des moyens utilisés par le législateur pour atteindre son objectif n'est pas assez incontestable pour que l'interprétation large constitue un empiétement inacceptable sur le domaine législatif; (3) l'interprétation large ne nécessiterait pas un empiétement si important sur les décisions financières du législateur qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question. Le troisième critère n'est pas pertinent en l'espèce. Les deux premiers critères — la compatibilité avec l'objectif du législateur et la nécessité d'éviter un empiétement inacceptable sur le domaine législatif — exigent un examen plus approfondi.

Il s'agit en premier lieu de savoir si l'objectif du par. 163.1(4) est évident. Selon moi, il l'est. La disposition vise à protéger les enfants contre l'exploitation et les mauvais traitements en interdisant la possession de matériel qui suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne leur soit causé. Cette question en entraîne une deuxième : celle de savoir

120

121

122

other words, will precluding the offending applications of the law better conform to Parliament's objective than striking down the whole law? Again the answer is clearly yes. The applications of the law that pose constitutional problems are exactly those whose relation to the objective of the legislation is most remote. Carving out those applications by incorporating the proposed exception will not undermine the force of the law; rather, it will preserve the force of the statute while also recognizing the purposes of the *Charter*. The defects of the section are not so great that their exclusion amounts to impermissible redrafting, as was the case in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, and *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761. The new exceptions resemble those that Parliament has already created and are consistent with its overall approach of catching mainstream child pornography reasonably linked to harm while excluding peripheral material that engages free speech values. Moreover, since the problematic applications lie on the periphery of the material targeted by Parliament, carving them out will not create an exception-riddled provision bearing little resemblance to the provision envisioned by Parliament. This suggests that excluding the offending applications of the law will not subvert Parliament's object. On the other hand, striking down the statute altogether would assuredly undermine Parliament's object, making it impossible to combat the lawfully targeted harms until it can pass new legislation.

si une interprétation large favorisera la réalisation de cet objectif. En d'autres termes, est-il plus compatible avec l'objectif du législateur d'empêcher les applications attentatoires de la disposition en cause que d'invalider complètement cette disposition? Là encore, la réponse est nettement affirmative. Les applications de la disposition qui posent des problèmes constitutionnels sont exactement celles qui ont le lien le plus ténu avec l'objectif du législateur. L'élimination de ces applications par l'inclusion de l'exception proposée n'affaiblira pas l'effet de la disposition; au contraire, elle préservera son effet tout en tenant compte des objectifs de la *Charte*. Les lacunes de la disposition ne sont pas importantes au point de nécessiter une reformulation inacceptable pour les éliminer, comme c'était le cas dans les arrêts *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, et *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761. Les nouvelles exceptions ressemblent à celles que le législateur a déjà créées et elles s'harmonisent avec sa façon globale de s'attaquer au phénomène général de la pornographie juvénile raisonnablement liée à un préjudice, tout en excluant le matériel limitrophe qui fait intervenir les valeurs protégées par la liberté d'expression. De plus, comme les applications problématiques se situent aux confins du matériel visé par le législateur, leur élimination ne donnera pas une disposition cousue d'exceptions, ressemblant peu à celle qu'envisageait le législateur. Cela montre que l'élimination des applications attentatoires de la disposition ne minera pas l'objectif du législateur. Par contre, l'invalidation complète de la disposition minerait sûrement l'objectif du législateur en empêchant la lutte contre les préjudices légitimement visés tant qu'il n'aurait pas adopté une nouvelle disposition.

123

I recognize that questions may arise in the application of the excepted categories. However, the same may be said for s. 163.1 as drafted. It will be for the courts to consider precise questions of interpretation if and when they arise, bearing in mind Parliament's fundamental object: to ban possession of child pornography which raises a reasoned apprehension of harm to children.

Je reconnais que l'application des catégories d'exceptions peut soulever certaines questions. On peut toutefois en dire autant du texte actuel de l'art. 163.1. Il appartiendra aux tribunaux de se pencher sur des questions d'interprétation précises lorsqu'elles seront soulevées, en tenant compte de l'objectif fondamental du législateur, qui est d'interdire la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants.

The second prong of *Schachter, supra*, is directed to the possibility that reading in, though recognizing the objective of the legislation, may nonetheless undermine legislative intent by substituting one means of effecting that intent with another. As we noted in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the relevant question is “what the legislature would . . . have done if it had known that its chosen measures would be found unconstitutional” (para. 167). If it is not clear that the legislature would have enacted the legislation without the problematic provisions or aspects, then reading in a term may not provide the appropriate remedy. This concern has more relevance where the legislature has made a “deliberate choice of means” by which to reach its objective. Even in such a case, however, “a deliberate choice of means will not act as a bar to reading in save for those circumstances in which the means chosen can be shown to be of such centrality to the aims of the legislature and so integral to the scheme of the legislation, that the legislature would not have enacted the statute without them”: *Vriend, supra*, at para. 167.

In the present case it cannot be said that the legislature has made a deliberate choice of means in the sense that phrase was used in *Vriend, supra*. Clearly, s. 163.1(4) is a deliberate choice of means in the general sense that the provision was adopted to address the problem of child abuse and exploitation. I see no evidence, however, that Parliament saw the statute’s application to the two problematic categories of materials (i.e., self-created expressive materials and private recordings that do not depict unlawful sexual activity) as an integral part of the legislative scheme. On the contrary, given that the risk to children posed by materials falling within these two categories is relatively remote, it seems reasonable to conclude that such materials are caught incidentally, not deliberately, and that Parliament would have excluded these two categories from the purview of the law had it

Le deuxième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Schachter*, précité, porte sur la possibilité que l’interprétation large, même si elle reconnaît l’objectif de la loi, puisse néanmoins altérer l’intention du législateur en remplaçant un moyen de mettre à exécution cette intention par un autre moyen. Comme nous l’avons noté dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la question pertinente consiste à se demander « ce que le législateur aurait [. . .] fait s’il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles » (par. 167). S’il n’est pas évident que le législateur aurait adopté la mesure législative sans les dispositions ou les aspects problématiques, il se peut alors que l’inclusion d’une condition par interprétation large ne constitue pas la réparation convenable. Cette préoccupation est plus pertinente lorsque le législateur a fait un « choix délibéré des moyens » qui permettraient d’atteindre son objectif. Cependant, même dans ce cas, « le choix délibéré des moyens n’empêche pas le recours à l’interprétation large, sauf dans les cas où l’on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l’économie de la loi que le législateur ne l’aurait pas adoptée sans eux » : *Vriend*, précité, par. 167.

En l’espèce, on ne peut pas dire que le législateur a fait un choix délibéré des moyens au sens où on l’entend dans l’arrêt *Vriend*, précité. Le paragraphe 163.1(4) est nettement un choix délibéré de moyens en ce sens général que la disposition a été adoptée pour régler le problème de l’exploitation et des mauvais traitements dont sont victimes les enfants. Je ne vois cependant aucune preuve que le législateur considérait que l’application de la disposition aux deux catégories problématiques de matériel (c’est-à-dire le matériel expressif créé par l’intéressé et les enregistrements privés qui ne représentent pas des activités sexuelles illégales) faisait partie intégrante de son régime législatif. Au contraire, comme le risque auquel le matériel compris dans ces deux catégories expose les enfants est relativement peu élevé, il semble raisonnable de conclure que le matériel de cette nature est visé de manière incidente et non intentionnelle et que le législateur aurait soustrait ces deux catégories à

been seized of the difficulty raised by their inclusion.

126 The legislative history of Bill C-128, which introduced s. 163.1(4), reinforces my view that reading in an exclusion of the problematic material would not unduly intrude on the legislative domain. As was noted during the Senate Committee's proceedings, there had over the years been a great deal of debate, both within Parliament and in the country more generally, about the problem of child pornography and the appropriate way to address it (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 50, June 21, 1993, at p. 50:41 (statement of Richard Mosley, Chief Policy Counsel, Criminal and Social Policy, Department of Justice)).

127 After expressing concern over the potential for constitutional problems arising from Bill C-128, the Honorable Gerald-A. Beaudoin, Chairman of the Senate Committee, concluded:

There is, obviously, also the problem the courts will face. The Supreme Court of Canada has to interpret the Constitution and the Criminal Code. If the legislation is very vague, greater power is given to the judges. This is a difficulty which, in cases involving obscenity and pornography, perhaps, cannot be avoided. In other words, to a certain extent it has to be left to the courts.

(*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 51, June 22, 1993, at p. 51:54)

As Senator Beaudoin predicted, it has fallen to the Courts to interpret s. 163.1(4) and judge its ultimate validity in accordance with that interpretation. The British Columbia Courts found the law constitutionally wanting and struck it down in its entirety. I too, find it to be constitutionally imperfect. However, the defects lie at the periphery of the law's application. In my view, the appropriate remedy is to uphold the law in its broad application, while holding that it must not be applied to two categories of material, as described above: self-created, privately held expressive materials

l'application de la disposition s'il avait été au fait du problème que pose leur inclusion.

L'historique du projet de loi C-128, qui ajouta le par. 163.1(4), renforce mon point de vue que le fait d'inclure, par interprétation large, une exception visant le matériel problématique ne constituerait pas un empiétement excessif sur le domaine législatif. Comme on l'a souligné pendant les délibérations du comité sénatorial, le problème de la pornographie juvénile et la façon appropriée de le résoudre ont fait l'objet de nombreux débats au fil des ans, tant au Parlement qu'à l'échelle du pays (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 50, 21 juin 1993, p. 50:41 (déclaration de Richard Mosley, premier conseiller en politiques, Politiques pénales et sociales, ministère de la Justice)).

Après avoir exprimé des craintes au sujet de la possibilité que le projet de loi C-128 engendre des problèmes constitutionnels, l'honorable Gerald-A. Beaudoin, président du comité sénatorial, a conclu en ces termes :

Évidemment, les tribunaux vont se trouver également face à un problème. La Cour suprême du Canada doit interpréter la Constitution et le Code criminel. Si la loi est trop vague, cela confère davantage de pouvoirs aux juges. C'est un problème qu'il n'est peut-être pas possible d'éviter dans les cas d'obscénité et de pornographie. Autrement dit, il faut laisser une plus grande latitude aux tribunaux.

(*Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 51, 22 juin 1993, p. 51:54)

Comme l'avait prédit le sénateur Beaudoin, les tribunaux ont été appelés à interpréter le par. 163.1(4) et à décider de sa validité au regard de cette interprétation. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont conclu que la disposition était constitutionnellement déficiente et ils l'ont invalidée en entier. J'estime moi aussi qu'elle est déficiente sur le plan constitutionnel. Toutefois, les déficiences se situent aux confins de son champ d'application. À mon avis, la réparation convenable consiste à confirmer la validité de la disposition en ce qui concerne son application générale

and private recordings that do not depict unlawful sexual activity.

E. Summary

I would summarize my conclusions with respect to s. 163.1(4) in general terms as follows:

1. The offence prohibits the possession of photographs, film, videos and other visual representations that show or depict a person under the age of 18 engaged in explicit sexual activity. Visual representations of any activity that falls short of this threshold are not caught. Thus, representations of casual intimacy, such as depictions of kissing or hugging, are not covered by the offence.

2. The offence prohibits the possession of visual representations that feature, as a dominant characteristic, the depiction of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 for a sexual purpose. Innocent photographs of a baby in the bath and other representations of non-sexual nudity are not covered by the offence.

3. The offence prohibits the possession of written or visual material that actively induces or encourages unlawful sexual activity with persons under the age of 18. Written description that falls short of this threshold is not covered by the offence.

4. Courts should take an objective approach to determining whether material falls within the definition of child pornography. The question is whether a reasonable person would conclude, for example, that the impugned material portrays “explicit” sexual activity, or that the material “advocates or counsels” sexual offences with persons under 18. Courts should also take

tout en statuant qu’elle ne doit pas être appliquée aux deux catégories de matériel décrites plus haut : le matériel expressif créé par une personne et conservé privément, et les enregistrements privés qui ne représentent pas des activités sexuelles illégales.

E. Résumé

Voici un résumé général de mes conclusions concernant le par. 163.1(4) :

1. La disposition interdit la possession de photos, de films, de vidéos ou de toute autre représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle, qui se livre à une activité sexuelle explicite. Les représentations d’activités qui ne satisfont pas à ce critère ne sont pas visées. Par conséquent, la représentation d’actes intimes anodins, comme un baiser ou une étreinte, n’est pas visée par la disposition créant l’infraction.

2. La disposition interdit la possession de représentations dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d’une personne âgée de moins de 18 ans. Les photos innocentes d’un bébé dans une baignoire et les autres représentations de nudité non sexuelle ne sont pas visées par la disposition créant l’infraction.

3. La disposition interdit la possession d’écrits ou de matériel visuel qui encouragent une activité sexuelle illégale avec une personne âgée de moins de 18 ans. Les écrits qui ne satisfont pas à ce critère ne sont pas visés par la disposition créant l’infraction.

4. Les tribunaux devraient adopter une méthode objective pour déterminer si un type de matériel est visé par la définition de la pornographie juvénile. Il s’agit de déterminer si une personne raisonnable conclurait, par exemple, que le matériel contesté représente une activité sexuelle « explicite » ou s’il « préconise ou conseille » la perpétration d’infractions d’ordre sexuel avec des personnes âgées de moins de 18 ans. Les tribunaux devraient également adopter une méthode objective pour déterminer si un

an objective approach in determining the availability of any statutory defence.

5. The various statutory defences (i.e., artistic merit; educational, scientific or medical purpose; and public good) must be interpreted liberally to protect freedom of expression, as well as possession for socially redeeming purposes.

6. The guarantees provided in ss. 2(b) and 7 of the *Charter* require the recognition of two exceptions to s. 163.1(4), where the prohibition's intrusion into free expression and privacy is most pronounced and its benefits most attenuated:

(a) The first exception protects the possession of expressive material created through the efforts of a single person and held by that person alone, exclusively for his or her own personal use. This exception protects deeply private expression, such as personal journals and drawings, intended solely for the eyes of their creator.

(b) The second exception protects a person's possession of visual recordings created by or depicting that person, but only where these recordings do not depict unlawful sexual activity, are held only for private use, and were created with the consent of those persons depicted.

7. These two exceptions apply equally to the offence of "making" child pornography under s. 163.1(2).

8. Neither exception affords protection to a person harbouring any other intention than private possession; any intention to distribute, publish, print, share or in any other way disseminate these materials will subject a person to the full force of s. 163.1.

VI. Conclusion

129 I would uphold s. 163.1(4) on the basis that the definition of "child pornography" in s. 163.1

moyen de défense prévu par la loi peut être invoqué.

5. Les divers moyens de défense prévus par la loi (c'est-à-dire la valeur artistique, le but éducatif, scientifique ou médical et le bien public) doivent être interprétés de façon libérale de manière à protéger la liberté d'expression et la possession à des fins sociales dont les avantages rachètent ses lacunes.

6. Les garanties prévues à l'al. 2b) et à l'art. 7 de la *Charte* exigent la reconnaissance de deux exceptions au par. 163.1(4), à savoir le cas où l'atteinte que l'interdiction porte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée est la plus marquée, et ses avantages les plus ténus :

a) La première exception protège la possession de matériel expressif créé par une seule personne qui le conserve exclusivement pour son propre usage personnel. Elle protège également les formes d'expression profondément personnelle comme les journaux intimes et les dessins destinés à l'usage exclusif de leur auteur.

b) La seconde exception protège la possession par une personne d'enregistrements qu'elle a créés ou dans lesquels elle figure, mais seulement si ces enregistrements ne représentent pas une activité sexuelle illégale, si elle les conserve exclusivement pour son usage personnel et s'ils ont été créés avec le consentement des personnes qui y figurent.

7. Ces deux exceptions s'appliquent également à l'infraction de « production » de pornographie juvénile prévue au par. 163.1(2).

8. Aucune de ces exceptions ne protège la personne qui nourrit des intentions autres que la possession personnelle : toute personne ayant eu l'intention de distribuer, publier, imprimer, partager ou, de quelque autre façon, diffuser ce matériel sera assujettie à l'application intégrale de l'art. 163.1.

VI. Conclusion

Je suis d'avis de confirmer la validité du par. 163.1(4) pour le motif que la définition de la

should be read as though it contained an exception for: (1) any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and (2) any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use. The constitutional questions should be answered accordingly.

I would therefore allow the appeal and remit the respondent for trial on all charges.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER AND BASTARACHE JJ. — In this appeal, we are asked to assess the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Court must determine whether Parliament may legitimately criminalize the possession of the material it has defined as child pornography. Specifically, we must decide whether s. 163.1(4) is an unjustified infringement of the right to free expression found in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court is also asked to determine whether s. 163.1(4) infringes s. 7 of the *Charter*. In our view, the s. 7 liberty interest is encompassed in the right of free expression and proportionality falls to be considered under s. 1. Accordingly, no separate s. 7 analysis is required.

A discussion of these constitutional questions must take place within the broad political, social and historical context in which they arise; see *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 438; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1352; see also S. M. Sugunasiri, "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability" (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126, at pp. 133-34. The impugned provision of the *Criminal Code* must also be interpreted in light of *Char-*

« pornographie juvénile », à l'art. 163.1, doit être considérée comme incluant une exception visant (1) les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel, et (2) tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles en conséquence.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'intimé à son procès relativement à toutes les accusations.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER ET BASTARACHE — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour est appelée à évaluer la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Nous devons déterminer si le législateur peut légitimement criminaliser la possession de matériel qu'il a défini comme de la pornographie juvénile. Plus précisément, nous devons décider si le par. 163.1(4) constitue ou non une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Notre Cour est également appelée à décider si le par. 163.1(4) viole l'art. 7 de la *Charte*. À notre avis, le droit à la liberté garanti par l'art. 7 est compris dans le droit à la liberté d'expression et la proportionnalité doit être examinée en vertu de l'article premier. Aucune analyse distincte fondée sur l'art. 7 n'est donc requise.

L'examen de ces questions constitutionnelles doit se faire dans le large contexte politique, social et historique où elles se posent : voir *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, p. 438; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 647; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1352. Voir également S. M. Sugunasiri, « Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability » (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126, p. 133-134. La disposition contestée du *Code criminel* doit également être interprétée à la lumière

130

131

132

ter values reflected in s. 1 as elaborated in cases such as *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136, and *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 64. See *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

133

In the context of this case, the twin considerations of social justice and equality warrant society's active protection of its vulnerable members. Democratic and constitutional principles dictate that every member of society be treated with dignity and respect and accorded full participation in society. In this sense, government legislation that protects the vulnerable plays a vital role. Given our democratic values, it is clear that the *Charter* must not be used to reverse advances made by vulnerable groups or to defeat measures intended to protect the disadvantaged and comparatively powerless members of society. The constitutional protection of a form of expression that undermines our fundamental values must be carefully scrutinized. On this point, it is helpful to refer to *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, where Dickson C.J. stated, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

This principle has been emphasized, *inter alia*, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 86. These reasons explain why we cannot agree with McLachlin C.J. that the scope of the prohibition against the possession of child pornography is overbroad, and why the legislation is justified under s. 1 in its entirety.

des valeurs que reflète l'article premier de la *Charte* et qui sont précisées notamment dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 64. Voir *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Dans le contexte de la présente affaire, les deux considérations que sont la justice et l'égalité sociales justifient la protection active des membres vulnérables de la société. Les principes démocratiques et constitutionnels exigent que chaque membre de la société soit traité avec dignité et respect et admis à participer pleinement à la société. En ce sens, une mesure gouvernementale qui protège les citoyens vulnérables joue un rôle vital. Compte tenu de nos valeurs démocratiques, il est évident que la *Charte* ne doit pas servir à annuler les progrès réalisés par les groupes vulnérables ni à faire obstacle à des mesures visant à protéger les membres désavantagés et comparativement démunis de la société. La protection constitutionnelle d'une forme d'expression qui sape nos valeurs fondamentales doit être soumise à un examen approfondi. Sur ce point, il est utile de se reporter à l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, dans lequel le juge en chef Dickson dit, à la p. 779 :

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Ce principe a été souligné dans d'autres arrêts, dont *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1051; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 86. Nos motifs expliquent pourquoi nous ne pouvons être d'accord avec le juge en chef McLachlin pour dire que la portée de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est excessive et pourquoi le texte législatif contesté est justifié en totalité au sens de l'article premier.

The respondent's argument that s. 163.1(4) is unconstitutional rests on his claim that the prohibition of the possession of child pornography unjustifiably infringes the right to free expression. Section 163.1(4) states:

Every person who possesses any child pornography is guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

Section 163.1(1) defines "child pornography" as:

(a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years; or

(b) any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

These provisions must be read in conjunction with s. 163(3), which provides a "public good" defence:

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

They must also be read in light of the broad defences found in s. 163.1(6):

(6) Where the accused is charged with an offence under subsection (2), (3) or (4), the court shall find the accused not guilty if the representation or written material that is alleged to constitute child pornography has artistic merit or an educational, scientific or medical purpose.

Selon l'intimé, le par. 163.1(4) est inconstitutionnel parce que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'expression. Voici le texte du par. 163.1(4) :

Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :

- a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Suivant le par. 163.1(1), la « pornographie juvénile » s'entend :

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans;

b) de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

Ces dispositions doivent être interprétées conjointement avec le par. 163(3), qui prévoit un moyen de défense fondé sur le « bien public » :

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction ont servi le bien public et n'ont pas outrepassé ce qui a servi celui-ci.

Il faut aussi les interpréter en fonction des moyens de défense généraux prévus au par. 163.1(6) :

(6) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l'écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

135 In this way, “child pornography” was defined by Parliament to encompass a broad range of material that it determined was harmful to children. It includes both representations that involve real children in their production as well as products of the imagination, such as drawings and written material. Importantly, the provisions do not distinguish between representations created by electronic or mechanical means. Both are captured. The definition is designed to cover representations involving persons either under the age of 18 or depicted as being under the age of 18. Nevertheless, Parliament has limited the protection from the harm of child pornography to a certain degree, striking the balance it deemed appropriate between the rights and values at stake.

136 The facts that give rise to this appeal are as follows: Mr. Sharpe was charged with two counts of possession of child pornography for the purpose of distribution or sale, as well as two counts of possession *simpliciter* of child pornography contrary to s. 163.1(4). Prior to the start of his trial in the Supreme Court of British Columbia, the accused challenged the constitutionality of a number of provisions of the *Criminal Code*, including s. 163.1(4).

137 The nature of the materials in the respondent’s possession is typical of the material that may be caught by the impugned provision. Detective Noreen Waters of the Coordinated Law Enforcement Unit (Pornography Portfolio), City of Vancouver Police Department and the chief police investigator in this matter, testified at the *voir dire* that a large quantity of photographs, books and manuscripts as well as 10 computer disks containing a series of stories were seized from the respondent. The photographs were of boys. The great majority of them appear to be under the age of 18, and some appear to be pre-pubescent. With very few exceptions, the boys are naked or mostly naked, and are posed in a manner that prominently displays their genitals. Some photos are of a boy with an erection, and some depict a boy apparently

Ainsi, le législateur a défini la « pornographie juvénile » de façon à englober un matériel très varié qu’il a jugé préjudiciable aux enfants. Elle comprend à la fois des représentations dans lesquelles figurent des enfants, ainsi que des produits de l’imagination comme les dessins et les écrits. Il importe de noter que les dispositions ne font pas de distinction entre les représentations réalisées par des moyens mécaniques et celles réalisées par des moyens électroniques. Les deux sont visées. La définition est conçue de manière à couvrir les représentations impliquant des personnes âgées de moins de 18 ans ou présentées comme telles. Le législateur a néanmoins limité jusqu’à un certain point la protection contre les torts causés par la pornographie juvénile en établissant un équilibre qu’il jugeait approprié entre les droits et les valeurs qui sont en jeu.

Les faits à l’origine du présent pourvoi sont les suivants : M. Sharpe a fait l’objet de deux chefs d’accusation de possession de pornographie juvénile en vue de la distribution ou de la vente, ainsi que de deux chefs de simple possession de pornographie juvénile en violation du par. 163.1(4). Avant l’ouverture de son procès devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l’accusé a contesté la constitutionnalité d’un certain nombre de dispositions du *Code criminel*, dont le par. 163.1(4).

La nature du matériel trouvé en la possession de l’intimé est un bon exemple du matériel qui peut être visé par la disposition contestée. Le détective Noreen Waters, de la Coordinated Law Enforcement Unit (Pornography Portfolio) du service de police de Vancouver et enquêteur en chef dans cette affaire, a déclaré au cours du voir-dire qu’une grande quantité de photos, d’ouvrages et de manuscrits ainsi que 10 disquettes renfermant une série de récits ont été saisis chez l’intimé. Il s’agissait de photos de garçons. Ces derniers semblent en grande majorité avoir moins de 18 ans, et certains semblent être préadolescents. À quelques très rares exceptions près, les garçons sont nus ou pratiquement nus, et photographiés d’une façon qui met en évidence leurs organes génitaux. Certaines photos représentent un garçon en érection, et

masturbating. A few photos show two boys embracing or kissing. One photo shows two boys performing fellatio on each other.

Also entered into evidence was a collection of 17 stories written by the respondent. At trial, Detective Waters commented as follows on these stories:

They're extremely violent stories, the majority of them, with sexual acts involving very young children, in most cases, under the age of 10 engaged in sadomasochistic and violent sex acts with either adults and children, other children, both male and female.

They're extremely disturbing with just the descriptions of the sexual acts with the children particularly in relation to circumcision. And the theme is often that the child enjoys the beatings and the sexual violence and that they are wanting it and actually seeking it out.

After reviewing the testimony of Detective Waters and that of Dr. Peter Collins, an expert in forensic psychiatry, sexual deviance and paedophilia, the trial judge ruled that the prohibition of the simple possession of child pornography in s. 163.1(4) violated the right to free expression guaranteed by s. 2(b). He concluded that the violation was not saved by s. 1. Accordingly, the two charges of possession *simpliciter* of child pornography were dismissed: (1999), 22 C.R. (5th) 129. The trial with respect to the charges of possession for the purpose of distribution or sale was adjourned pending the appeal of the trial judge's ruling. The majority of the British Columbia Court of Appeal (Southin and Rowles J.J.A., McEachern C.J.B.C. dissenting) upheld the trial judge's ruling: (1999), 136 C.C.C. (3d) 97. The Attorney General of British Columbia is now appealing.

The right to free expression is at the heart of this appeal. So is child pornography. Under our society's democratic principles, individual freedoms such as expression are not absolute, but may

d'autres, un garçon apparemment en train de se masturber. Quelques photos montrent deux garçons qui s'étreignent ou qui s'embrassent. Une photo montre deux garçons pratiquant mutuellement la fellation.

A aussi été déposée en preuve une collection de 17 récits écrits par l'intimé. Au procès, le détective Waters a fait les commentaires suivants au sujet de ces récits :

[TRADUCTION] Il s'agit de récits extrêmement violents, pour la plupart, avec des actes sexuels impliquant de très jeunes enfants, dans la plupart des cas, âgés de moins de 10 ans, qui se livrent à des actes sexuels sadomasochistes et violents soit avec des adultes et des enfants, soit avec d'autres enfants, des deux sexes.

Ils sont extrêmement troublants en raison même des descriptions des actes sexuels avec les enfants, tout particulièrement en ce qui a trait à la circoncision. Et ils ont souvent pour thème que l'enfant prend plaisir aux coups et à la violence sexuelle et qu'il en demande et en redemande.

Après avoir examiné le témoignage du détective Waters et celui du Dr Peter Collins, expert en psychiatrie médico-légale, en déviance sexuelle et en pédophilie, le juge du procès a décidé que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile, au par. 163.1(4), portait atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte*. Il a conclu que l'atteinte n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. En conséquence, les deux chefs d'accusation de simple possession de pornographie juvénile ont été rejetés : (1999), 22 C.R. (5th) 129. Le procès relatif aux deux chefs d'accusation de possession de pornographie juvénile en vue de la distribution ou de la vente a été ajourné pendant l'appel de la décision du juge du procès. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité (les juges Southin et Rowles, avec la dissidence du juge en chef McEachern), a confirmé la décision du juge du procès : (1999), 136 C.C.C. (3d) 97. Le procureur général de la Colombie-Britannique forme le présent pourvoi.

Le droit à la liberté d'expression, tout comme la pornographie juvénile, est au cœur du pourvoi. En vertu des principes démocratiques de notre société, les libertés individuelles comme la liberté d'ex-

138

139

140

be limited in consideration of a broader spectrum of rights, including equality and security of the person; see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 61; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877. The context here is one of competing rights; we must keep this in mind when determining whether s. 163.1(4) is an unjustified violation of the respondent's right to free expression.

I. Freedom of Expression

A. *The Nature and Scope of the Guarantee to Free Expression in Section 2(b) of the Charter*

141 Even before the advent of the *Charter*, Canadian courts recognized that the right to free expression was a fundamental part of democratic values, and a necessary element in ensuring the participation of individuals and groups in society; see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 583-86. After the right to free expression was entrenched in the *Charter*, courts acknowledged that its value extended beyond the simple need for participation in a democratic society; see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 764; *Edmonton Journal*, *supra*; *Irwin Toy*, *supra*; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. In *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, the majority identified three values which form the foundation of the right to free expression: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making should be fostered and encouraged; and (3) diversity in the forms of individual self-fulfilment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom the meaning is conveyed.

142 The core values emphasized in *Irwin Toy*, *supra*, and in later cases such as *Keegstra*, *supra*, identify the purpose of the right to free expression in a free and democratic society. The importance of the right rests, in part, in expression's role in affirming individual ideas and communicating views. How-

pression ne sont pas absolues, mais peuvent être limitées eu égard à une gamme plus vaste de droits, dont celui à l'égalité et à la sécurité de la personne : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877. Les droits en présence s'opposent, ce dont il faut tenir compte pour déterminer si le par. 163.1(4) est une atteinte injustifiée au droit de l'intimé à la liberté d'expression.

I. La liberté d'expression

A. *La nature et la portée de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte*

Même avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont reconnu que le droit à la liberté d'expression était une partie fondamentale des valeurs démocratiques et un élément essentiel pour assurer la participation des personnes et des groupes au sein de la société : voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 583-586. Après l'inclusion du droit à la liberté d'expression dans la *Charte*, les tribunaux ont reconnu que sa valeur englobait davantage que le seul besoin de participation au sein d'une société démocratique : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 764; *Edmonton Journal*, précité; *Irwin Toy*, précité; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, les juges majoritaires ont identifié trois valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression : (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi, (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée, et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

L'objet du droit à la liberté d'expression dans une société libre et démocratique se dégage des valeurs fondamentales soulignées dans *Irwin Toy*, précité, et dans des arrêts subséquents comme *Keegstra*, précité. L'importance de ce droit repose en partie sur le rôle que joue l'expression dans

ever, it must be remembered that the individual right to free expression is exercised within a broad societal context. As stated in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, the self-realization of those whose activities or representations convey meaning is linked to the self-realization of those to whom the meaning is conveyed. In this sense, the values identified as central to free expression take into account the fact that individual and societal goals are not mutually exclusive.

The Supreme Court of Canada has dealt with the right to free expression in a number of cases, including *Dolphin Delivery*, *supra*; *Ford*, *supra*; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Edmonton Journal*, *supra*; *Irwin Toy*, *supra*; *Taylor*, *supra*; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Keegstra*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Butler*, *supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. From the outset, the Court defined “expression” broadly to mean any activity or representation that conveys meaning or attempts to convey meaning in a non-violent form; see, for example, *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of Criminal Code*, *supra*, at p. 1180; *Rocket*, *supra*, at p. 244; and *Keegstra*, *supra*, at pp. 729 and 826.

The right to free expression extends, for example, to commercial expression. In *Ford*, *supra*, at p. 767, the Court underscored the basis for the protection of commercial expression as follows:

Over and above its intrinsic value as expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers plays a significant role

l'affirmation des idées personnelles et la communication des points de vue. Toutefois il ne faut pas oublier que le droit individuel à la liberté d'expression s'exerce dans un large contexte social. Comme le précise l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, l'épanouissement personnel de ceux dont les activités ou les représentations transmettent un message est lié à l'épanouissement personnel de ceux à qui ce message est destiné. Dans ce sens, les valeurs décrites comme essentielles à la liberté d'expression tiennent compte du fait que les objectifs individuels et les objectifs sociétaux ne s'excluent pas mutuellement.

La Cour suprême du Canada a traité du droit à la liberté d'expression dans de nombreux arrêts, notamment *Dolphin Delivery*, précité; *Ford*, précité; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Edmonton Journal*, précité; *Irwin Toy*, précité; *Taylor*, précité; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Butler*, précité; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. Dès le début, notre Cour a donné au mot « expression » une définition large englobant toute activité ou représentation qui transmet ou tente de transmettre un message sous une forme non violente : voir, par exemple, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, p. 1180, *Rocket*, précité, p. 244, et *Keegstra*, précité, p. 729 et 826.

Le droit à la liberté d'expression vise, par exemple, l'expression commerciale. Dans l'arrêt *Ford*, précité, p. 767, notre Cour a souligné en ces termes le fondement de la protection de l'expression commerciale :

Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui

in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy.

See also *Irwin Toy, supra*, and *RJR-MacDonald, supra*. Similarly, the Court has recognized that picketing has a communicative element and is therefore protected by s. 2(b); see *Dolphin Delivery, supra*, at p. 588; *B.C.G.E.U., supra*; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083.

145 The Court has also had occasion to deal with the issue of hate propaganda. In *Irwin Toy, supra*, the majority affirmed the doctrine of content neutrality, stating that s. 2(b) protects all messages, “however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream” (p. 968); see also *Keegstra, supra*, at p. 729. In *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, the Court, applying this principle, unanimously concluded that the content-neutral approach to s. 2(b) meant that even deliberate falsehoods are a protected form of expression.

146 The Court was asked to address the subject of pornography in *Butler, supra*, finding that pornography, including obscenity, was protected expression. Since there are no content-based restrictions on s. 2(b), it followed that pornographic material, no matter how offensive, was covered by the s. 2(b) guarantee.

147 From these cases, it is clear that in characterizing the right to free expression under s. 2(b), the Court has developed a two-pronged test. Initially, courts must determine whether the activity in question is expression for the purposes of s. 2(b). It is incumbent upon the person alleging a violation to prove that the activity conveys or attempts to convey meaning. The Court has stressed that the content of the expression is irrelevant; provided that there is an attempt to convey meaning, s. 2(b)

l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle.

Voir également les arrêts *Irwin Toy* et *RJR-MacDonald*, précités. De même, notre Cour a reconnu que le piquetage comporte un élément de communication et bénéficie donc de la protection de l'al. 2b) : voir *Dolphin Delivery*, précité, p. 588; *B.C.G.E.U.*, précité, et *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083.

Notre Cour a aussi eu l'occasion d'examiner la question de la propagande haineuse. Dans *Irwin Toy*, précité, les juges majoritaires ont réitéré le principe de la neutralité du contenu, en déclarant que l'al. 2b) protège tous les messages, « aussi impopulaires, déplaisant[s] ou contestataires » soient-ils (p. 968) : voir également *Keegstra*, précité, p. 729. Dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, notre Cour, appliquant ce principe, a conclu à l'unanimité que la façon d'aborder l'al. 2b) selon la méthode de la neutralité du contenu du message signifiait que même les faussetés délibérées constituent une forme protégée d'expression.

Appelée à aborder la question de la pornographie dans l'arrêt *Butler*, précité, notre Cour a statué que la pornographie, y compris l'obscénité, est une forme d'expression protégée. Comme l'al. 2b) ne comporte aucune restriction fondée sur le contenu, il s'ensuit que le matériel pornographique, aussi choquant soit-il, est visé par la garantie de cet alinéa.

Il ressort clairement de ces arrêts que, pour qualifier le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b), la Cour a établi un critère à deux volets. Tout d'abord, les tribunaux doivent déterminer si l'activité en cause est une expression aux fins de l'al. 2b). Il incombe à la personne qui allègue l'existence d'une atteinte de prouver que l'activité transmet ou tente de transmettre un message. Notre Cour a souligné que le contenu de l'expression n'est pas pertinent; pourvu qu'il y ait tentative de

is engaged; see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, supra*; *Butler, supra*; *Zundel, supra*, at p. 753. The exception to this general principle is that s. 2(b) does not protect activity which conveys a meaning but does so in a violent form. The Court has indeed recognized that expression consists of both content and form, two distinct expressive elements that are inextricably connected; see *Keegstra, supra*, at p. 729; *Irwin Toy, supra*, at p. 968.

Once it is established that the activity in question conveys or attempts to convey meaning in a non-violent form, courts must turn to the second stage of the analysis. This involves a determination of whether the law or government action actually restricts expression. Determining whether expression is restricted is distinct from the first step of deciding whether any particular activity constitutes expression; see *Ford, supra*. While individual self-fulfilment, the attainment of truth, and participation in a democratic society are important considerations in the s. 1 analysis, the ambit of the interests protected is not dependent on them; see *Zundel, supra*, at pp. 752-53, where McLachlin J. (as she then was) confirmed that any content which conveys meaning is protected if it does not take a violent form.

B. *Is the Simple Possession of Child Pornography Protected by Section 2(b) of the Charter?*

With the above principles as a backdrop, the first step in answering the constitutional questions posed in this case is to determine whether the possession of child pornography is protected by s. 2(b), which guarantees the right to “freedom of thought, belief, opinion and expression”.

It is clear that s. 163.1(4) restricts expression if the possession of child pornography can be considered expression. While the Crown has conceded this latter question, it is important to recognize that the right to free expression in s. 2(b) has always

transmettre un message, l'al. 2b) s'applique : voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel, précité*; *Butler, précité*; *Zundel, précité*, p. 753. L'exception à ce principe général est que l'al. 2b) ne protège pas l'activité qui transmet un message sous une forme violente. La Cour a en effet reconnu que l'expression comporte à la fois un contenu et une forme, deux éléments expressifs distincts qui sont inextricablement liés : voir *Keegstra, précité*, p. 729; *Irwin Toy, précité*, p. 968.

Dès qu'il est établi que l'activité en question transmet ou tente de transmettre un message sous une forme non violente, les tribunaux doivent passer à la deuxième étape de l'analyse. Il s'agit alors de déterminer si la mesure législative ou gouvernementale restreint effectivement l'expression. Cette détermination diffère de l'étape initiale qui consiste à décider si l'activité en cause est une forme d'expression : voir *Ford, précité*. Même si l'épanouissement personnel, la découverte de la vérité et la participation au sein d'une société démocratique sont des éléments importants de l'analyse fondée sur l'article premier, ils ne déterminent pas la portée des intérêts protégés; voir *Zundel, précité*, p. 752-753, où le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) confirme que toute communication qui transmet un message est protégée si elle ne revêt pas une forme violente.

B. *La simple possession de pornographie juvénile est-elle protégée par l'al. 2b) de la Charte?*

Avec les principes susmentionnés comme toile de fond, la première étape à franchir pour répondre aux questions constitutionnelles en l'espèce consiste à déterminer si la possession de pornographie juvénile est protégée par l'al. 2b), qui garantit le droit à la « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression ».

Il est évident que le par. 163.1(4) limite l'expression si la possession de pornographie juvénile peut être considérée comme une forme d'expression. Bien que le ministère public ait admis cela par la suite, il est important de reconnaître qu'on a

148

149

150

been considered to protect only those activities which are communicative; see e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 40-8; J. Watson, "Case Comment: *R. v. Sharpe*" (1999), 10 *N.J.C.L.* 251, at p. 256. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*, at p. 1206, Wilson J. commented:

With respect to s. 193 of the *Code*, I do not see how the provision can be said to infringe the guarantee of freedom of expression either on its own or in combination with s. 195.1(1)(c). In my view, only s. 195.1(1)(c) limits freedom of expression. Section 193 deals with keeping or being associated with a common bawdy-house and places no constraints on communicative activity in relation to a common bawdy-house. I do not believe that "expression" as used in s. 2(b) of the *Charter* is so broad as to capture activities such as keeping a common bawdy-house. [Emphasis added.]

toujours considéré que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) ne protège que les activités communicatives : voir, par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 40-8; J. Watson, « Case Comment: *R. v. Sharpe* » (1999), 10 *N.J.C.L.* 251, p. 256. Dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel*, précité, le juge Wilson fait l'observation suivante, à la p. 1206 :

En ce qui concerne l'art. 193 du *Code*, je ne vois pas comment on peut affirmer que cette disposition, seule ou combinée avec l'al. 195.1(1)(c), porte atteinte à la garantie de la liberté d'expression. À mon avis, seul l'al. 195.1(1)(c) limite la liberté d'expression. L'article 193 porte sur la tenue d'une maison de débauche ou le fait d'y être associé et n'impose aucune restriction aux activités de communication reliées à une maison de débauche. Je ne crois pas que le terme « expression », tel qu'il est utilisé à l'al. 2b) de la *Charte*, soit assez large pour englober des activités comme la tenue d'une maison de débauche. [Nous soulignons.]

151 From our jurisprudence, it is unclear whether the requirement that an activity convey or attempt to convey meaning excludes all activities which are not *prima facie* communicative from the scope of the right to free expression in s. 2(b). For example, this Court speculated that the parking of a car is not protected expression since it is not a *prima facie* communicative activity; see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 969. While it may be true that s. 2(b) guarantees the right to possess "material [that] allows us to understand the thought of others", the scope of the right (in the spectrum developed by McLachlin C.J., at para. 25) to create and possess self-authored works, especially those not intended for others, in order to "consolidate our own thought" is far from clear. Thus, in our view, it is unfortunate that the Crown conceded that the right to free expression was violated in this appeal in all respects, thereby depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(b) as it applies in this case. At the same time, we recognize that, at this stage, our jurisprudence leads to the conclusion that, although harmful, the content of child pornography cannot be the basis

Notre jurisprudence n'indique pas clairement si la condition que l'activité transmette ou tente de transmettre un message a pour effet de soustraire au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) toutes les activités qui ne sont pas communicatives à première vue. Par exemple, notre Cour a conjecturé que stationner une voiture n'est pas une expression protégée puisqu'il ne s'agit pas d'une activité communicative à première vue : voir *Irwin Toy*, précité, p. 969. S'il se peut que l'al. 2b) garantisse le droit de posséder du « matériel [qui] nous permet de comprendre la pensée d'autrui », la portée du droit (dans la gamme décrite par le juge en chef McLachlin au par. 25) de créer et de posséder des ouvrages dont on est soi-même l'auteur, particulièrement ceux qui ne sont pas destinés à autrui, afin de « confirmer notre propre pensée » est loin d'être claire. Par conséquent, il est malheureux, à notre avis, que le ministère public ait reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression dans la présente affaire et qu'il ait ainsi privé notre Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2b) qui s'applique en l'espèce. En même temps, nous reconnaissons que l'état actuel de notre jurisprudence amène à conclure que, bien qu'il soit nocif,

for excluding it from the scope of the s. 2(b) guarantee.

II. Section 1

A. *Contextual Approach to Section 1*

1. Methodology

To decide whether the limits on the accused's right to free expression imposed by s. 163.1(4) of the *Criminal Code* are justified under s. 1, we must determine whether the limits on the right constitute "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Since the advent of the landmark decision in *Oakes, supra*, we have made this determination in two stages. At the first stage, the Court examines whether the objective or purpose behind the limit is of sufficient importance to justify overriding a *Charter* right. The second stage considers whether the legislative means chosen are rationally connected to the legislative objective, whether those means minimally impair the *Charter* guarantee that has been infringed, and finally whether the salutary effects of the impugned provision are proportional to its deleterious effects.

While the guidelines set out in *Oakes* provide a useful analytical framework for the practical application of s. 1, it is important not to lose sight of the underlying purpose of that section, namely to balance individual rights and our communal values. Where courts are asked to consider whether a violation is justified under s. 1, they must be sensitive to the competing rights and values that exist in our democracy. As Dickson C.J. advised in *Oakes, supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide

le contenu de la pornographie juvénile n'est pas une raison de la soustraire à la garantie de l'al. 2b).

II. L'article premier

A. *La façon contextuelle d'aborder l'article premier*

1. La méthode

Pour décider si la restriction du droit à la liberté d'expression de l'accusé, imposée par le par. 163.1(4) du *Code criminel*, est justifiée au sens de l'article premier, nous devons déterminer si ce droit est restreint « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Depuis que l'arrêt de principe *Oakes*, précité, a été rendu, cette détermination par notre Cour se fait en deux étapes. À la première étape, la Cour examine si l'objectif ou le but qui sous-tend la restriction est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. La deuxième étape consiste à déterminer s'il existe un lien rationnel entre les moyens choisis par le législateur et l'objectif législatif, si ces moyens portent le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte* qui est en cause et, enfin, si les effets bénéfiques de la disposition contestée sont proportionnels à ses effets préjudiciables.

Même si les lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Oakes* offrent un cadre analytique utile pour l'application pratique de l'article premier, il importe de ne pas perdre de vue l'objectif sous-jacent de cet article, qui est d'établir un équilibre entre les droits individuels et nos valeurs collectives. Lorsqu'ils sont appelés à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, les tribunaux doivent tenir compte des droits et des valeurs opposés qui existent dans notre démocratie. Comme le recommande le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, p. 136 :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diver-

152

153

variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

In *Slaight Communications, supra*, at p. 1056, a majority of this Court recognized that the underlying values of a free and democratic society guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.

154 In keeping with the underlying purpose of s. 1 and the democratic values which it seeks to encourage, this Court has eschewed a formalistic and rigid application of the framework set out in *Oakes* in favour of a principled and contextual approach. As Wilson J. recognized in *Edmonton Journal, supra*, at pp.1355-56, a particular right or freedom may have a different value depending on the legislative context. An examination of the factual and social context in which an infringement of that right occurs allows the court to evaluate what truly is at stake in a particular case. In addition, the contextual approach ensures that courts are sensitive to the other values which may compete with a particular right and allows them to achieve a proper balance among these values. Section 1 determinations, therefore, are not to be made in a vacuum, nor are they to focus exclusively on the right or freedom infringed.

155 More recently, this Court has emphasized that close attention must be paid to the factual and social context in which an impugned provision exists at each stage of the s. 1 analysis. In *Thomson Newspapers, supra*, Bastarache J., for the majority of this Court, stated as follows, at para. 87:

sité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, p. 1056, notre Cour, à la majorité, a reconnu que les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et qu'elles justifient la restriction de ces droits lorsque cela est indiqué.

Conformément à l'objectif sous-jacent de l'article premier et aux valeurs démocratiques qu'il cherche à promouvoir, notre Cour a renoncé à une application formaliste et rigide du cadre établi dans l'arrêt *Oakes* pour adopter une méthode contextuelle et fondée sur des principes. Comme le reconnaît le juge Wilson dans *Edmonton Journal*, précité, p. 1355-1356, une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte législatif. Un examen du contexte factuel et social dans lequel a lieu l'atteinte à ce droit permet au tribunal d'évaluer ce qui est véritablement en jeu dans une affaire donnée. En outre, la méthode contextuelle garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs. Par conséquent, les déterminations fondées sur l'article premier ne doivent pas se faire en vase clos et ne doivent pas non plus porter exclusivement sur le droit ou la liberté auxquels il est porté atteinte.

Plus récemment, notre Cour a souligné la nécessité d'accorder une grande attention au contexte factuel et social de la disposition contestée, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 87, le juge Bastarache affirme, au nom de notre Cour à la majorité :

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

This approach is consistent with the approach taken by the majority of this Court in *Keegstra*, *supra*, at p. 760; *Butler*, *supra*, at p. 499; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 63; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 36; *Lucas*, *supra*; and was followed in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989.

A principled approach to the question of whether a limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society must therefore take into account all of the interests and values which are at play in the given factual context and these considerations must underlie each stage of the s. 1 analysis. A failure to consider the beneficial aspects of the law, the values and rights which it seeks to protect and foster, and the actual nature of the right infringed in the particular case until the final stage of the proportionality analysis risks doing violence to the balance between individual rights and community goals which s. 1 seeks to achieve. Before turning to the direct application of the *Oakes* test, it is necessary to consider the contextual factors introduced in *Thomson Newspapers*, *supra*.

2. Context

An examination of the social, legislative and factual context of an impugned provision and the

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Cette méthode est compatible avec celle adoptée par notre Cour à la majorité dans *Keegstra*, précité, p. 760; *Butler*, précité, p. 499; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 63; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 36; *Lucas*, précité; et elle a été suivie dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989.

La méthode fondée sur des principes qui permet de décider si une limite est raisonnable et si la justification de cette limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique doit donc tenir compte de tous les intérêts et de toutes les valeurs en jeu dans un contexte factuel donné, et ce, à chacune des étapes de l'analyse fondée sur l'article premier. Faute de tenir compte des aspects bénéfiques de la loi, des valeurs et des droits qu'elle cherche à protéger et à promouvoir, et de la nature réelle du droit auquel il est porté atteinte dans un cas précis avant l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité, on risque de rompre l'équilibre entre les droits individuels et les objectifs collectifs que l'article premier de la *Charte* cherche à réaliser. Avant d'appliquer directement le critère de l'arrêt *Oakes*, il faut examiner les facteurs contextuels énoncés dans *Thomson Newspapers*, précité.

2. Le contexte

Pour déterminer le degré de retenue auquel a droit le législateur au cours des diverses étapes de

nature of the right that it has infringed is important in determining the degree of deference owed to the legislature in applying the various steps in the s. 1 analysis. What type of proof should the Court require of the government to justify its choice of means? How much evidence must the government provide of the harm which it has sought to address? In *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J. identified some of the contextual factors that are relevant to the determination of these questions (at para. 90). Amongst these factors are: the nature of the harm at issue and consequent inability to measure it scientifically or the effectiveness of a remedy (as in *Butler*, *supra*, at p. 502); the vulnerability of the group which the legislature seeks to protect (as in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 995; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*, at para. 88); that group's own subjective fears and apprehension of harm (as in *Keegstra*, *supra*, at p. 857); and the nature of the expressive activity affected. The additional factor we consider is the enhancement of other *Charter* values, which recognizes the right of Parliament to give effect to moral values. While these five factors do not serve as criteria which the government must satisfy, they are relevant to the determination of whether an impugned provision is demonstrably justified.

(a) *Nature of the Harm and Inability to Measure It*

158

The very existence of child pornography, as it is defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, is inherently harmful to children and to society. This harm exists independently of dissemination or any risk of dissemination and flows directly from the existence of the pornographic representations, which on their own violate the dignity and equality rights of children. The harm of child pornography is inherent because degrading, dehumanizing, and objectifying depictions of children, by their very existence, undermine the *Charter* rights of children and other members of society. Child pornography eroticises the inferior social, economic, and sexual

l'analyse fondée sur l'article premier, il importe de procéder à un examen du contexte factuel, législatif et social de la disposition contestée et de la nature du droit auquel il est porté atteinte. Quel type de preuve le tribunal devrait-il obliger le gouvernement à produire pour justifier son choix des moyens? Jusqu'à quel point le gouvernement doit-il faire la preuve du préjudice qu'il cherche à prévenir? Dans l'arrêt *Thompson Newspapers*, précité, le juge Bastarache a précisé certains des facteurs contextuels qui sont utiles pour résoudre ces questions (par. 90). On compte parmi ceux-ci la nature du préjudice en cause et l'incapacité qui s'ensuit de mesurer scientifiquement ce préjudice ou l'efficacité d'une réparation (comme dans *Butler*, précité, p. 502), la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger (comme dans *Irwin Toy*, précité, p. 995, et *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, par. 88), les craintes subjectives et la crainte de préjudice entretenue par ce groupe (comme dans *Keegstra*, précité, p. 857), et la nature de l'activité expressive touchée. L'autre facteur que nous prenons en considération est la promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la *Charte*, qui reconnaît le droit du législateur de mettre en application des valeurs morales. Bien que ces cinq facteurs ne soient pas des critères auxquels le gouvernement doit satisfaire, ils sont pertinents pour déterminer si la justification d'une disposition contestée peut se démontrer.

a) *La nature du préjudice et l'incapacité de le mesurer*

L'existence même de la pornographie juvénile, au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société. Le préjudice qu'elle cause existe indépendamment de toute diffusion réelle ou potentielle et découle directement de l'existence des représentations pornographiques qui portent elles-mêmes atteinte aux droits à la dignité et à l'égalité des enfants. Le préjudice causé par la pornographie juvénile est inhérent parce que la représentation avilissante et déshumanisante d'enfants, qui en fait des objets, compromet par sa seule existence les droits constitutionnels des enfants et des autres

status of children. It preys on preexisting inequalities.

The *Report on Pornography* by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs (1978) (MacGuigan Report), spoke of the effects of pornography as follows (at p. 18:4):

The clear and unquestionable danger of this type of material is that it reinforces some unhealthy tendencies in Canadian society. The effect of this type of material is to reinforce male-female stereotypes to the detriment of both sexes. It attempts to make degradation, humiliation, victimization, and violence in human relationships appear normal and acceptable. A society which holds that egalitarianism, non-violence, consensualism, and mutuality are basic to any human interaction, whether sexual or other, is clearly justified in controlling and prohibiting any medium of depiction, description or advocacy which violates these principles.

In a similar manner, child pornography creates a type of attitudinal harm which is manifested in the reinforcement of deleterious tendencies within society. The attitudinal harm inherent in child pornography is not empirically measurable, nor susceptible to proof in the traditional manner but can be inferred from degrading or dehumanizing representations or treatment; see *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 92, and *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630. In the past this Court has not held Parliament to a strict standard of proof in showing a link between the expressive activity in question and the harm which it seeks to prevent, but has afforded Parliament a margin of appreciation to pursue legislative objectives based on less than conclusive social science evidence; see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 990; *Keegstra*, *supra*, at p. 776; *Butler*, *supra*, at p. 504.

In *Butler*, *supra*, this Court recognized that some forms of pornography create attitudinal harm. *Butler* concerned an accused who was charged with various counts related to selling, possessing for the purposes of distribution and expos-

membres de la société. La pornographie juvénile érotise l'infériorité des enfants sur les plans social, économique et sexuel et se nourrit d'inégalités préexistantes.

Le Rapport sur la pornographie du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques (1978) (rapport MacGuigan) traite en ces termes des effets de la pornographie, à la p. 18:4 :

Le danger évident et incontestable de ce genre de matériel est qu'il encourage certaines tendances malsaines au sein de notre société canadienne. Il met l'accent sur les stéréotypes masculins et féminins au détriment des deux sexes. La dégradation, l'humiliation, la soumission et à l'en croire, la violence dans les relations humaines seraient tout à fait normales et acceptables. Une société qui considère que l'égalité, entre ses membres, la suppression de la violence, le libre choix et la réciprocité constituent la base de toutes les relations humaines, sexuelles ou autres, est nettement justifiée de régir et d'interdire toute forme de description ou d'incitation qui viole ces principes.

De même, la pornographie juvénile crée un type de préjudice comportemental qui se manifeste par le renforcement de tendances malsaines au sein de notre société. Ce préjudice comportemental inhérent à la pornographie juvénile n'est ni mesurable empiriquement, ni susceptible d'être prouvé de la façon traditionnelle, mais son existence peut être déduite des représentations ou traitements avilissants ou déshumanisants : voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 92, et *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630. Dans le passé, notre Cour n'a pas obligé le législateur à appliquer une norme stricte de preuve pour démontrer l'existence d'un lien entre l'activité expressive et le préjudice qu'il cherche à prévenir, mais lui a accordé une certaine latitude pour poursuivre des objectifs législatifs fondés sur des éléments de preuve non concluants en matière de sciences humaines : voir *Irwin Toy*, précité, p. 990; *Keegstra*, précité, p. 776; *Butler*, précité, p. 504.

Dans *Butler*, précité, notre Cour a reconnu que certaines formes de pornographie causent un préjudice comportemental. Dans cette affaire, l'accusé avait fait l'objet de divers chefs d'accusation de vente, de possession à des fins de distribution et

159

160

161

ing obscene materials that did not involve children. While considering the meaning of obscenity within the context of s. 163(8) of the *Criminal Code*, Sopinka J., writing for the majority, stated, at p. 479, that degrading and dehumanizing material

would, apparently, fail the community standards test not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly to women. While the accuracy of this perception is not susceptible of exact proof, there is a substantial body of opinion that holds that the portrayal of persons being subjected to degrading or dehumanizing sexual treatment results in harm, particularly to women and therefore to society as a whole.

162 Since “child pornography” is fully defined in s. 163.1(1), the community standards test developed for determining whether adult pornography is obscene has no role in determining whether pornography involving children falls within the child pornography prohibition. However, *Butler* is important since it recognizes that harmful material involving explicit sex and children may be constitutionally proscribed; see *Butler, supra*, at p. 485, *per* Sopinka J.; at p. 516, *per* Gonthier J. Section 163.1(1) targets material similar to the type found to be harmful in *Butler*. The impugned provision recognizes that the possession of child pornography has a particularly deleterious effect on society since the persons depicted and most directly harmed are children.

163 Implicit in the Court’s reasons in *Butler* is the recognition that expression that degrades or dehumanizes is harmful in and of itself. The Court broadened the traditional individualistic notion of harm, and recognized that all members of society suffer when harmful attitudes are reinforced. This broader notion of harm was also emphasized in *Keegstra, supra*, at pp. 747-48, where Dickson C.J. explained the attitudinal harm of hate propaganda as follows:

d’exposition à la vue du public de matériel obscène qui ne mettait pas en cause des enfants. En examinant le sens du mot « obscénité » dans le contexte du par. 163(8) du *Code criminel*, le juge Sopinka a affirmé, au nom de la majorité, à la p. 479, que le matériel dégradant ou déshumanisant

échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu’il choque la morale, mais parce que, dans l’opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes. Bien qu’il soit impossible de prouver à coup sûr la justesse de cette perception, il existe un important courant d’opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l’égard des femmes et, par conséquent, de l’ensemble de la société.

Comme la « pornographie juvénile » fait l’objet d’une définition complète au par. 163.1(1), le critère des normes sociales établi pour déterminer si la pornographie adulte est obscène n’est d’aucune utilité pour déterminer si du matériel pornographique impliquant des enfants est visé par l’interdiction de la pornographie juvénile. Toutefois, l’arrêt *Butler* est important étant donné qu’il reconnaît que le matériel préjudiciable représentant des choses sexuelles explicites et des enfants peut être prohibé par la Constitution : voir *Butler, précité*, p. 485, le juge Sopinka; p. 516, le juge Gonthier. Le paragraphe 163.1(1) vise du matériel semblable à celui jugé préjudiciable dans *Butler*. La disposition contestée reconnaît que la possession de pornographie juvénile a un effet particulièrement néfaste sur la société étant donné que les personnes représentées et les plus directement affectées sont des enfants.

Il ressort implicitement des motifs de l’arrêt *Butler* que notre Cour reconnaît que l’expression avilissante ou déshumanisante est préjudiciable en soi. Elle a élargi la notion traditionnelle et individualiste de préjudice et a reconnu que tous les membres de la société souffrent lorsqu’il y a un renforcement des comportements préjudiciables. Cette notion générale du préjudice a aussi été mise en relief dans l’arrêt *Keegstra, précité*, p. 747-748, où le juge en chef Dickson a expliqué de la façon suivante le préjudice comportemental causé par la propagande haineuse :

... the alteration of views held by the recipients of hate propaganda may occur subtly, and is not always attendant upon conscious acceptance of the communicated ideas. Even if the message of hate propaganda is outwardly rejected, there is evidence that its premise of racial or religious inferiority may persist in a recipient's mind as an idea that holds some truth, an incipient effect not to be entirely discounted . . .

In addition to the types of harm discussed above, child pornography creates a risk of harm that flows from the possibility of its dissemination. If disseminated, child pornography involving real people immediately violates the privacy rights of those depicted, causing them additional humiliation. While attitudinal harm is not dependent on dissemination, the risk that pornographic representations may be disseminated creates a heightened risk of attitudinal harm.

Child pornography is especially valuable to paedophiles. Dr. Collins defined paedophilia in these terms: "Paedophilia is a form of paraphilia. Paraphilia very simply is the clinical term denoting sexual deviance. . . . [Paedophilia] is the erotic attraction or the sexual attraction to pre-pubescent children". Paedophiles tend to use child pornography in two primary ways. First, representations of children as sexual objects or engaged in sexual activity are used to reinforce the opinion that children are appropriate sexual partners; these cognitive distortions are then used to justify paedophilic acts. Second, many paedophiles show child pornography to children in order to lower their inhibitions towards engaging in sexual activity and to persuade them that paedophilic activity is normal; see Committee on Sexual Offences Against Children and Youths, *Sexual Offences Against Children* (1984) ("Badgley Report"), vol. 2, at p. 1209.

It should be emphasized that some of the material in the respondent's possession was on com-

... le changement des opinions des destinataires de la propagande haineuse peut se produire subtilement et ne résulte pas toujours de l'acceptation consciente de l'idée ainsi communiquée. Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction . . .

Outre les types de préjudice analysés plus haut, la pornographie juvénile crée un risque de préjudice qui découle de la possibilité qu'elle soit diffusée. Si elle est diffusée, la pornographie juvénile qui représente de vraies personnes porte dès lors atteinte à leurs droits à la vie privée et leur cause ainsi une humiliation supplémentaire. Même si le préjudice comportemental ne dépend pas de la diffusion, le risque que des représentations pornographiques soient diffusées accroît le risque de préjudice comportemental.

La pornographie juvénile est particulièrement recherchée par les pédophiles. Le Dr Collins a défini la pédophilie en ces termes : [TRADUCTION] « La pédophilie est une forme de paraphilie. La paraphilie est tout simplement l'appellation clinique de la déviance sexuelle. [. . .] [La pédophilie] est l'attirance érotique ou sexuelle pour les enfants préadolescents ». Les pédophiles ont tendance à se servir de la pornographie juvénile de deux façons principales. En premier lieu, les représentations d'enfants comme étant des objets sexuels ou qui se livrent à des activités sexuelles servent à renforcer l'opinion selon laquelle les enfants sont des partenaires sexuels appropriés; ces distorsions cognitives servent alors à justifier des actes de pédophilie. En deuxième lieu, de nombreux pédophiles montrent de la pornographie juvénile à des enfants afin de vaincre leurs réticences à participer à des activités sexuelles et de les persuader que l'activité pédophilique est normale : voir Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984) (« rapport Badgley »), vol. 2, p. 1314-1315.

Il y a lieu de souligner qu'une partie du matériel trouvé en la possession de l'intimé était stockée sur

164

165

166

puter disk and capable of instantaneous distribution, creating a risk that this material might in fact be disseminated. The widespread availability of computers and the Internet has resulted in new ways of creating images, and has facilitated the storage, reproduction, and distribution of child pornography. Detective Waters likened this increased distribution to a tidal wave. As stated in Criminal Intelligence Service Canada's *Annual Report on Organized Crime in Canada* (2000), at p. 13: "The distribution of child pornography is growing proportionately with the continuing expansion of Internet use. Chat rooms available throughout the Internet global community further facilitate and compound this problem. The use of the Internet has helped pornographers to present and promote their point of view." Criminalizing the possession of child pornography may reduce the market for child pornography and decrease the exploitative use of children in its production.

des disquettes informatiques et susceptible d'être distribuée instantanément, d'où le risque que ce matériel soit effectivement diffusé. La disponibilité généralisée des ordinateurs et de l'Internet a donné lieu à de nouvelles façons de créer des images et a facilité le stockage, la reproduction et la distribution de pornographie juvénile. Le détective Waters a comparé cette distribution accrue à un raz-de-marée. Comme l'affirme le Service canadien de renseignements criminels dans son *Rapport annuel sur le crime organisé au Canada* (2000), p. 14 : « La distribution de la pornographie juvénile connaît une hausse proportionnelle à l'expansion continue de l'utilisation d'Internet. Les forums que tient la collectivité mondiale dans Internet facilitent la distribution et aggravent le problème. L'utilisation d'Internet aide les distributeurs de pornographie à présenter et à faire valoir leur point de vue. » Criminaliser la possession de pornographie juvénile peut contribuer à diminuer le marché de cette pornographie et à réduire l'exploitation d'enfants liée à sa production.

167 In short, the lack of scientific precision in the social science evidence relating to attitudinal harm available to Parliament is not a valid reason for calling into question Parliament's decision to act. It has been estimated that over 60,000 Canadians have been depicted at a young age in sexually explicit material; see Badgley Report, *supra*, vol. 2, at p. 1198. It goes without saying that child pornography which sexually exploits children in its production is harmful. Moreover, we have seen that the harms of child pornography extend far beyond direct, physical exploitation. It is harmful whether it involves real children in its production or whether it is a product of the imagination. In either case, child pornography fosters and communicates the same harmful, dehumanizing and degrading message.

Bref, le manque de précision scientifique de la preuve en matière de sciences humaines dont disposait le législateur au sujet du préjudice comportemental ne justifie pas de mettre en doute le bien-fondé de sa décision d'agir. On a évalué à plus de 60 000 le nombre d'enfants canadiens qui ont été représentés dans des poses suggestives : voir le rapport Badgley, *op. cit.*, vol. 2, p. 1303. Il va sans dire que la pornographie juvénile qui comporte l'exploitation sexuelle d'enfants est préjudiciable. De plus, nous avons constaté que les préjudices résultant de la pornographie juvénile vont beaucoup plus loin que l'exploitation directe et physique. Cette forme de pornographie est préjudiciable peu importe qu'elle fasse appel à de vrais enfants ou qu'elle soit le fruit de l'imagination. Dans l'un et l'autre cas, la pornographie juvénile entretient et communique le même message préjudiciable, déshumanisant et avilissant.

168 The basis for s. 163.1 was the clear evidence of direct harm that child pornography causes, as well as Parliament's reasoned apprehension (based on the available social science evidence) that child pornography also causes attitudinal harm. The

L'article 163.1 s'explique par la preuve manifeste du préjudice direct qui résulte de la pornographie juvénile ainsi que par la crainte raisonnée du législateur (fondée sur la preuve disponible en matière de sciences humaines) que la pornographie

decision to act was consistent with the Fraser Committee's call for measures prohibiting child pornography (*Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (1985) ("Fraser Report")). As we will see in the next section, s. 163.1 is consistent with action taken by other countries, and the international community, which have recognized and addressed the need to protect children.

(b) *The Vulnerability of Children and Their Subjective Fears*

Section 163.1 was enacted to protect children. Because of their physical, mental, and emotional immaturity, children are one of the most vulnerable groups in society, particularly with regard to sexual violence. Child pornography plays a role in the abuse of children, exploiting the extreme vulnerability of children. Pornography that depicts real children is particularly noxious because it creates a permanent record of abuse and exploitation. An analysis of the vulnerability of the group and their subjective fears supports Parliament's decision to prohibit child pornography.

(i) Actions Taken to Protect Children in Canada

Canadian society has always recognized that children are deserving of a heightened form of protection. This protection rests on the best interests of the child. The vulnerability of children is a product of the innate power imbalance that exists between adults and children. As a result of this vulnerability, children are often targets of violence and exploitation. It has been estimated that in almost 80 percent of sex crimes committed, the victims are girls, boys and young men and women under the age of 20; see N. Bala and M. Bailey, "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, at p. 292. Fully two-thirds of sexual assault victims in 1993 were children, and one-third of all victims were under the age of 10; see J. V. Roberts, "Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends"

juvénile ne cause également un préjudice comportemental. La décision d'agir était conforme à la recommandation du comité Fraser d'interdire la pornographie juvénile (*Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (1985) (« rapport Fraser »)). Comme nous le verrons dans la partie suivante, l'art. 163.1 concorde avec les mesures prises par d'autres pays et la collectivité internationale qui ont reconnu la nécessité de protéger les enfants et y ont donné suite.

b) *La vulnérabilité des enfants et leurs craintes subjectives*

L'article 163.1 a été adopté dans le but de protéger les enfants. En raison de leur immaturité physique, mentale et émotive, les enfants forment un des groupes les plus vulnérables de la société, surtout en matière de violence sexuelle. La pornographie juvénile joue un rôle dans l'exploitation des enfants en misant sur leur extrême vulnérabilité. La pornographie qui représente de vrais enfants est particulièrement nocive parce qu'elle crée une image permanente de violence et d'exploitation. L'analyse de la vulnérabilité des membres de ce groupe et de leurs craintes subjectives étaye la décision du législateur d'interdire la pornographie juvénile.

(i) Les mesures de protection des enfants au Canada

La société canadienne reconnaît depuis toujours que les enfants méritent une forme accrue de protection. Cette protection est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. La vulnérabilité des enfants résulte de l'inégalité normale du rapport de force qui existe entre les adultes et les enfants. En raison de cette vulnérabilité, les enfants sont souvent victimes de violence et d'exploitation. On estime que, dans près de 80 pour 100 des cas, les victimes de crime sexuel sont des filles, des garçons ainsi que des jeunes hommes et jeunes femmes de moins de 20 ans : voir N. Bala et M. Bailey, « Canada : Recognizing the Interests of Children » (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, p. 292. Au moins les deux tiers des victimes d'agression sexuelle en 1993 étaient des enfants, et un tiers de toutes les victimes avaient moins de 10 ans : voir J. V.

(1996), 21 *Queen's L.J.* 395, at p. 420. Indeed, it is thought that one in four girls and one in 10 boys will be victims of sexual assault before they reach the age of 18; see R. Bessner, "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15, at p. 16.

171 The need to protect children from harm has been an ongoing concern for Canada. In 1991, Canada ratified the United Nations' *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, an international instrument that affirms the need to protect children from various forms of harm, including discrimination (art. 2), violence (art. 19), separation from parents except where necessary for the child's best interest (art. 9), interference with privacy, family and home (art. 16), work that threatens health, education or development (art. 32), harmful drugs and involvement in their production or distribution (art. 33), abduction, trafficking or sale (art. 35), torture (art. 37), and sexual exploitation (art. 34). Canada's support for the Convention demonstrates this country's strong commitment to protecting children's rights.

172 In addition to ratifying the Convention, Canadian legislators have adopted other measures aimed at protecting children. Hence s. 163.1(4) is part of a broader scheme of *Criminal Code* offences which recognize the vulnerability of children and attempt to protect them from exploitation. For example, some *Criminal Code* provisions prevent an accused from relying on the consent of complainants under a certain age. For many offences the age of consent is 14, and for others it is 18; see *Criminal Code*, ss. 150.1, 151, 152, 153(1), 159, 160(3), 170, 171, 172, 271, 272, 273. In particular, s. 150.1 recognizes that children under the age of 14 are extremely vulnerable to sexual exploitation, and thus prevents those charged of doing so from raising the defence of consent. Similarly, s. 212(4) prevents any person

Roberts, « Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends » (1996), 21 *Queen's L.J.* 395, p. 420. On croit même qu'une fille sur quatre et un garçon sur 10 seront victimes d'une agression sexuelle avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans : voir R. Bessner, « Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence » (1990), 79 C.R. (3d) 15, p. 16.

La nécessité de protéger les enfants contre tout préjudice est une préoccupation constante du Canada. En 1991, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, un document international qui proclame la nécessité de protéger l'enfant contre diverses formes de préjudice, dont la discrimination (art. 2), la violence (art. 19), le fait d'être séparé de ses parents sauf si cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 9), les immixtions dans sa vie privée, sa famille ou son domicile (art. 16), le travail susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement (art. 32), l'usage de stupéfiants et la participation de l'enfant à leur production ou à leur distribution (art. 33), l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants (art. 35), la torture (art. 37) et l'exploitation sexuelle (art. 34). L'appui du Canada à la Convention témoigne de son ferme engagement à protéger les droits des enfants.

En plus de ratifier la Convention, les législateurs canadiens ont adopté d'autres mesures de protection des enfants. Le paragraphe 163.1(4) fait donc partie de l'ensemble général des dispositions relatives aux infractions du *Code criminel* qui reconnaissent la vulnérabilité des enfants et tentent de les protéger contre toute exploitation. Par exemple, certaines dispositions du *Code criminel* empêchent l'accusé d'invoquer le consentement de plaignants qui n'ont pas atteint un certain âge. Pour de nombreuses infractions, l'âge du consentement est de 14 ans, tandis que pour d'autres infractions, il est de 18 ans : voir les art. 150.1, 151, 152, 159, 170, 171, 172, 271, 272 et 273 ainsi que les par. 153(1) et 160(3) du *Code criminel*. En particulier, l'art. 150.1 reconnaît que les enfants de moins de 14 ans sont extrêmement vulnérables à l'exploita-

from receiving the sexual services of a person under the age of 18 for consideration. Other sections are designed to address children's special vulnerability. Section 215 imposes a legal duty on parents or guardians to provide the necessities of life to children under 16 years of age. Finally, there exists a special framework for dealing with children as young offenders. Under the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, children are offered procedural safeguards, and are subject to attenuated penalties.

In the civil law context, child protection legislation provides for apprehension of a child when, for example, there is a risk that the child may be harmed; see *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 17, 18; *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 16 to 19 and 25 to 33; *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, ss. 21 to 26, 38(7), 53; *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3); *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, c. C-12, ss. 13, 14, 15; *Child and Family Services Act*, S.N.W.T. 1997, c. 13, ss. 10, 11(1), 33; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34; *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (3), (5), (7) to (10), 41 to 44; *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, ss. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b); *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 2, 3 and 46; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, ss. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1); *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119.

Canadian courts have shown an increased awareness of the rights and interests of children. Our Court has repeatedly articulated the importance of protecting children and youth from various forms of harm; see, for example, *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at p. 948, *per* McLachlin J.;

tion sexuelle et interdit à la personne accusée d'exploitation sexuelle d'un tel enfant d'invoquer le consentement comme moyen de défense. De même, le par. 212(4) interdit à quiconque d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans. D'autres dispositions visent à remédier à la vulnérabilité particulière des enfants. L'article 215 impose aux parents ou aux gardiens l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence des enfants de moins de 16 ans. Enfin, il existe un régime particulier pour le traitement des enfants qui sont de jeunes contrevenants. En vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, les enfants disposent de garanties procédurales et sont passibles de peines réduites.

Dans le contexte du droit civil, des mesures législatives visant la protection des enfants prévoient l'apprehension d'un enfant lorsque, par exemple, il y a risque qu'il subisse un préjudice : voir *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 17, 18; *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 16 à 19 et 25 à 33; *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21 à 26, 38(7), 53; *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3); *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 13, 14, 15; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 13, art. 10, 11(1), 33; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (3), (5), (7) à (10), 41 à 44; *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b); *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 2, 3, 46; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1); *Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119.

Les tribunaux canadiens ont manifesté une attention accrue à l'égard des droits et des intérêts des enfants. Notre Cour a souligné à maintes reprises l'importance d'assurer la protection des enfants et des jeunes contre diverses formes de préjudice : voir, par exemple, *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906,

M. (K.) v. M. (H.), [1992] 3 S.C.R. 6; *Irwin Toy*, *supra*; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *L. (D.O.)*, *supra*, at p. 439, *per* L'Heureux-Dubé J. The common law, based on the *parens patriae* jurisdiction, has recognized the power of state institutions to intervene to protect children who are at risk; see, for example, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 88. Further, in cases such as *Young v. Young*, *supra*, at pp. 84-85, this Court has reaffirmed that any decision affecting a child must be made in his or her best interests, which include, but are not limited to, ensuring that the child is protected from harm, whether caused by others or self-inflicted, and, importantly, seeking to foster the healthy development of the child to adulthood.

(ii) Actions Taken Internationally to Protect Children

175

The protection of children from harm is a universally accepted goal. While this Court has recognized that, generally, international norms are not binding without legislative implementation, they are relevant sources for interpreting rights domestically; see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 349-50; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. As stated in R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330:

... the legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred.

176

In *Slight Communications*, *supra*, at pp. 1056-57, this Court explained that a balancing of competing interests must be informed by Canada's international obligations. The fact that a value has the status of an international human right is indica-

p. 948, le juge McLachlin; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Irwin Toy*, précité; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *L. (D.O.)*, précité, p. 439, le juge L'Heureux-Dubé. La common law, sur le fondement de la compétence *parens patriae*, a reconnu le pouvoir des institutions de l'État d'intervenir pour protéger les enfants en situation de risque : voir, par exemple, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 88. De plus, dans des arrêts comme *Young c. Young*, précité, p. 84-85, notre Cour a confirmé que toute décision touchant un enfant doit être prise en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment, et non exclusivement, en assurant sa protection contre le préjudice causé par autrui ou qu'il s'inflige à lui-même et, ce qui est important, en cherchant à promouvoir le sain développement de l'enfant jusqu'à l'âge adulte.

(ii) Les mesures de protection des enfants à l'échelle internationale

La protection des enfants contre le préjudice est un objectif accepté universellement. Même si notre Cour reconnaît qu'en général elles ne lient pas les tribunaux en l'absence d'une mise en œuvre législative, les normes internationales sont une source utile d'interprétation des droits sur le plan national : voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349-350; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 330 :

[TRADUCTION] ... le législateur est présumé respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes.

Dans l'arrêt *Slight Communications*, précité, p. 1056-1057, notre Cour explique que l'évaluation d'intérêts opposés doit tenir compte des obligations internationales du Canada. Le fait qu'une valeur soit reconnue par le droit international de la

tive of the high degree of importance with which it must be considered; see also *Keegstra, supra*, at p. 750.

Both legislators abroad and the international community have acknowledged the vulnerability of children and the resulting need to protect them. It is therefore not surprising that the *Convention on the Rights of the Child* has been ratified or acceded to by 191 states as of January 19, 2001, making it the most universally accepted human rights instrument in history.

Indeed, international law is rife with instruments that emphasize the protection of children. Article 25(2) of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at p. 71 (1948), recognizes that “childhood [is] entitled to special care and assistance”. The United Nations *Declaration of the Rights of the Child*, G.A. Res. 1386 (XIV) (1959), in its preamble, states that the child “needs special safeguards and care”. In 1992, the United Nations Commission on Human Rights adopted the *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 55th Mtg., 1992/74. Additional instruments such as the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 10(3), and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 24, also emphasize the protection of children. The recent *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography*, A/RES/54/263 (2000), which prohibits, *inter alia*, child pornography, has already been signed by 69 states; see <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty18_asp.htm> (accessed January 23, 2001).

Section 163.1 of Canada’s *Criminal Code* reflects a growing trend towards the criminalization of the possession of child pornography. A number of international bodies have recognized

personne indique toute l’importance qu’il faut lui accorder. Voir également *Keegstra*, précité, p. 750.

Les législateurs étrangers tout autant que la collectivité internationale reconnaissent la vulnérabilité des enfants et la nécessité qui s’ensuit de les protéger. Il n’est donc pas étonnant que la *Convention relative aux droits de l’enfant* ait fait l’objet d’une ratification ou d’une adhésion par 191 États, dès le 19 janvier 2001, ce qui en fait l’instrument de défense des droits de la personne le plus universellement accepté de l’histoire.

En réalité, une multitude d’instruments du droit international mettent l’accent sur la protection des enfants. Le paragraphe 25(2) de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), reconnaît que « l’enfance [a] droit à une aide et à une assistance spéciales ». La *Déclaration des droits de l’enfant* des Nations Unies, Rés. A.G. 1386 (XIV) (1959), dans son préambule, déclare que l’enfant « a besoin d’une protection spéciale et de soins spéciaux ». En 1992, la Commission des droits de l’homme des Nations Unies a adopté le *Programme d’action pour la prévention de la vente d’enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, 55^e séance, 1992/74. D’autres instruments comme le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, par. 10(3), et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 24, mettent aussi l’accent sur la protection des enfants. Le récent *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l’enfant concernant la vente d’enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, A/RES/54/263 (2000), qui interdit notamment la pornographie juvénile, a déjà été signé par 69 États : voir <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/treaty18_asp_fr.htm> (consulté le 23 janvier 2001).

L’article 163.1 du *Code criminel* du Canada reflète une tendance grandissante à criminaliser la possession de pornographie juvénile. De nombreux organismes internationaux ont reconnu qu’il fallait

177

178

179

that possession must be targeted to effectively address the harms of child pornography; see *Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/49/478 (1994), at paras. 196-97; *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, *supra*, at para. 53; *Draft Joint Action to combat child pornography on the Internet*, [1999] O.J.C. 219/68, art. 1; *International traffic in child pornography*, ICPO-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).

s'attaquer à la possession pour prévenir efficacement les préjudices causés par la pornographie juvénile : voir *Vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants : Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/49/478 (1994), par. 196-197; *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, par. 53; *Projet d'action commune relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet*, [1999] J.O.C. 219/68, art. 1; *Trafic international de matériel pornographique mettant en scène des enfants*, OIPC-Interpol, AGN/65/RES/9 (1996).

180

Domestic legislation in a number of countries criminalizes the possession of child pornography, regardless of whether the possessor has an intent to disseminate; see, for example, Australia: *Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995* (Cth.), and state and territorial legislation in the Australian Capital Territory, New South Wales, Northern Territory, Queensland, South Australia, Tasmania, Victoria and Western Australia, which classify and prohibit various forms of child pornography; Belgium: art. 383*bis* of the *Criminal Code*, which proscribes private possession of figures, things, films, photos, slides or other visual representations of sexual acts or positions involving persons under 16 that are characterized as pornographic; England: *Protection of Children Act 1978* (U.K.), 1978, c. 37, ss. 1 and 7; *Criminal Justice Act 1988* (U.K.), 1988, c. 33, s. 160, and *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33, ss. 84 to 86), which target private possession of photographs and pseudo-photographs of persons under 16 or who appear to be under 16; Ireland: *Child Trafficking and Pornography Act, 1998*, ss. 2 and 6, which defines child as a person under the age of 17, bans the private possession of (1) any visual representation that shows a person who is or is depicted as a child engaged in or witnessing explicit sexual activity and any visual representation whose dominant characteristic is the depiction of the genital or anal region of a child for sexual purposes; (2) any audio representation of a person who is or is represented as being a child and who is engaged in or is represented as being engaged in explicit sexual activity;

La législation interne de nombreux pays criminalise la possession de pornographie juvénile, peu importe que le possesseur ait ou non l'intention de diffuser le matériel : par exemple, l'Australie (*Classification (Publications, Films and Computer Games) Act of 1995* (Cth.)), et des lois du Territoire de la capitale fédérale, de la Nouvelle-Galles du Sud, du Territoire du Nord, du Queensland, de l'Australie-Méridionale, de la Tasmanie, de Victoria et de l'Australie-Occidentale) classifie et interdit diverses formes de pornographie juvénile; la Belgique (art. 383*bis* du *Code pénal*) interdit la possession personnelle d'emblèmes, d'objets, de films, de photos, de diapositives ou d'autres supports visuels qui représentent des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant des mineurs âgés de moins de 16 ans; l'Angleterre (*Protection of Children Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 37, art. 1 et 7; *Criminal Justice Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 33, art. 160, et *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 84 à 86) prend pour cible la possession personnelle de photos et de pseudo-photos de personnes ayant, ou paraissant avoir, moins de 16 ans; l'Irlande (*Child Trafficking and Pornography Act, 1998*, art. 2 et 6) définit l'enfant comme une personne âgée, ou décrite comme âgée, de moins de 17 ans, et interdit la possession personnelle, premièrement, de toute représentation visuelle montrant un enfant qui participe ou assiste à des activités sexuelles explicites et de toute représentation visuelle dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes génitaux ou de la région anale d'un enfant, deuxièmement,

(3) any visual or audio representation that advocates, encourages or counsels any sexual activity with children which is an offence; and (4) any visual representation or description of or information relating to a child that indicates or implies that the child is available to be used for the purposes of sexual exploitation; New Zealand: *Films, Videos, and Publications Classification Act 1993*, ss. 2, 3 and 131, which proscribes private possession of publications that describe, depict, express or otherwise deal with matters such as sex, horror, crime, cruelty, or violence such that the availability of the publication is likely to be injurious to the public good in that it promotes, supports or tends to promote or support the exploiting of children or young persons, for sexual purposes; and the United States: 18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B) and 2256 (1994 & Supp. IV 1998), which targets photographs, film, video or pictures, computer or computer-generated images or pictures of sexually explicit conduct involving a person who is under 18 or who appears to be under 18. This statute has been interpreted as including only those visual images which are easily mistaken for that of a real child; see, for example, *United States v. Hilton*, 167 F.3d 61 (1st Cir. 1999), at p. 72. Therefore, drawings, sculptures and paintings are not proscribed.

(c) *The Nature of the Expressive Activity Affected*

The nature of the expressive activity at issue is another important contextual factor that has emerged from the Court's s. 2(b) jurisprudence. The Court has emphasized that under s. 1, the level of protection to which expression is entitled will vary with the nature of the expression. The more distant the expression from the core values underlying the right, the more likely action restricting it can be justified; see *Keegstra*, *supra*, at p. 765; *Lucas*, *supra*, at para. 34. Defamatory libel, hate

mement, de toute représentation audio d'une personne qui est un enfant ou qui est présentée comme telle et qui se livre ou est présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite, troisièmement, de toute représentation visuelle ou audio préconisant, encourageant ou conseillant une activité sexuelle avec des enfants qui constitue une infraction, et quatrièmement, de toute représentation visuelle ou description d'un enfant ou de toute information au sujet d'un enfant indiquant ou laissant entendre qu'on peut disposer de l'enfant à des fins d'exploitation sexuelle; la Nouvelle-Zélande (*Films, Videos, and Publications Classification Act 1993*, art. 2, 3, 131) interdit la possession personnelle de publications décrivant, représentant, exposant ou abordant d'autres façons des sujets relatifs au sexe, à l'horreur, au crime, à la cruauté ou à la violence, de sorte que la disponibilité de la publication risque de nuire au bien public du fait qu'elle préconise ou encourage, ou tend à préconiser ou à encourager, l'exploitation d'enfants ou de jeunes personnes à des fins sexuelles; les États-Unis (18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B) et 2256 (1994 & Supp. IV 1998)) prennent pour cible les photos, les films, les films vidéo, les images ou les images informatiques ou conçues par ordinateur d'actes sexuellement explicites impliquant une personne de moins de 18 ans ou semblant avoir moins de 18 ans. Cette loi a été interprétée comme ne visant que les images visuelles qui peuvent facilement être perçues à tort comme représentant un vrai enfant : voir, par exemple, *United States c. Hilton*, 167 F.3d 61 (1st. Cir. 1999), p. 72. Par conséquent, les dessins, sculptures et peintures ne sont pas interdits.

c) *La nature de l'activité expressive touchée*

La nature de l'activité expressive en cause est un autre facteur contextuel important qui ressort de la jurisprudence de notre Cour relative à l'al. 2b). La Cour a souligné que, en vertu de l'article premier de la *Charte*, le degré de protection auquel l'expression a droit varie selon la nature de l'expression. Plus l'expression s'éloigne des valeurs fondamentales qui sous-tendent ce droit, plus la mesure qui la restreint peut être justifiée : *Keegstra*, précité, p. 765; *Lucas*, précité, par. 34. Le libelle dif-

speech and pornography are far removed from the core values of freedom of expression and have been characterized as low value expression, which merits an attenuated level of constitutional protection; see *Lucas, supra*, at para. 93; *Butler, supra*, at p. 500; *Keegstra, supra*, at p. 765. These forms of expression receive an attenuated level of constitutional protection not because a lower standard of justification is applied to the government, but because the low value of the expression is more easily outweighed by the objective of the infringing legislation: see *Thomson Newspapers, supra*, at para. 91.

182 We will now address the nature of the expression in light of the three core values of freedom of expression: (1) the search for truth; (2) participation in political decision-making; and (3) diversity in forms of self-fulfilment and human flourishing.

183 It is clear that the possession of child pornography contributes nothing to the search for truth. The impugned provision prohibits the possession of material which visually depicts children engaged in sexual activity or which has as its dominant characteristic the depiction, for a sexual purpose, of the sexual organ or the anal region of a child. The written material prohibited is that which advocates or counsels the commission of sexual offences against children. The message conveyed by child pornography perpetuates lies about children's humanity. It promotes the false view that children are appropriate sexual partners and that they are sexual objects to be used for the sexual gratification of adults. It encourages and condones their sexual abuse. These messages contribute nothing to the search for truth and are in fact detrimental to that search.

184 It is equally clear that there is no link between the possession of "child pornography" (as defined in s. 163.1(1)) and participation in the political process. While children may not be accorded equal participation in our political process, they are deserving of equal treatment as members of our community. In *Keegstra, supra*, at p. 764, Dickson

famatoire, la propagande haineuse et la pornographie s'écartent grandement des valeurs fondamentales de la liberté d'expression et ont été qualifiés d'expression de faible valeur qui mérite une protection constitutionnelle atténuée : *Lucas*, précité, par. 93; *Butler*, précité, p. 500; *Keegstra*, précité, p. 765. Ces formes d'expression bénéficient d'une protection constitutionnelle atténuée non pas parce que le gouvernement doit satisfaire à une norme de justification moins exigeante, mais parce que, compte tenu de la faible valeur de l'expression, l'objectif de la mesure législative atténuée l'emporte plus facilement sur celle-ci : voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 91.

Examinons maintenant la nature de l'expression en fonction des trois grandes valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression : (1) la recherche de la vérité, (2) la participation à la prise d'une décision politique, et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels.

Il est clair que la possession de pornographie juvénile n'apporte rien à la recherche de la vérité. La disposition contestée interdit la possession de matériel représentant visuellement des enfants se livrant à une activité sexuelle ou dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le matériel écrit touché par l'interdiction est celui qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le message véhiculé par la pornographie juvénile perpétue des mensonges au sujet de l'humanité des enfants. Il promeut l'idée fausse que les enfants sont des partenaires sexuels appropriés et qu'ils sont des objets sexuels susceptibles de servir à la gratification sexuelle des adultes. Il encourage et excuse leur exploitation sexuelle. Ces messages n'apportent rien, et sont en fait nuisibles, à la recherche de la vérité.

Il est tout aussi évident qu'il n'existe aucun lien entre la possession de « pornographie juvénile » (au sens du par. 163.1(1)) et la participation au processus politique. Même si les enfants peuvent ne pas jouir d'une participation égale à notre processus politique, ils méritent d'être traités sur un pied d'égalité à titre de membres de notre collecti-

C.J. recognized that messages of degradation, which undermine the dignity and equality of members of identifiable groups, subvert the democratic aspirations of the expression guarantee by undermining the participation of those groups in the political process. In *Thomson Newspapers, supra*, at para. 92, Bastarache J. found that the same could be said of pornographic expression. He recognized that in *Irwin Toy, supra*, the interests of advertisers meant that there was a likelihood that their speech would manipulate children and would play on their vulnerability. In each of these cases, the type of speech involved systematically undermined the position of some members of society. Child pornography similarly undermines the position of children in society. In this sense, it is antithetical to the democratic values underlying the guarantee of freedom of expression.

The expression at issue in this case is linked to the value of self-fulfilment, but only in a limited sense since s. 163.1(4) of the *Criminal Code* in no way impedes positive self-fulfilment. In *Butler, supra*, the Attorney General for Ontario argued that the only value underlying pornography as a form of expression was self-fulfilment in its most basic aspect, that of pure physical arousal (pp. 499-500). We find this argument particularly apposite in relation to child pornography. Child pornography is used to fuel the fantasies of paedophiles and is also used to facilitate their exploitation of children. It hinders children's own self-fulfilment and autonomous development by eroticising their inferior social, economic and sexual status. It reinforces the message that their victimization is acceptable. In our view, that message denies children their autonomy and dignity. In relation to adult pornography, Sopinka J. found in *Butler* that such expression does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the "core" of the freedom of expression values (p. 500). We agree with this statement and

vité. Dans *Keegstra*, précité, p. 764, le juge en chef Dickson a reconnu que les messages avilissants qui minent la dignité et l'égalité des membres de groupes identifiables détruisent les aspirations démocratiques de la garantie d'expression en compromettant la participation de ces groupes au processus politique. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 92, le juge Bastarache a conclu qu'on peut dire la même chose de l'expression pornographique. Il a constaté que, dans *Irwin Toy*, précité, les intérêts des annonceurs faisaient que leur discours manipulerait probablement les enfants et miserait sur leur vulnérabilité. Dans chacune de ces affaires, le type de discours en cause affaiblissait systématiquement la position de certains membres de la société. La pornographie juvénile affaiblit de façon semblable la position des enfants dans la société. En ce sens, elle va à l'encontre des valeurs démocratiques qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression.

L'expression en cause dans la présente affaire a un lien avec la valeur de l'épanouissement personnel, mais uniquement dans un sens restreint puisque le par. 163.1(4) du *Code criminel* n'entrave aucunement l'épanouissement personnel positif. Dans l'affaire *Butler*, précitée, le procureur général de l'Ontario avait fait valoir que la seule valeur qui sous-tendait la pornographie comme forme d'expression était l'épanouissement personnel, dans son aspect le moins digne, celui de la simple stimulation physique (p. 499-500). Nous jugeons cet argument particulièrement pertinent en ce qui a trait à la pornographie juvénile. Cette forme de pornographie sert à alimenter les fantasmes des pédophiles et à leur faciliter l'exploitation d'enfants. Elle nuit à l'épanouissement personnel et au développement autonome des enfants en érotisant leur situation d'infériorité sur les plans social, économique et sexuel. Elle renforce le message selon lequel il est acceptable d'en faire des victimes. À notre avis, ce message prive les enfants de leur autonomie et de leur dignité. Dans l'arrêt *Butler*, le juge Sopinka conclut, au sujet de la pornographie adulte, que cette forme d'expression n'a pas la même importance que les autres formes d'expression qui touchent directement à l'« essence » des valeurs relatives à la liberté d'expression (p. 500).

find it equally applicable in the context of child pornography.

Nous sommes d'accord avec cet énoncé et nous jugeons qu'il s'applique également dans le contexte de la pornographie juvénile.

186 The possession of child pornography has no social value; it has only a tenuous connection to the value of self-fulfilment underlying the right to free expression. As such, it warrants only attenuated protection. Hence, increased deference should be accorded to Parliament's decision to prohibit it.

La possession de pornographie juvénile n'a aucune valeur sociale; elle n'a qu'un lien ténu avec la valeur d'épanouissement personnel qui sous-tend le droit à la liberté d'expression. À ce titre, elle ne justifie qu'une protection atténuée. Il y a donc lieu de faire preuve de plus de retenue à l'égard de la décision du législateur de l'interdire.

(d) *Enhancement of Other Charter Values*

d) *La promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la Charte*

187 This Court has previously considered the *Charter* rights of other members of society as a contextual factor relevant to determining the proper level of deference. For example, in *Keegstra, supra*, the impugned legislation prohibited the willful promotion of hatred against any identifiable group. Dickson C.J. found that s. 15 and s. 27 of the *Charter* were relevant to determining the importance of the government's objective of eradicating hate propaganda. At p. 756, he quoted with approval the following statement of one of the interveners in the case:

Notre Cour a déjà considéré que les droits garantis par la *Charte* à d'autres membres de la société sont un facteur contextuel pertinent pour décider de la mesure de retenue qui s'impose. Par exemple, dans *Keegstra*, précité, le texte législatif attaqué interdisait la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. Le juge en chef Dickson a conclu que les art. 15 et 27 de la *Charte* étaient pertinents pour déterminer l'importance de l'objectif gouvernemental d'élimination de la propagande haineuse. À la page 756, il cite, en l'approuvant, la déclaration suivante de l'un des intervenants dans l'affaire :

Government sponsored hatred on group grounds would violate section 15 of the *Charter*. Parliament promotes equality and moves against inequality when it prohibits the wilful public promotion of group hatred on these grounds. It follows that government action against group hate, because it promotes social equality as guaranteed by the *Charter*, deserves special constitutional consideration under section 15.

[TRADUCTION] La haine dirigée contre un groupe, avec l'encouragement du gouvernement, serait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Le Parlement favorise l'égalité et prend des mesures contre l'inégalité en interdisant la fomentation de la haine collective. Cela signifie que l'action gouvernementale visant la haine dirigée contre un groupe, parce qu'elle favorise l'égalité sociale garantie par la *Charte*, mérite un examen constitutionnel spécial en vertu de l'art. 15.

In *Taylor, supra*, Dickson C.J. further emphasized the role of other *Charter* rights in the application of s. 1, stating that in applying *Oakes*, the Court must "give full recognition to other provisions of the *Charter*, in particular ss. 15 and 27" (pp. 916-17). In our view, the positive influence of a government measure on other *Charter* rights, and in turn the negative effect of an expressive activity on the rights of other members of the community, are important factors to be considered in the application of the s. 1 analysis. This approach ensures that

Dans *Taylor*, précité, le juge en chef Dickson a souligné davantage le rôle d'autres droits garantis par la *Charte* dans l'application de l'article premier, en précisant qu'en appliquant l'arrêt *Oakes*, la Cour doit « tenir pleinement compte d'autres dispositions de la *Charte*, notamment des art. 15 et 27 » (p. 916-917). À notre avis, l'influence positive d'une mesure gouvernementale sur d'autres droits garantis par la *Charte* et, par ailleurs, l'effet négatif d'une activité expressive sur les droits d'autres membres de la collectivité sont des fac-

the analysis of whether an impugned provision is reasonably justified in a free and democratic society is undertaken in a manner which promotes our democratic values.

In the Fraser Report, *supra*, the Committee described its concerns with child pornography as follows (vol. 2, at p. 571):

... we are concerned with depictions that can be seen to undermine the values which we believe are fundamental to our society. It is our view that material which uses and depicts children in a sexual way for the entertainment of adults, undermines the rights of children by diminishing the respect to which they are entitled.

This description of the effects of child pornography on children's rights strikes a sombre chord. The written material and images captured by s. 163.1(1) (which depict children engaged in explicit sexual activity or which depict their sexual organs for a sexual purpose), degrade and dehumanize them. They portray children as mere sexual objects available for the gratification of adults. They play on children's inequality. Hence, this material is in direct conflict with the guarantee of equality in s. 15. In *Butler, supra*, Sopinka J. stated as follows, at p. 497:

... if true equality between male and female persons is to be achieved, we cannot ignore the threat to equality resulting from exposure to audiences of certain types of violent and degrading material. Materials portraying women as a class as objects for sexual exploitation and abuse have a negative impact on 'the individual's sense of self-worth and acceptance'.

Similarly, Parliament's attempt to prohibit the possession of child pornography can be seen as promoting children's right to equality.

Child pornography also undermines children's right to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7. Their psychological and physi-

teurs importants à considérer dans l'analyse fondée sur l'article premier. Cette approche garantit que l'analyse visant à déterminer si une disposition attaquée est raisonnablement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique sera effectuée d'une manière conforme à nos valeurs démocratiques.

Dans le rapport Fraser, *op. cit.*, vol. 2, p. 613, le Comité décrit ainsi ses inquiétudes au sujet de la pornographie juvénile :

... nous nous inquiétons des représentations qui peuvent sembler porter atteinte aux valeurs que nous croyons fondamentales dans notre société. À notre avis, les productions qui utilisent et représentent des enfants à des fins sexuelles pour le divertissement des adultes portent atteinte aux droits des enfants en sapant le respect auquel ils ont droit.

Cette description des effets de la pornographie juvénile sur les droits des enfants a de quoi consterner. Les écrits et images visés par le par. 163.1(1) (qui représentent des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite ou qui représentent leurs organes sexuels dans un but sexuel) ont pour effet de les avilir et de les déshumaniser. Ils dépeignent les enfants comme de simples objets sexuels disponibles pour la gratification des adultes. Ils misent sur l'inégalité des enfants. Ce matériel entre donc directement en conflit avec la garantie d'égalité prévue à l'art. 15. Dans l'arrêt *Butler*, précité, p. 497, le juge Sopinka affirme ceci :

... si l'on veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, on ne peut ignorer la menace que présente pour l'égalité le fait d'exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant. Le matériel qui représente les femmes comme une catégorie d'objets d'exploitation et d'abus sexuels a une incidence négative sur [TRADUCTION] «la valorisation personnelle et l'acceptation de soi».

De même, la tentative du législateur d'interdire la possession de pornographie juvénile peut être perçue comme favorisant le droit des enfants à l'égalité.

La pornographie juvénile sape également le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à l'enfant. La sécurité

cal security is placed at risk by their use in pornographic representations. Those children who are used in the production of child pornography are physically abused in its production. Moreover, child pornography threatens the physical and psychological security of all children, since it can be encountered by any child. Regardless of its authorship, be it of the child or others, it plays on children's weaknesses and may lead to attitudinal harm; see Fraser Report, *supra*, vol. 2, at pp. 570-71. We recognize that privacy is an important value underlying the right to be free from unreasonable search and seizure and the right to liberty. However, the privacy of those who possess child pornography is not the only interest at stake in this appeal. The privacy interests of those children who pose for child pornography are engaged by the fact that a permanent record of their sexual exploitation is produced. This privacy interest is also triggered when material which is created by teenagers in a "consensual environment" is disseminated.

psychologique et physique des enfants est compromise par l'utilisation qu'on fait d'eux dans des représentations pornographiques. Les enfants qui sont utilisés pour produire de la pornographie juvénile sont alors agressés physiquement. De plus, la pornographie juvénile compromet la sécurité physique et psychologique de tous les enfants puisqu'ils peuvent tous y être exposés. Peu importe qui en est l'auteur, que ce soient des enfants ou d'autres personnes, cette forme de pornographie mise sur les faiblesses des enfants et peut causer un préjudice comportemental : voir rapport Fraser, *op. cit.*, vol. 2, p. 613. Nous reconnaissons que le droit à la vie privée est une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives ainsi que le droit à la liberté. Toutefois, le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile ne constitue pas le seul droit en jeu dans le présent pourvoi. Le droit à la vie privée des enfants qui figurent dans la pornographie juvénile entre en jeu du fait qu'il y a production d'un enregistrement permanent de leur exploitation sexuelle. Ce droit à la vie privée intervient également lorsque du matériel créé par des adolescents dans un « environnement consensuel » est diffusé.

190 In enacting s. 163.1(4) and prohibiting the possession of child pornography, Parliament promulgated a law which seeks to foster and protect the equality rights of children, along with their security of the person and their privacy interests. The importance of these *Charter* rights cannot be ignored in the analysis of whether the law is demonstrably justified in a free and democratic society and warrants a more deferential application of the criteria set out in *Oakes*.

En adoptant le par. 163.1(4) et en interdisant la possession de pornographie juvénile, le Parlement a promulgué un texte législatif visant à promouvoir et à protéger les droits des enfants à l'égalité, de même que la sécurité de leur personne et leur droit à la vie privée. L'importance de ces droits garantis par la *Charte* ne saurait être passée sous silence dans l'analyse servant à déterminer si la mesure législative est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique et si les critères de l'arrêt *Oakes* devraient être appliqués avec plus de retenue.

191 In enacting s. 163.1(4), Parliament set social policy having regard to moral values, as it is entitled to do. It is accepted that, while the criminal law is not confined to prohibiting immoral acts, Parliament does have the right to make moral judgments in criminalizing certain forms of conduct. In

Dans ce paragraphe, le législateur a établi une politique sociale en fonction de certaines valeurs morales, comme il est en droit de le faire. Il est admis que, même si le droit criminel ne se limite pas à l'interdiction d'actes immoraux, le législateur a le droit de porter des jugements de valeur en

Butler, supra, Sopinka J. found as follows, at p. 493:

... I cannot agree with the suggestion of the appellant that Parliament does not have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society.

The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values. Like all legislative decisions, however, such moral decisions and judgments must be assessed in light of *Charter* values.

The appraisal of each of the contextual factors demonstrates that in this case increased deference to Parliament is warranted. With that in mind, we now apply the *Oakes* test to s. 163.1(4).

B. Application of the *Oakes* Test

1. Is the Objective Pressing and Substantial?

Parliament's overarching objective in proscribing the possession of child pornography was to protect children. This is set out in the following statement, made by the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice as he introduced what is now s. 163.1 for second reading in the House of Commons:

... children matter. They are the most vulnerable members of our society. They are vulnerable to emotional, sexual, and physical abuse. Our children must have the opportunity to grow up in safe, nurturing communities protected from such abuse.

The purpose of a law specifically addressing child pornography is to deal with the sexual exploitation of children and to make a statement regarding the inappropriate use and portrayal of children in media and art which have sexual aspects.

Our message is that children need to be protected from the harmful effects of child sexual abuse and

criminalisant certaines formes de comportement. Dans *Butler*, précité, p. 493, le juge Sopinka tire la conclusion suivante :

... je ne puis souscrire à l'opinion de l'appelant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique.

Notre Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales. À l'instar de toutes les décisions législatives, ces décisions et jugements de valeur doivent cependant être appréciés à la lumière des valeurs de la *Charte*.

L'évaluation de chacun des facteurs contextuels démontre qu'il est justifié, en l'espèce, de faire montre d'une plus grande retenue envers le législateur. Ayant cela à l'esprit, nous passons maintenant à l'application du critère de l'arrêt *Oakes* au par. 163.1(4).

B. L'application du critère de l'arrêt *Oakes*

1. L'objectif visé est-il urgent et réel?

L'objectif premier du législateur en interdisant la possession de pornographie juvénile est de protéger les enfants. C'est ce que précise, dans la déclaration suivante, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice en présentant en deuxième lecture à la Chambre des communes la disposition qui allait devenir l'art. 163.1 :

... les enfants comptent chez nous. Ils sont les membres les plus vulnérables de notre société. Ils sont exposés à des actes de violence psychologique, sexuelle et physique. Il faut leur donner la possibilité de grandir dans un environnement sûr, à l'abri de ces diverses formes d'exploitation.

En présentant ce projet de loi sur la pornographie juvénile, nous avons voulu traiter de l'exploitation sexuelle des enfants et prendre position sur l'utilisation et la représentation sexuelle inappropriée d'enfants, dans les médias et dans les arts.

Le message que nous voulons transmettre au moyen de ce projet de loi, c'est que les enfants ont besoin d'être

192

193

exploitation and are not appropriate sexual partners.
[Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, at p. 20328)

protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels. [Nous soulignons.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328)

194 Parliament has recognized that children are the most vulnerable members of our society and that they are especially vulnerable to sexual abuse. Any provision which protects both children and society by attempting to eradicate the sexual exploitation of children clearly has a pressing and substantial purpose.

Le législateur a reconnu que les enfants sont les membres les plus vulnérables de notre société et qu'ils sont particulièrement exposés à la violence sexuelle. Toute disposition qui protège les enfants et la société en tentant d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants a manifestement un objet urgent et réel.

195 The pressing need for this legislation is supported by the presence of legislation which prohibits the possession of child pornography in most free and democratic societies. As noted, laws in Australia, Belgium, England, Ireland, New Zealand and the United States criminalize the possession of child pornography, regardless of whether the possessor has an intent to disseminate; see also *Butler, supra*, at p. 497, for adult pornography.

L'existence, dans la plupart des sociétés libres et démocratiques, de lois interdisant la possession de pornographie juvénile démontre que cette mesure législative répond à un besoin urgent. Comme nous le signalions précédemment, des lois en Australie, en Belgique, en Angleterre, en Irlande, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis criminalisent la possession de pornographie juvénile, peu importe que la personne qui l'a en sa possession ait ou non l'intention de la diffuser : voir aussi l'arrêt *Butler*, précité, p. 497, en ce qui concerne la pornographie adulte.

196 As discussed above, this legislation is consistent with Canada's international commitment to protect children. In particular, it addresses our responsibilities under art. 34 of the *Convention on the Rights of the Child*:

Comme nous l'avons vu, la mesure législative en cause est conforme à l'engagement international du Canada de protéger les enfants. Plus particulièrement, elle donne suite à l'obligation contractée à l'art. 34 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* :

State Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, State Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :

(a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;

a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale;

(b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;

b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales;

(c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.

Article 34 reflects the international community's strongly held belief that the protection of children

L'article 34 reflète la ferme conviction de la collectivité internationale que protéger les enfants

from the harms of child pornography is essential to their rights.

Having established the pressing and substantial nature of the objective of Parliament's prohibition of the possession of child pornography, we now consider whether the means chosen are proportional.

2. Proportionality

(a) *Rational Connection*

It is particularly important to bear in mind at this stage the contextual factors previously examined which collectively warrant increased deference to Parliament's chosen means. As mentioned earlier, in the determination of whether the means are rationally connected to the objective, Parliament is not held to a strict standard of proof. The standard is whether Parliament had a reasoned apprehension of harm. We must simply ask whether Parliament had a reasonable basis, on the evidence tendered, for believing that the prohibition of child pornography, as defined in s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, would reduce the harm to children and society; see *Irwin Toy, supra*, at p. 994; *Butler, supra*, at p. 502. Parliament need not have had conclusive evidence before enacting the provision.

The Crown has provided five links between prohibiting the possession of child pornography and preventing harm to children and society which convincingly establish that s. 163.1(4) is rationally connected to its objective. Moreover, the expert evidence led at trial supports the reasonableness of Parliament's decision to act.

Dr. Collins testified at trial to the first type of harm identified by the Crown, namely that the possession of child pornography contributes to the cognitive distortions of paedophiles. He testified that it is generally accepted amongst the vast majority of forensic psychiatrists that possession

contre les préjudices de la pornographie juvénile est essentiel à leurs droits.

Après avoir établi le caractère urgent et réel de l'objectif de l'interdiction, par le législateur, de la possession de pornographie juvénile, nous allons maintenant examiner si le moyen retenu est proportionnel à cet objectif.

2. La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

Il est particulièrement important, à ce stade, de tenir compte des facteurs contextuels examinés précédemment qui, ensemble, justifient de faire montre d'une plus grande retenue envers le législateur. Comme nous l'avons déjà indiqué, pour déterminer s'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et l'objectif visé, le législateur n'est pas assujéti à une norme de preuve stricte. La norme est celle de l'appréhension raisonnée de préjudice. Nous devons simplement nous demander si le législateur était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à croire que l'interdiction de la pornographie juvénile, au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, réduirait le préjudice causé aux enfants et à la société : voir *Irwin Toy*, précité, p. 994; *Butler*, précité, p. 502. Il n'était pas nécessaire que le législateur dispose d'une preuve concluante pour adopter cette disposition.

Les cinq liens entre l'interdiction de possession de pornographie juvénile et la prévention du préjudice causé aux enfants et à la société, que le ministre public a présentés, démontrent de façon convaincante l'existence d'un lien rationnel entre le par. 163.1(4) et l'objectif du législateur. De plus, le témoignage d'expert entendu au procès confirme le caractère raisonnable de la décision d'agir du législateur.

Le Dr Collins a témoigné au procès au sujet du premier type de préjudice décrit par le ministre public, savoir que la possession de pornographie juvénile contribue aux distorsions cognitives des pédophiles. Selon lui, la vaste majorité des experts en psychiatrie médico-légale reconnaissent

197

198

199

200

of child pornography reinforces some paedophiles' cognitive distortions. He described these "offence-facilitating beliefs" as the rationalizations and justifications that paedophiles have for their deviant behaviour. Cognitive distortions contribute to the paedophile's belief that sexual activity with children is acceptable, and that children enjoy sex with adults. Dr. Collins concluded that child pornography, cognitive distortions and the validation of the belief that sexual activity with children is acceptable are inextricably linked.

201 The testimony of Dr. Collins illustrates that there is indeed a link between the possession of child pornography and harmful attitudes about the willingness of children to engage in sexual activity with adults. The statement of Ms. Monica Rainey from Citizens Against Child Exploitation before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General explains the potentially distortional effect of child pornography:

It is ludicrous to believe that child pornography has no effect on those who watch it. If that were true, why do we have advertisers selling billions of dollars of advertising for 90-second commercials? If 90 seconds work in advertising, we are fools to believe that 90 minutes of viewing adult sex with children will have no negative influence on those who are already addicted to children.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, Issue No. 105, June 10, 1993, at p. 105:21)

However, there is a dearth of empirical research which addresses whether these types of attitudes actually cause sexual abuse. The difficulty in obtaining empirical proof of a link between the possession of pornography and criminal behaviour was described in the Badgley Report, *supra*, vol. 2, which cited the U.K. Report of the Committee on

généralement que la possession de pornographie juvénile renforce les distorsions cognitives de certains pédophiles. Il a décrit ces [TRADUCTION] « croyances facilitant la perpétration d'infractions » comme étant des rationalisations et des justifications que les pédophiles ont au sujet de leur comportement déviant. Les distorsions cognitives amènent le pédophile à croire que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable et que les enfants aiment avoir des rapports sexuels avec des adultes. Le D^r Collins a conclu que la pornographie juvénile, les distorsions cognitives et la validation de la croyance que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable sont des éléments inextricablement liés.

Le témoignage du D^r Collins montre qu'il y a effectivement un lien entre la possession de pornographie juvénile et les attitudes préjudiciables au sujet de la volonté des enfants de se livrer à des activités sexuelles avec des adultes. Dans sa déclaration devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, M^{me} Monica Rainey, du groupe des Citoyens contre l'exploitation des enfants, explique la distorsion susceptible de résulter de la pornographie juvénile :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que la pornographie enfantine a un effet sur ceux qui la consomment. Si non, pourquoi les annonceurs dépensent-ils des milliards de dollars pour des publicités de 90 secondes? S'il suffit de 90 secondes pour transmettre un message en publicité, il est absurde de penser que le fait de regarder un message en publicité, il est absurde de penser que le fait de regarder un vidéo de 90 minutes présentant des activités sexuelles entre adultes et enfants n'aura aucune influence néfaste sur ceux qui ont déjà un penchant très marqué pour les enfants.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*, fascicule n^o 105, 10 juin 1993, p. 105:21)

Il n'existe toutefois pas suffisamment de recherche empirique sur la question de savoir si ces types d'attitudes conduisent effectivement à des agressions sexuelles. La difficulté d'obtenir la preuve empirique d'un lien entre la possession de pornographie et le comportement criminel a été décrite ainsi dans le rapport Badgley, *op. cit.*, vol. 2,

Obscenity and Film Censorship (1979), as follows, at p. 1273:

Since criminal and anti-social behaviour cannot itself, for both practical and ethical reasons, be experimentally produced or controlled, the observations must be made on some surrogate or related behaviour . . . The fundamental issue in this field concerns *the relations that hold between reactions aroused in a subject by a represented, artificial, or fantasy scene, and his behaviour in reality* . . . We can only express surprise at the confidence that some investigators have shown in supposing that they can investigate *this* problem through experimental set-ups in which reality is necessarily replaced by fantasy. [Emphasis added in Badgley Report.]

This difficulty, however, should not serve as a bar to prohibiting the possession of child pornography. In this regard, the comments of Burger C.J. in *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), at pp. 60-61, on obscene material are apposite:

Although there is no conclusive proof of a connection between antisocial behavior and obscene material, the legislature . . . could quite reasonably determine that such a connection does or might exist.

In our view, based on the evidence, Parliament's apprehension that child pornography reinforces the cognitive distortion that children are appropriate sexual partners was reasonable.

With respect to the second link, Dr. Collins testified to the theory that child pornography fuels paedophiles' fantasies. He identified fantasies as the motivating force behind all sexually deviant behaviour, described paedophiles as "notorious for being collectors" of pornography, noted that the most explicit child pornography was the most coveted, and testified that in his own experience a correlation between greater access to child pornography and increased child sexual abuse does exist.

In assessing whether Parliament had a reasonable basis for concluding that the possession of

p. 1381, où l'on cite le *Report of the Committee on Obscenity and Film Censorship* du Royaume-Uni (1979) :

Les comportements criminels et antisociaux ne peuvent, pour des raisons pratiques et déontologiques, être produits ou contrôlés expérimentalement. Les observations doivent donc porter sur des comportements de substitution ou connexes [. . .] La question fondamentale dans ce domaine concerne *la relation existant entre les réactions produites chez une personne par une scène jouée, artificielle ou imaginée, et le comportement de cette personne dans la réalité* [. . .] Nous ne pouvons que nous étonner de ce que des chercheurs aient pensé pouvoir étudier *ce* problème dans un cadre expérimental, dans lequel la réalité est, par nécessité, remplacée par l'imaginaire. [Italiques ajoutées dans le rapport Badgley.]

Cette difficulté ne devrait toutefois pas empêcher d'interdire la possession de pornographie juvénile. À cet égard, les observations du juge en chef Burger dans *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), p. 60-61, relativement au matériel obscène, sont pertinentes :

[TRADUCTION] Même s'il n'existe aucune preuve concluante d'un lien entre le comportement antisocial et le matériel obscène, le législateur [. . .] pourrait très raisonnablement conclure qu'un tel lien existe ou est susceptible d'exister.

Compte tenu de la preuve soumise, nous jugeons raisonnable la crainte du législateur que la pornographie juvénile ne renforce la distorsion cognitive selon laquelle l'enfant est un partenaire sexuel approprié.

En ce qui concerne le deuxième lien, le Dr Collins a avancé que la pornographie juvénile alimente les fantasmes des pédophiles. Il a affirmé que les fantasmes sont à l'origine de tout comportement sexuel déviant, que les pédophiles sont des [TRADUCTION] « collectionneurs notoires » de pornographie, que la pornographie juvénile la plus explicite est la plus convoitée et que, selon sa propre expérience, il existe une corrélation entre l'accès plus grand à la pornographie juvénile et l'accroissement de l'exploitation sexuelle des enfants.

Pour décider si le législateur était raisonnablement fondé à conclure que la possession de porno-

child pornography would harm children by fueling the fantasies of paedophiles, it is important to bear in mind that these fantasies are based on children's degradation and dehumanization. The derivation of sexual pleasure from the possession of child pornography undermines children's rights and does violence to the values which are essential to a free and democratic society. In our view, Parliament had a reasonable basis for believing that the prohibition of the possession of child pornography would foster and protect children's *Charter* rights.

graphie juvénile causerait un préjudice aux enfants en alimentant les fantasmes des pédophiles, il importe de se rappeler que ces fantasmes reposent sur l'avilissement et la déshumanisation des enfants. La recherche du plaisir sexuel par la possession de pornographie juvénile mine les droits des enfants et va à l'encontre des valeurs essentielles d'une société libre et démocratique. À notre avis, le législateur était raisonnablement fondé à croire que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile favoriserait et protégerait les droits garantis aux enfants par la *Charte*.

204

The third link arises from the important role of s. 163.1(4) as part of an integrated law enforcement scheme which protects children against the harms associated with child pornography. In addition to Detective Waters' testimony that the police have found distributors and producers of child pornography through laying simple possession charges, Detective Inspector Matthews of the Child Pornography Unit of the Criminal Investigation Bureau of the Ontario Provincial Police, noted in his affidavit submitted to the British Columbia Court of Appeal that virtually all of the child pornography being created and distributed today is communicated by computer through the Internet. It is largely traded privately between paedophiles for the sole purpose of increasing their private collections. Therefore, paedophiles can acquire large collections of child pornography without being detected. Because of the secrecy involved in the trade of child pornography, the distribution provisions of s. 163.1 of the *Criminal Code* are insufficient to control its proliferation. Detective Inspector Matthews noted that with possession as an offence, law enforcement agencies now have the justification to seize the images and text of child pornography stored on computers and diskettes. This ensures that the material cannot be used in a manner which is harmful to children, and that it is not distributed further.

Le troisième lien découle du rôle important que joue le par. 163.1(4) dans un régime intégré d'application de la loi qui protège les enfants contre les préjudices associés à la pornographie juvénile. Outre le témoignage du détective Waters selon lequel la police avait épinglé des distributeurs et des producteurs de pornographie juvénile en portant de simples accusations de possession, le sergent-détective Matthews de la section de la pornographie juvénile, Bureau des enquêtes criminelles de la Police provinciale de l'Ontario, a souligné, dans un affidavit présenté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que la quasi-totalité de la pornographie juvénile produite et distribuée de nos jours est communiquée par ordinateur sur Internet. Elle est en grande partie échangée en privé entre pédophiles qui ne cherchent qu'à enrichir leurs collections privées. Les pédophiles peuvent donc acquérir de vastes collections de pornographie juvénile sans être détectés. En raison du secret entourant le trafic de pornographie juvénile, les dispositions de l'art. 163.1 du *Code criminel* relatives à la distribution sont insuffisantes pour en freiner la prolifération. Le sergent-détective Matthews a fait remarquer que, grâce à l'infraction de possession, les organismes chargés d'appliquer la loi peuvent maintenant saisir les images et les textes de pornographie juvénile stockés sur ordinateurs et disquettes informatiques. Cela permet d'empêcher que le matériel soit utilisé d'une manière préjudiciable aux enfants et qu'il soit distribué ultérieurement.

205

One of the most compelling links between the possession of child pornography and associated

L'un des liens les plus probants entre la possession de pornographie juvénile et les préjudices

harms to children is the use of child pornography by paedophiles to groom children into committing sexual acts. Detective Inspector Matthews testified as follows before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General about the use of child pornography as a grooming tool:

It's often used as a tool by pedophiles to seduce children. They use it as a tool to lower their inhibitions. They do that by exposing the children to photographs. They'll usually start out with photographs of partial nudity and then they'll work their way up to total nudity and children being involved in actual sex acts.

Another dangerous part is that when they photograph these children, especially if they're in the neighbourhood, the children may very well recognize their peers, so there's that added pressure that if it's all right for an adult to photograph their peers in the nude and take advantage of them and exploit them, then perhaps it's all right for them to do that with them.

(Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General, supra, at pp. 105:4-105:5)

See also Badgley Report, *supra*. The potential of child pornography as a grooming tool is often evident from the manner in which the material is presented. For example, in the *voir dire*, Detective Waters described a comic book called *Cherubino* which depicts a child with an adult male as a team of crime fighters. Each crime fighting episode ends with a sexual encounter. The pornography is thus produced in a form which is appealing to children, encouraging them to believe that such behaviour is normal.

The Badgley Committee found that paedophiles sought out materials depicting children engaged in sexual conduct to use them to persuade other children to engage in similar conduct. In the Committee's view, this fact demonstrated the need for express legal sanctions against the possession of child pornography (vol. 1, at p. 101). The Committee's research indicated (vol. 2, at pp. 1282-83) that

causés aux enfants tient à l'utilisation de la pornographie juvénile par les pédophiles pour initier les enfants aux rapports sexuels. Le sergent-détective Matthews a affirmé ce qui suit, devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, au sujet de l'utilisation de la pornographie juvénile pour initier des jeunes :

[TRADUCTION] Les pédophiles y ont souvent recours pour séduire des enfants et affaiblir leurs inhibitions. Pour y arriver, ils présentent des photographies aux enfants en commençant généralement par des photographies représentant des sujets partiellement nus, pour passer à des sujets complètement nus et ensuite à des enfants participant à des activités sexuelles.

Les photographies présentent un autre danger, les sujets peuvent être du même quartier que les enfants auxquels on les montre et peuvent être reconnus. Cela crée une pression supplémentaire sur l'enfant qui pense que si un adulte peut prendre des photos de leurs camarades nus, et les exploiter et en abuser, il est peut-être acceptable que des adultes agissent de même à leur égard.

(Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, op. cit., p. 105:4-105:5)

Voir également le rapport Badgley, *op. cit.* Le risque que la pornographie juvénile serve à initier des jeunes ressort souvent de la manière dont le matériel est présenté. Par exemple, lors du *voir-dire*, le détective Waters a décrit un livre de conte illustré intitulé *Cherubino* qui représente une équipe de justiciers composée d'un enfant et d'un adulte. Chaque épisode de lutte contre la criminalité se termine par une relation sexuelle. La pornographie est ainsi produite sous une forme attrayante pour les enfants et les encourage à croire qu'un tel comportement est normal.

Le comité Badgley a constaté que les pédophiles recherchaient du matériel représentant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle afin de l'utiliser pour convaincre d'autres enfants de se livrer à des actes semblables. Selon ce comité, cela démontrait la nécessité d'adopter des sanctions légales expresses contre la possession de pornographie juvénile (vol. 1, p. 108). D'après les recherches du Comité (vol. 2, p. 1391),

the occurrence of unwanted exposure to pornography may have been experienced by a sizeable number of Canadians, many of whom were children and youths when the incidents took place. In many of these incidents, the persons committing these acts were well known to children or were responsible for their welfare. One in 63 persons (1.6 percent of persons in the National Population Survey) reported having been exposed to pornography and also having been sexually assaulted at the time or following the exposure.

... In the Committee's judgment, the incidents reported likely constitute an under-estimate of the occurrence of situations involving exposure to pornography followed by a sexual assault.

Twenty of the 33 persons who reported that they had been shown pornography and sexually assaulted by the same person were children when the incidents occurred (vol. 2, at p. 1279).

207 The use of child pornography to groom children is also evident in those cases which have considered s. 163.1 of the *Criminal Code*. For example, in *R. v. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL) (Q.B.), a man showed two children a photo of a young girl with her dress pulled up over her head, exposing her genitals. In *R. v. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270 (Ont. C.A.), one of the accused, Gramlick, had produced 33 videotapes of sexual activity among children and adults. Before participating in the filming, the children were shown commercial videos of child pornography and the accused's own homemade videotapes "to stimulate them sexually and to reassure them that their conduct was normal" (p. 274).

208 Thus, the evidence demonstrates that child pornography is used in the seduction process and links the prohibition against possession with the prevention of harm to children.

209 As discussed by McLachlin C.J., the final link identified by the Crown, the abuse of children in the production of pornography, is conclusive (at para. 92). The prohibition of the possession of child pornography is intended to reduce the market for it. If consumption is reduced, presumably pro-

il est évident qu'un nombre important de Canadiens ont été exposés contre leur gré à du matériel pornographique dans leur enfance ou leur jeunesse. Dans beaucoup de ces cas, les personnes responsables de ces actes étaient bien connues des enfants ou en avaient la garde. Une personne sur 63 (1,6 % des répondants du sondage national auprès de la population) signale avoir été exposée à du matériel pornographique et avoir subi une agression sexuelle, au moment même ou après.

... De l'avis du Comité, les incidents rapportés constituent probablement une sous-évaluation de la fréquence des situations combinant l'exposition à du matériel pornographique et une agression sexuelle.

Vingt des 33 personnes qui ont raconté que leur agresseur leur avait montré du matériel pornographique avant de les agresser sexuellement étaient des enfants au moment des faits (vol. 2, p. 1387).

Le recours à la pornographie juvénile pour initier les enfants ressort aussi clairement de la jurisprudence relative à l'art. 163.1 du *Code criminel*. Par exemple, dans l'affaire *R. c. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL) (B.R.), un homme avait montré à deux enfants la photo d'une jeune fille dont la robe était retroussée par-dessus la tête de façon à exposer ses organes sexuels. Dans l'affaire *R. c. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270 (C.A. Ont.), un des accusés, Gramlick, avait produit 33 vidéocassettes représentant des activités sexuelles entre des enfants et des adultes. Avant l'enregistrement, on avait montré aux enfants qui y ont participé de la pornographie juvénile sur bande vidéo commerciale et les enregistrements amateurs réalisés par l'accusé [TRADUCTION] « pour les stimuler sexuellement et les rassurer sur le caractère normal de leur conduite » (p. 274).

La preuve démontre donc que la pornographie juvénile est utilisée à des fins de séduction et qu'il existe un lien entre son interdiction et la prévention du préjudice causé aux enfants.

Comme l'affirme le juge en chef McLachlin, le dernier lien décrit par le ministère public, soit l'exploitation des enfants pour produire de la pornographie, est concluant (par. 92). L'interdiction de la possession de pornographie juvénile vise à réduire le marché de cette forme de pornographie.

duction will also be reduced. This fact was recognized by the United States Supreme Court in *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), at pp. 109-10. Parliament had additional evidence before it that the prohibition of private possession of child pornography would protect children from the harm of being used in its production. The hearings before the Fraser Committee revealed that the private preparation of child pornography was the major mode of resorting to the material. It urged Parliament to recognize that much, if not most, of the exploitation of children in pornography would occur in private (vol. 2, at p. 584). Similarly, the Badgley Committee found that privately produced material was a major source of child pornography (vol. 2, at p. 1197).

Both the Badgley Committee and the Fraser Committee found that the then existing *Criminal Code* framework relating to obscene publications was inadequate to deal with the circumstances attending the making and distribution of child pornography. The Badgley Committee found as follows (vol. 1, at p. 101):

The general definition of obscenity does not reflect the state's particular and more compelling interest in prosecuting and punishing those who promote the sexual abuse of children in this manner. The definition of "obscene publication" in section 159(8) of the *Criminal Code* pertains to the overall content of the publication, rather than to the circumstances of its production. In reference to child pornography, it is the circumstances of its production, namely, the sexual exploitation of young persons, which is a fundamental basis for proscription. [Emphasis deleted.]

To fill the gap in the *Criminal Code* the committee recommended that the private possession of any visual representation of a person under 18 participating in explicit sexual conduct (including the lewd exhibition of the genitals) be prohibited (vol. 1, at pp. 102-103). The Fraser Committee expressed the concern that the existing law of obscenity would not capture child pornography prepared in private for private use, because of the application of a more forgiving community stan-

Si la consommation est réduite, il en sera probablement de même de la production. La Cour suprême des États-Unis a reconnu ce fait dans *Osborne c. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), p. 109-110. Le législateur disposait d'autres éléments de preuve que l'interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile protégerait les enfants contre le préjudice découlant de leur participation à sa production. Les audiences du comité Fraser ont révélé que la préparation privée de matériel pornographique mettant en cause des enfants était une méthode répandue. Le Comité a pressé le législateur de reconnaître que bien souvent, sinon presque toujours, l'exploitation des enfants par la pornographie se fait en privé (vol. 2, p. 627). De même, le comité Badgley a conclu que le matériel produit en privé était une source importante de pornographie juvénile (vol. 2, p. 1302).

Les comités Badgley et Fraser ont tous les deux constaté qu'à l'époque le régime du *Code criminel* relatif aux publications obscènes était insuffisant pour s'attaquer aux circonstances qui entourent la production et la distribution de pornographie juvénile. Le comité Badgley a tiré la conclusion suivante (vol. 1, p. 109) :

La définition générale d'obscénité ne reflète pas l'intérêt particulièrement pressant de l'État à poursuivre et à punir ceux qui contribuent de cette manière à la promotion des agressions sexuelles d'enfants. La définition de « publication obscène » de l'article 159(8) du *Code criminel* se rapporte au contenu global de la publication plutôt qu'aux circonstances de sa production. Or, en ce qui concerne la pornographie mettant en cause des enfants, ce sont les circonstances de sa production, autrement dit l'exploitation sexuelle des jeunes personnes, qui constituent le fondement de son interdiction. [Italiques omis.]

Afin de combler cette lacune du *Code criminel*, le Comité a recommandé que la possession personnelle de toute représentation d'une personne âgée de moins de 18 ans participant à une activité sexuelle explicite (y compris une exposition lubrique de ses organes génitaux) soit interdite (vol. 1, p. 110). Le comité Fraser a exprimé la crainte que les dispositions législatives existantes sur l'obscénité ne visent pas la pornographie juvénile préparée en privée pour un usage personnel,

dard for materials used privately (vol. 2, at p. 584). It also recommended that the private possession of child pornography be prohibited. These recommendations contribute to the conclusion that Parliament had a rational basis for deciding that prohibiting the private possession of child pornography was essential to the protection of children from the abuse inherent in its production.

(b) *Minimal Impairment*

211 In conducting an analysis of whether s. 163.1(4), in combination with the definition of “child pornography” set out in s. 163.1(1), minimally impairs the right to free expression, the Court must be particularly sensitive to the contextual factors which we have previously discussed.

212 As Cory J. recognized in *Lucas, supra*, at para. 57, the negligible value of the expression restricted is an important factor in the minimal impairment analysis, which requires the Court to assess whether Parliament has struck a reasonable balance between the individual right which has been infringed and the community goals and values which Parliament seeks to protect. Without a true understanding of the type of expression which is being impaired, there is a risk that its connection to the s. 2(b) guarantee and our democratic values will be misrepresented. There is a risk that the balance will be skewed in favour of abstract notions of the value of expression in a democracy when the activity at issue does not serve those values. As we have seen, child pornography is in many ways antithetical to the values underlying the s. 2(b) guarantee. It has only a tenuous connection to the value of self-fulfilment, and only at its most base and prurient level. With respect, we see no evidence to support the notion that sexually explicit videos of teenagers “reinforce healthy sexual relationships and self-actualization”, as suggested by McLachlin C.J., at para. 109, rather than being harmful self-indulgence supporting unhealthy attitudes towards oneself and others, as alluded to in the Fraser Report (see below, at para. 231). On the other hand, we have noted the harm to children that can be caused by such material by reinforcing

en raison de l’application d’une norme sociale plus indulgente dans le cas du matériel réservé à un usage personnel (vol. 2, p. 627). Il a aussi recommandé que la possession personnelle de pornographie juvénile soit interdite. Ces recommandations amènent à conclure que le législateur était raisonnablement fondé à décider que l’interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile était essentielle à la protection des enfants contre l’exploitation inhérente à sa production.

b) *L’atteinte minimale*

Dans l’analyse visant à déterminer si le par. 163.1(4), conjugué à la définition de « pornographie juvénile » du par. 163.1(1), porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d’expression, la Cour doit prêter une attention toute particulière aux facteurs contextuels analysés précédemment.

Comme le juge Cory l’a reconnu, au par. 57 de l’arrêt *Lucas*, précité, la valeur négligeable de l’expression qui fait l’objet d’une restriction est un facteur important pour décider s’il y a atteinte minimale. Ce facteur oblige la Cour à déterminer si le législateur a établi un équilibre raisonnable entre le droit individuel auquel il est porté atteinte et les objectifs et valeurs collectifs que le Parlement cherche à protéger. Sans une compréhension véritable du type d’expression à laquelle il est porté atteinte, il y a un risque que son lien avec la garantie prévue à l’al. 2b) et avec nos valeurs démocratiques soit présenté sous un faux jour. Il y a un risque que des notions abstraites de la valeur de l’expression dans une démocratie l’emportent alors que l’activité en cause ne sert pas ces valeurs. Comme nous l’avons vu, la pornographie juvénile va, à bien des égards, à l’encontre des valeurs qui sous-tendent la garantie de l’al. 2b). Elle n’a qu’un lien ténu avec la valeur d’épanouissement personnel, et ce, dans son aspect le moins digne et le plus lascif. En toute déférence, nous ne voyons aucun élément de preuve étayant l’idée que des vidéos sexuellement explicites d’adolescents « renforce[nt] de saines relations sexuelles et la réalisation de soi », comme le suggère le juge en chef McLachlin (par. 109), au lieu de refléter un hédonisme préjudiciable justifiant l’adoption d’attitudes malsaines envers soi et envers autrui, auxquelles

cognitive distortions (see paras. 165 and 223) and creating instruments susceptible of being used for grooming. Moreover, there is no valid reason to presume that teenage authors of sexually explicit videos cannot themselves be paedophiles.

Furthermore, the Court must not lose sight of the other rights and democratic values which Parliament has sought to protect in enacting s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. The prohibition of the possession of child pornography is consistent with the democratic values which are essential in our community, and also with the *Charter* rights of children. It is legislation which promotes respect for the inherent dignity of children by curbing the existence of materials which degrade them. This in turn helps to protect children's equality and security rights.

Parliament need not show that the provision is perfectly tailored to its objective; see *RJR-MacDonald*, *supra*, at p. 342; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*, at para. 108. Nor need Parliament show that there was no other reasonable measure which could achieve its objective and interfere less with the freedom of expression guarantee. Given the contextual factors which are at play in this particular case, and the deference to Parliament's choice of means that they warrant, we agree with the following statement of Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at pp. 784-85:

... s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not,

fait allusion le rapport Fraser (voir plus loin, par. 231). Par contre, nous avons souligné le préjudice que ce matériel peut causer aux enfants en renforçant des distorsions cognitives (voir par. 165 et 223) et en créant des instruments susceptibles de servir à les initier aux rapports sexuels. De plus, il n'y a aucune raison valable de présumer que les adolescents auteurs de vidéos sexuellement explicites ne peuvent pas être eux-mêmes des pédophiles.

La Cour ne doit pas non plus perdre de vue les autres droits et valeurs démocratiques que le législateur a voulu protéger en adoptant le par. 163.1(4) du *Code criminel*. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile est conforme aux valeurs démocratiques essentielles à notre collectivité, ainsi qu'aux droits garantis aux enfants par la *Charte*. C'est une mesure législative qui favorise le respect de la dignité inhérente des enfants en enrayant le matériel qui les avilit, d'où son utilité pour protéger les droits des enfants à l'égalité et à la sécurité.

Le législateur n'est pas tenu de prouver que la disposition est parfaitement adaptée à son objectif : voir *RJR-MacDonald*, précité, p. 342; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, par. 108. Le législateur n'est pas non plus tenu d'établir qu'il n'y avait aucune autre mesure raisonnable qui aurait pu permettre de réaliser son objectif et de moins porter atteinte à la garantie de la liberté d'expression. Compte tenu des facteurs contextuels qui sont en jeu en l'espèce et de la retenue qu'ils justifient à l'égard des moyens choisis par le législateur, nous souscrivons à l'énoncé suivant du juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, p. 784-785 :

... l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi,

213

214

and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim.

215 In the court below, Rowles J.A. began her analysis of the impugned provision by highlighting the fact that it solely targeted the private possession of child pornography. She found that because s. 163.1(4) is directed only to the private possession of material, as opposed to the dissemination of material to others, it substantially reduced the likelihood that the imposition of criminal sanctions would prevent any potential harm to children. Similarly, McLachlin C.J. finds that photographs and videos of teenagers taken of themselves for their own personal use should not be proscribed (paras. 41 and 76-77) because of the privacy interest and diminished risk of harm to children. With respect, we cannot agree. In reaching this conclusion, McLachlin C.J. and Rowles J.A. fail to recognize that children are particularly vulnerable in the private sphere, a fact that was recently recognized by the Ontario Court of Appeal in *R. v. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100. *E. (B.)* involved a constitutional challenge to s. 172 of the *Criminal Code*, which prohibits, *inter alia*, participation in sexual immorality in the home of a child thereby endangering the morals of the child. The court found that the provision infringed the accused's right to freedom of expression, but that the infringement was justified under s. 1. In conducting his s. 1 analysis, Doherty J.A. made the following statement, at p. 125:

In concluding that the objective outweighs the harm done to the right protected by s. 2(b), I have considered that s. 172 reaches inside the home. That reach is a significant aggravating feature when considering the harm done by the section to the right of freedom of expression. That same feature, however, is essential if the section is to serve its purpose. Unfortunately, it is in the home where children are most susceptible to the kinds of conduct at which s. 172 is aimed.

qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

Madame le juge Rowles de la Cour d'appel a commencé son analyse de la disposition attaquée en faisant remarquer qu'elle ne vise que la possession personnelle de pornographie juvénile. Selon elle, le fait que le par. 163.1(4) ne vise que la possession personnelle de matériel, par opposition à la diffusion de matériel à autrui, réduit considérablement la probabilité que l'imposition de sanctions pénales prévienne tout préjudice susceptible d'être causé aux enfants. De même, le juge en chef McLachlin conclut que les photos et enregistrements vidéo que des adolescents prennent ou effectuent, selon le cas, d'eux-mêmes pour leur propre usage personnel ne devraient pas être interdits (par. 41 et 76-77) en raison du droit à la vie privée et du risque moins élevé que des enfants subissent un préjudice. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. En tirant cette conclusion, le juge en chef McLachlin et le juge Rowles omettent de reconnaître que les enfants sont particulièrement vulnérables dans un contexte de vie privée, un fait récemment reconnu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100. Cette affaire concernait la constitutionnalité de l'art. 172 du *Code criminel*, qui interdit notamment à quiconque de participer, là où demeure un enfant, à une immoralité sexuelle ayant pour effet de mettre en danger les mœurs de cet enfant. La cour a conclu que la disposition portait atteinte au droit de l'accusé à la liberté d'expression, mais que cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier. Dans le cadre de son analyse fondée sur l'article premier, le juge Doherty dit ceci, à la p. 125 :

[TRADUCTION] Pour conclure que l'objectif l'emporte sur l'atteinte portée au droit garanti par l'al. 2b), j'ai tenu compte du fait que l'art. 172 s'étend au domicile. Cela constitue un important facteur aggravant eu égard à l'atteinte que cet article porte au droit à la liberté d'expression. Cette même caractéristique est toutefois essentielle à la réalisation de l'objectif de l'article. Malheureusement, c'est au foyer que les enfants sont le plus susceptibles d'être victimes des types de comportement visés par l'art. 172.

Doherty J.A.'s observation is particularly apposite in the context of this case. As we have discussed above, the evidence is clear that a large portion of child pornography is produced privately, and used privately by those who possess it. The harmful effect on the attitudes of those who possess it similarly occurs in private. With respect to grooming, our knowledge of the sexual abuse of children has evolved to recognize that sexual assaults occur in private as often, if not more often, as in public places. We cannot agree that prohibiting the simple possession of child pornography will not have an additional reductive effect on the harm that child pornography causes. While the possession prohibition infringes privacy more than those provisions which prohibit the distribution and production of child pornography, its intrusiveness is necessary to achieve Parliament's goal. We firmly disagree with McLachlin C.J., at para. 75, where she states that self-created privately held expressive materials should be exempted from the prohibition against possession of child pornography. Whether the material is produced by the actor himself or a third party is irrelevant. Otherwise, two identical videos will be treated differently on the basis of authorship and intent, both of which are extremely difficult to prove and have no bearing on the apprehension of harm that comes from the actual content of the material.

Rowles J.A. found that the impugned provision, in combination with the definition of child pornography, did not minimally impair the right to freedom of expression because it captured visual and written works of the imagination which do not involve the participation of any actual children or youth in their production. The prohibition of the possession of those materials, in her view, could only be justified on the basis of the indirect harms caused by their simple possession. She found that there was a lack of social science evidence regarding the effects of these works of the imagination and that the court should be reluctant to draw an

L'observation du juge Doherty est particulièrement pertinente dans le contexte de la présente affaire. Comme nous l'avons vu plus haut, la preuve montre clairement qu'une grande partie de la pornographie juvénile est produite en privé et utilisée à des fins personnelles par les gens qui l'ont en leur possession. Son effet pernicieux sur l'attitude des gens qui l'ont en leur possession se manifeste lui aussi en privé. En ce qui concerne l'initiation aux rapports sexuels, notre connaissance de l'exploitation sexuelle des enfants s'est améliorée au point que nous savons maintenant que les agressions sexuelles ont lieu aussi souvent, voire plus souvent, en privé que dans des lieux publics. Nous ne pouvons convenir que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile ne contribuera pas à réduire davantage le préjudice qui en résulte. Bien que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile porte davantage atteinte à la vie privée que les dispositions qui en interdisent la distribution et la production, cette atteinte est nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur. Nous sommes fermement en désaccord avec le juge en chef McLachlin lorsqu'elle affirme au par. 75, que le matériel expressif créé personnellement et conservé en privé devrait être exempté de l'interdiction de posséder de la pornographie juvénile. Que le matériel soit produit par l'acteur lui-même ou par un tiers n'a aucune pertinence. S'il en était autrement, deux vidéos identiques seraient traitées différemment selon l'auteur et l'intention, deux éléments extrêmement difficiles à prouver et n'ayant aucune incidence sur la crainte de préjudice résultant du contenu réel du matériel.

Le juge Rowles a conclu que la disposition attaquée, combinée avec la définition de pornographie juvénile, ne porte pas le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression du fait qu'elle vise les œuvres de fiction visuelles et écrites dont la production n'implique pas la participation d'enfants ou de jeunes. Selon elle, l'interdiction de la possession de tel matériel ne pouvait être justifiée qu'en fonction des préjudices indirects résultant de leur simple possession. Elle a conclu que la preuve en matière de sciences humaines relativement aux effets de ces œuvres de fiction était insuffisante et que la cour devrait hésiter à déduire l'existence

inference of harm given the profound violation of freedom of expression and privacy which results from making the private possession of works of a person's own imagination a criminal offence.

217 With respect, we cannot agree with her analysis. As explained earlier in these reasons, the harm which Parliament sought to prevent in enacting s. 163.1(4) of the *Criminal Code* extends beyond the harm which flows from the use of children in pornography. Parliament also sought to prevent the harm which flows from the very existence of images and words which degrade and dehumanize children and to send the message that children are not appropriate sexual partners. All of the contextual factors at play in this particular case indicate that Parliament's choice of means in protecting children should be respected. Therefore, we disagree with Rowles J.A. that a court should be reluctant to draw an inference of harm simply because of the intrusion of the legislation into the private sphere. Parliament was justified in having a reasonable apprehension that works of the imagination would be harmful to children and society.

218 With respect to visual representations which depict children engaged in explicit sexual activity, and visual representations where the dominant characteristic is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a child, the focus must be on the harm of their message and not on the intent or identity of their creator. McLachlin C.J. is of the view that Parliament's concern with "explicit sexual activity" is limited to "visual representations near the extreme end of the spectrum" (para. 47). She implies that "nudity or intimate sexual activity" (para. 49) is required for material to be caught by the law. In our view, this approach is not consistent with an interpretation which focusses on the purpose of the legislation, which is to prevent the harms that arise from the possession of child pornography. To ensure that Parliament's purpose is fulfilled, when deciding on the correct interpretation of the terms in s.

d'un préjudice compte tenu de l'atteinte profonde à la liberté d'expression et à la vie privée qui résulte de la criminalisation de la possession personnelle d'œuvres résultant de l'imagination d'une personne.

En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à son analyse. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le préjudice que le législateur a tenté de prévenir en adoptant le par. 163.1(4) du *Code criminel* dépasse le préjudice résultant de l'utilisation d'enfants pour produire de la pornographie. Le législateur cherchait également à prévenir le préjudice qui découle de l'existence même d'images et de mots qui avilissent et déshumanisent les enfants, et à transmettre le message que les enfants ne sont pas des partenaires sexuels appropriés. Tous les facteurs contextuels qui sont en jeu en l'espèce indiquent qu'il y a lieu de respecter le choix que le législateur a fait des moyens de protéger les enfants. Nous ne sommes donc pas d'accord avec le juge Rowles pour dire qu'un tribunal devrait hésiter à déduire l'existence d'un préjudice en raison simplement de l'atteinte que la mesure législative en cause porte à la vie privée. Le législateur avait raison de craindre que des œuvres de fiction ne causent un préjudice aux enfants et à la société.

En ce qui concerne les représentations d'enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite et les représentations dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant, l'accent doit être mis sur le préjudice causé par leur message et non pas sur l'intention ou l'identité de leur auteur. Le juge en chef McLachlin est d'avis que le législateur entend par « activité sexuelle explicite » uniquement « la représentation d'actes situés presque à l'extrémité de l'éventail » (par. 47). Elle laisse entendre qu'il doit y avoir « nudité ou [...] activit[é] sexuell[e] intim[e] » (par. 49) pour que le matériel soit visé par la loi. Nous sommes d'avis que ce point de vue n'est pas compatible avec l'interprétation axée sur l'objectif de la loi, qui est de prévenir les préjudices résultant de la possession de pornographie juvénile. Pour garantir la réalisation de l'objectif du législateur, il

163.1(1), it is of overriding import to consider the content of the material which will fall just outside the scope of the prohibition. For example, this consideration motivated the decision in *United States v. Knox*, 32 F.3d 733 (3rd Cir. 1994), which refused to create “an absolute immunity for pornographers who pander to pedophiles by using as their subjects children whose genital areas are barely covered” (p. 752).

Visual images which do not use children in their creation can also convey a message of degradation and dehumanization. For example, in *R. v. Pointon*, Man. Prov. Ct., October 23, 1997), the accused had in his possession hundreds of types of hand-drawn pornography and written text. The majority of the drawings in his possession portrayed children under the age of 10 engaged in various types of explicit sexual activity with each other and with adults. Amongst the pictures was one entitled “The Family Secret” which depicted two young girls, one in the act of fellatio with an adult male. The caption below the picture read: “What started as a simple weekend at the cabin with daddy became incest”. This case suggests that drawings, sketches and other works of the imagination are valuable to paedophiles in their collections.

Parliament was justified in concluding that such works of the imagination would harm children. The majority held in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 999, that “[t]his Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups.” Similarly, in *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J. made the following observation with respect to materials which degrade and dehumanize vulnerable groups, at para. 116:

Canadians presume that expressions which degrade individuals based on their gender, ethnicity, or other personal factors may lead to harm being visited upon them

est absolument important, au moment de décider de l'interprétation correcte du par. 163.1(1), de prendre en considération le contenu du matériel qui échappe tout juste à l'interdiction. Cette prise en considération a notamment motivé l'arrêt *United States c. Knox*, 32 F.3d 733 (3rd Cir. 1994), dans lequel on a refusé de créer [TRADUCTION] « une immunité absolue pour les pornographes qui encouragent basement les pédophiles en utilisant comme sujets des enfants dont les organes génitaux sont à peine couverts » (p. 752).

Les images visuelles dont la création n'implique pas l'utilisation d'enfants peuvent aussi transmettre un message d'avilissement et de déshumanisation. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Pointon* (C. prov. Man., 23 octobre 1997), l'accusé avait en sa possession des centaines de dessins et de textes pornographiques. La majorité des dessins en sa possession représentaient des enfants de moins de 10 ans en train de se livrer à divers types d'actes sexuels explicites entre eux et avec des adultes. L'une des images, intitulée [TRADUCTION] « Secret de famille », représentait deux jeunes filles, dont l'une faisait une fellation à un adulte. La légende sous l'image se lisait ainsi : [TRADUCTION] « Ce qui a commencé par une simple fin de semaine au chalet avec papa s'est terminé par un inceste ». Cette affaire indique que les dessins, croquis et autres œuvres de fiction ont de la valeur pour les pédophiles qui les collectionnent.

Le législateur était fondé de conclure que de telles œuvres de fiction causeraient un préjudice aux enfants. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 999, les juges majoritaires ont statué que la « Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables ». De même, dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 116, le juge Bastarache a fait l'observation suivante au sujet du matériel qui avilit et déshumanise des groupes vulnérables :

Les Canadiens présument que les formes d'expression qui avilissent des individus du fait de leur sexe, de leur origine ethnique ou d'autres caractéristiques person-

219

220

because this is within most people's everyday experience. In part, this is because of what we know and perhaps have experienced in our own lives about degrading representations of our personal identity. In part, it is because we know that groups which have historically been disadvantaged in economic or social terms are vulnerable to such expression. In part, it is because our values encourage us to be solicitous of vulnerable groups and to err on the side of caution where their welfare is at stake. In part, it is based on the short logical leap that degrading representations, and exhortation of certain views which degrade the humanity of others, can beget that behaviour.

Given the low value of the speech at issue in this case, and the fact that it undermines the *Charter* rights of children, Parliament was justified in its concern to include visual works of the imagination in its definition of child pornography.

nelles peuvent finir par leur être préjudiciables, parce qu'il s'agit d'une situation qu'ils sont pour la plupart à même de constater dans leur quotidien. Cela s'explique, en partie, par le fait que chacun d'entre nous a eu connaissance, dans sa propre vie, de l'effet de représentations dégradantes sur son identité personnelle ou en a peut-être fait l'expérience, et, en partie, par le fait que nous savons que les groupes qui ont été défavorisés dans le passé sur le plan économique ou social sont vulnérables à cette forme d'expression. Cela s'explique aussi par le fait que nos valeurs nous encouragent à faire montre de sollicitude à l'endroit des groupes vulnérables et à pécher par excès de prudence quand leur bien-être est en jeu. Cela s'explique en outre en partie par la facilité avec laquelle il est possible de conclure que les représentations dégradantes et la défense de certaines idées qui avilissent autrui peuvent engendrer un tel comportement.

Compte tenu de la faible valeur du discours en cause en l'espèce et du fait qu'il mine les droits garantis aux enfants par la *Charte*, le législateur était fondé de vouloir inclure les œuvres visuelles de fiction dans sa définition de la pornographie juvénile.

221 Rowles J.A. found that the inclusion of written material was particularly troublesome in the context of the possession offence and found that the law was too broad in capturing written works of the imagination. In her view, the inclusion of material that is only a record of the author's private thoughts (and not shown to anyone), came very close to criminalizing objectionable thoughts. In our view, the inclusion of written materials in the offence of possession does not amount to thought control. The legislation seeks to prohibit material that Parliament believed was harmful. The inclusion of written material which advocates and counsels the commission of offences against children is consistent with this aim, since, by its very nature, it is harmful, regardless of its authorship.

Le juge Rowles a conclu que l'inclusion de matériel écrit était particulièrement préoccupante dans le contexte de l'infraction de possession et elle a décidé que la loi avait une portée excessive du fait qu'elle visait des œuvres de fiction écrites. À son avis, l'inclusion de matériel qui n'est que la consignation des pensées personnelles de l'auteur (et qui n'est pas montré à qui que ce soit) s'apparentait de très près à la criminalisation des pensées répréhensibles. Selon nous, l'inclusion de matériel écrit dans l'infraction de possession n'équivaut pas à la censure des pensées. La mesure législative tente d'interdire le matériel que le législateur estime préjudiciable. L'inclusion de l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions contre des enfants est compatible avec cet objectif car, de par sa nature même, un tel écrit est préjudiciable, peu importe qui en est l'auteur.

222 In examining whether the prohibition of the possession of written child pornography minimally impairs the right to free expression, we must bear in mind that only material which advocates or counsels the commission of an offence against a

Pour déterminer si l'interdiction de la possession de pornographie juvénile écrite porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression, il faut se rappeler que la définition de l'al. 163.1(1)*b* ne vise que le matériel qui préconise ou

child is included in the definition set out in s. 163.1(1)(b). We disagree with McLachlin C.J., at para. 59 of her reasons, where she finds that s. 163.1(1)(b) is overbroad with regard to some materials on the basis of their authorship and the intent of the possessor. The intent of the author or possessor of the material is not relevant to determining whether it advocates or counsels the commission of a crime. Section 163.1(1)(b) covers all written material which seeks to persuade the commission of offences against children. The focus of the inquiry must be on the content of the material itself and not on the circumstances in which it was created, nor on the form of the material, for example whether it be a novel, a poem or a diary. Any material which, upon examining the message which it conveys in the context of the piece as a whole, seeks to persuade the commission of sexual offences against children will be caught by the law. Thus, depending on the context, individual chronicles of sexual activity may well fall within the scope of the definition.

There is evidence to support Parliament's choice to include written material which advocates or counsels the commission of sexual offences against children. Dr. Collins testified that the cognitive distortions of paedophiles were reinforced by written materials which advocate sexual activity with children. Having such views expressed in written form would validate their beliefs about children. In his opinion, written pornography would also fuel the sexual fantasies of paedophiles, and in some cases could incite them to offend.

Similarly there was a great deal of testimony before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General of the need to prohibit the possession of written materials which advocate or counsel the commission of sexual offences against children. Detective Waters testified about the publications and bulletins put forth by such groups as the North American Man-Boy Love Association (NAMBLA). The organization and its publications advocate adult males having sex with young boys. It is self-described as the "most outspoken and affluent U.S. pedophile group that is affiliated to

conseille la perpétration d'une infraction contre un enfant. Nous ne sommes pas d'accord avec le juge en chef McLachlin lorsqu'elle conclut, au par. 59 de ses motifs, que l'al. 163.1(1)b) a une portée excessive dans certains cas en raison de l'auteur du matériel et de l'intention de celui qui le possède. L'intention de l'auteur ou du possesseur n'est aucunement pertinente pour déterminer si le matériel en question préconise ou conseille la perpétration d'un crime. L'alinéa 163.1(1)b) vise tout écrit qui a pour objet d'inciter à commettre des infractions contre des enfants. L'analyse doit porter sur le contenu du matériel même et non sur les circonstances de sa création ni sur la forme qu'il revêt, qu'il s'agisse par exemple d'un roman, d'un poème ou d'un journal intime. La loi s'applique à tout matériel qui, d'après le message qu'il transmet globalement, a pour objet d'inciter à commettre des infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Partant, selon le contexte, les chroniques personnelles relatant des actes sexuels peuvent bien être visées par la définition.

Il existe des éléments de preuve à l'appui du choix du législateur d'inclure l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le D^r Collins a témoigné que les distorsions cognitives des pédophiles étaient renforcées par les écrits qui préconisent l'activité sexuelle avec des enfants. L'expression écrite de tels points de vue validerait leurs convictions au sujet des enfants. À son avis, la pornographie écrite alimenterait aussi les fantasmes sexuels des pédophiles et pourrait dans certains cas les inciter à commettre des crimes.

De même, de nombreux témoins devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général ont aussi souligné la nécessité d'interdire la possession de matériel écrit préconisant ou conseillant la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le détective Waters a témoigné au sujet des publications et des bulletins diffusés par des groupes comme la North American Man-Boy Love Association (NAMBLA). Cet organisme et ses publications préconisent les rapports sexuels entre hommes et jeunes garçons. L'organisme se décrit lui-même comme [TRADUCTION] « le plus en

223

224

pedophile groups world-wide". Detective Waters testified that a number of members of the group had been arrested for sexual offences involving children. She noted that in the December 1992 *Bulletin*, on p. 4, NAMBLA commented that their New Zealand affiliate AMBLA was having problems due to the introduction of strict laws relating to the possession of child pornography and that later, AMBLA folded due to these laws (March 1993 *Bulletin*, at p. 3). The inclusion of the private possession of written materials which advocate or counsel the commission of offences against children, therefore, is not redundant and furthers the objective of preventing harm to children and society in a manner that the prohibition of their production and distribution alone could not.

vue et le mieux financé des groupes de pédophiles américains affiliés aux groupes de pédophiles internationaux ». Le détective Waters a affirmé que certains membres de ce groupe avaient été arrêtés pour des infractions d'ordre sexuel impliquant des enfants. Elle a souligné que, dans son bulletin, la NAMBLA avait indiqué que sa filiale de Nouvelle-Zélande, l'AMBLA, connaissait des difficultés en raison de l'adoption de dispositions strictes visant la possession de pornographie juvénile (bulletin de décembre 1992, p. 4) et qu'elle avait dû mettre fin à ses activités à cause de ces dispositions (bulletin de mars 1993, p. 3). L'inclusion de la possession personnelle de matériel écrit préconisant ou conseillant la perpétration d'infractions contre des enfants ne fait donc pas double emploi et favorise la réalisation de l'objectif de prévention du préjudice contre les enfants et la société d'une manière qui serait impossible si seules la production et la distribution de ce matériel étaient interdites.

225 We turn now to the second ground upon which Rowles J.A. found that s. 163.1(4) did not minimally impair the s. 2(b) guarantee, namely that the provision applies to teenagers between the ages of 14 and 17 who keep videotapes or pictures of themselves engaged in explicit sexual activity or who keep pictures of themselves, the dominant purpose of which is the depiction of their sexual organs or anal regions for a sexual purpose. In our view, when viewed in its context, this effect of the provision is a reasonable limit on teenagers' freedom of expression.

Le deuxième motif invoqué par le juge Rowles pour conclure que le par. 163.1(4) ne porte pas le moins possible atteinte à la garantie de l'al. 2b) est que la disposition s'applique aux adolescents de 14 à 17 ans qui conservent des films vidéo ou des photos de leurs activités sexuelles explicites ou qui conservent des photos d'eux-mêmes dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, de leurs organes sexuels ou de leur région anale. À notre avis, lorsqu'il est examiné dans ce contexte, cet effet de la disposition législative est une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression des adolescents.

226 The definition of "child" as "a person under the age of eighteen years" is justified in light of the objective of the prohibition of child pornography. While adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, Parliament has prohibited such conduct in certain contexts. Section 153 of the *Criminal Code* prohibits sexual contact between adolescents and those who are in a position of trust towards them. Section 212(4) makes it illegal to obtain for consideration, or to communicate for the purpose of obtaining for consideration, the sexual services of a person under

La définition de l'« enfant » comme étant « une personne âgée de moins de dix-huit ans » est justifiée eu égard à l'objectif d'interdiction de la pornographie juvénile. Même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement avoir des rapports sexuels, le législateur a interdit de tels comportements dans certains contextes. L'article 153 du *Code criminel* interdit tout contact sexuel entre un adolescent ou adolescente et une personne qui est en situation de confiance vis-à-vis d'eux. En vertu du par. 212(4), il est illégal d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne

the age of 18. The common purpose underlying both of these sections is the prevention of the sexual exploitation of adolescents. Parliament's definition of "children" is also consistent with the definition of a child in the *Convention on the Rights of the Child*. Article 1 defines a child as "every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier". This international convention requires that Canadian children under the age of 18 be protected as a class. A review of adolescent child pornography cases reveals that there is also a great risk that they are exploited in its creation.

In *R. v. Geisel*, Man. Prov. Ct., February 2, 2000, the accused was found in possession of 22 photographs of teenaged girls in various states of undress. In some of the photographs one of the teenaged girls was engaged in sexual activity with a teenaged boy. The accused had befriended the girls and had allowed one of them to stay at his house when she ran away from home. The girls would visit the accused and he would take photographs. Before taking the photographs the accused would provide the girls with alcohol which he described to them as "liquid cocaine" because it was so strong. In *Jewell*, *supra*, the accused Gramlick produced his own pornographic videotapes involving 12 children whose ages ranged from 11 to 17. Five of the boys were under the age of 14 and were filmed engaging in sexual acts with each other and with adult men, including a prostitute. The boys used in the pornography "were generally described as being from impoverished and broken homes" (p. 274). They were enticed into performing by rewards of money, cigarettes and gifts. The other accused, Jewell, videotaped his sexual activities with 12 boys, the youngest of whom was 10 years old. Some of them had no knowledge that they were being filmed. Again, money, cigarettes and alcohol were used as bribes. "In some

âgée de moins de 18 ans ou de communiquer avec une telle personne pour tenter d'obtenir, moyennant rétribution, des services de cette nature. Ces deux dispositions ont pour objectif commun de prévenir l'exploitation sexuelle des adolescents. La définition que le législateur donne du mot « enfant » est également compatible avec celle donnée par la *Convention relative aux droits de l'enfant* dont le premier article définit l'enfant comme étant « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Cette convention internationale exige que les enfants canadiens de moins de 18 ans soient protégés en tant que catégorie de personnes. L'examen de la jurisprudence en matière de pornographie juvénile impliquant des adolescents permet de constater l'existence d'un risque élevé qu'ils soient eux aussi exploités pour produire cette forme de pornographie.

Dans l'affaire *R. c. Geisel* (C. prov. Man., 2 février 2000), l'accusé a été trouvé en possession de 22 photos d'adolescentes plus ou moins dévêtues. Sur certaines photos, on pouvait voir l'une des adolescentes en train de se livrer à une activité sexuelle avec un adolescent. L'accusé s'était lié d'amitié avec les jeunes filles et avait permis à l'une d'elles de demeurer chez lui pendant qu'elle était en fugue. L'accusé prenait des photos quand les jeunes filles lui rendaient visite. Avant de prendre les photos, il leur servait de l'alcool qu'il leur présentait comme de la « cocaïne liquide », tellement il était fort. Dans l'affaire *Jewell*, précitée, l'accusé Gramlick avait produit ses propres vidéos-cassettes pornographiques représentant 12 enfants de 11 à 17 ans. Cinq des garçons avaient moins de 14 ans et avaient été filmés alors qu'ils se livraient à des actes sexuels entre eux et avec des hommes adultes, dont un prostitué. Les garçons en cause [TRADUCTION] « ont été décrits d'une manière générale comme provenant de familles pauvres et désunies » (p. 274). Ils étaient amenés à se livrer à ces actes en échange d'argent, de cigarettes et de cadeaux. L'autre accusé, Jewell, avait enregistré sur bande vidéo ses ébats sexuels avec 12 garçons, dont le plus jeune était âgé de 10 ans. Certains ignoraient qu'ils étaient filmés. Là encore, l'ar-

instances, [Jewell] posed as a friendly father figure, who disguised his house as a place of refuge when the young boys left their homes. He took some of the boys on trips unavailable to them in their own homes, to places like Disneyworld in Florida and Canada's Wonderland. There was evidence that he shared these boys with Gramlick and other associates" (p. 276).

gent, les cigarettes et l'alcool servaient d'appât. [TRADUCTION] « Dans certains cas, [Jewell] jouait le rôle d'un père amical qui accueillait chez lui les jeunes garçons en fugue. Il avait emmené certains d'entre eux dans des voyages, qui n'étaient pas à leur portée chez eux, notamment à Disneyworld en Floride et à Wonderland au Canada. La preuve indiquait qu'il partageait ces garçons avec Gramlick et d'autres acolytes » (p. 276).

228 A recent case before this Court further reveals the exploitation that can occur once pornographic representations of adolescents exist. In *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, the accused was charged with sexually assaulting several complainants. One of the complainants was 15-16 years old at the time. The accused had posed as a photographer who could launch the complainant's modelling career. He took nude photographs of the complainant and afterwards refused to show them to her. Eventually she asked for the negatives of the pictures. The accused told her that if she wanted the negatives she would have to perform sexual acts with him, and that if she refused, he would send the photographs to her mother.

Une affaire récente portée devant notre Cour révèle en outre l'exploitation qui peut survenir une fois qu'il existe des représentations pornographiques d'adolescents. Dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, l'inculpé avait été accusé d'avoir agressé sexuellement plusieurs plaignantes. L'une d'elles était âgée de 15 ou 16 ans à l'époque. L'accusé s'était présenté comme un photographe en mesure de lancer la carrière de mannequin de la plaignante. Il a photographié la plaignante nue et a ensuite refusé de lui montrer les photos qu'il avait prises. Celle-ci lui a finalement demandé les négatifs. L'accusé lui a répondu que, si elle voulait les négatifs, elle devrait avoir des rapports sexuels avec lui et que, si elle refusait, il enverrait les photos à sa mère.

229 These cases illustrate the very real harm which can be visited upon adolescents between the ages of 14 and 17. In each one, however, the exploitation involved in the production of the pornographic videotapes and pictures would not be evident from viewing them. It is impossible, from looking at a picture, to determine that the adolescent depicted therein has not been exploited. Hence, Parliament had a strong basis for concluding that the age limit in the definition of child pornography should be set at 18 in order to protect all children from the harm of being used in the production of child pornography. The provision recognizes, as do ss. 153 and 212(4) of the *Criminal Code*, that while adolescents may be capable of consenting to sexual activity, their consent is vitiated in circumstances where there is a possibility that they may be exploited.

Ces cas illustrent le préjudice très réel qui peut être causé à des adolescents de 14 à 17 ans. Toutefois, dans chaque cas, il ne ressortait pas clairement des films vidéo et des photos pornographiques que leur production avait comporté une part d'exploitation. Il est impossible, en regardant une photo, de dire que l'adolescent qui y est représenté n'a pas été exploité. Le législateur était donc solidement fondé à conclure que la limite d'âge dans la définition de la pornographie juvénile devrait être fixée à 18 ans afin de protéger tous les enfants contre le préjudice résultant de leur utilisation pour produire de la pornographie juvénile. À l'instar de l'art. 153 et du par. 212(4) du *Code criminel*, cette disposition reconnaît que même si les adolescents peuvent être capables de consentir à des activités sexuelles, leur consentement est vicié dans des circonstances où il est possible qu'ils soient exploités.

230 Rowles J.A. suggested that s. 163.1(4) could be tailored more effectively to protect teenagers who

Le juge Rowles a affirmé que le par. 163.1(4) pourrait être adapté plus efficacement pour proté-

are in possession of erotic pictures or videotapes of themselves. She noted that the Australian State of Victoria had provided a defence to the possession of child pornography when the minor, or one of the minors depicted in the film or photograph is the defendant. In our view, such a defence would undermine Parliament's objective of protecting all children. Some adolescents under the age of 18 sexually exploit other children. Rix Rogers, in *Reaching for Solutions* (1990) (the Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada), at pp. 18-19, referred to survey findings showing that 30 percent of sex offenders in Canada are under the age of 18. Similarly, the Fraser Committee found as follows (vol. 1, at p. 25):

[There is] the real possibility that young persons of 16 or 17 . . . may be involved in taking advantage of still younger children, by introducing them to prostitution, to performing in pornographic displays for filming, and so on. Such exploitation might be of the older child's own motion, or it might be engineered by adults who perceive the advantage in having as fronts those who are free from serious criminal responsibility.

(See also R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective* (1999), at p. 214, citing studies including a 1996 paper in the *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* estimating that "adolescents commit over 50 percent of sexual offenses perpetrated against children under twelve years of age".) Thus, there is no guarantee, even when a teenager is in possession of a pornographic picture or videotape depicting himself or herself, that it was created in a consensual environment or that the photograph or videotape will not be used by the teenager to groom other children into engaging in sexual conduct. The latter point demonstrates that this material has the potential to exploit children even in the hands of those who are depicted in it.

ger les adolescents qui ont en leur possession des photos ou des films vidéo érotiques d'eux-mêmes. Elle a fait remarquer que l'État australien de Victoria a prévu un moyen de défense opposable dans les cas de possession de pornographie juvénile, lorsque le mineur ou l'un des mineurs représentés dans le film ou la photo est le défendeur. À notre avis, un tel moyen de défense minerait l'objectif du législateur de protéger tous les enfants. Certains adolescents de moins de 18 ans exploitent sexuellement d'autres enfants. Dans *À la recherche de solutions* (1990) (le rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada), p. 20-21, Rix Rogers fait état des résultats d'un sondage qui montrent que 30 pour 100 des délinquants sexuels au Canada ont moins de 18 ans. De même, le comité Fraser a tiré la conclusion suivante (vol. 1, p. 26) :

Il est cependant tout à fait possible, dans ce contexte, que des mineurs de 16 ou 17 ans [. . .] participent à l'exploitation d'enfants encore plus jeunes, en les amenant par exemple à la prostitution ou à l'exécution de spectacles pornographiques destinés à être filmés. Une telle exploitation pourrait être le fruit de l'initiative du mineur plus âgé, ou de sa manipulation par des adultes soucieux de se dissimuler derrière des « enfants de paille » n'ayant pas le même degré de responsabilité pénale.

(Voir aussi R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective* (1999), p. 214, où sont citées des études, dont un exposé de 1996 paru dans le *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* selon lequel [TRADUCTION] « les adolescents commettent plus de 50 pour 100 des infractions d'ordre sexuel dont sont victimes les enfants de moins de douze ans ».) Même dans le cas où un adolescent a en sa possession une photo ou une bande vidéo pornographique de lui-même, rien ne garantit que ce matériel a été créé dans un environnement consensuel ou qu'il ne sera pas utilisé par l'adolescent pour initier d'autres enfants aux rapports sexuels. Il s'ensuit donc que ce matériel est susceptible de servir à l'exploitation d'enfants même lorsqu'il se trouve entre les mains de personnes qui y sont représentées.

231

Thus, we cannot agree with the approach to this issue taken by McLachlin C.J. The inclusion of teenage pornography in s. 163.1(4) is consistent with the legislative purpose of providing for the effective protection of children by reducing the potential for harm caused by pornographic material. McLachlin C.J. is not persuaded that auto-depictions of teenage sexual activity are harmful. With respect, Parliament was justified in restricting teenagers from creating a permanent record of their sexual activity. While adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, the creation of a permanent record of such activity has consequences which children of that age may not have sufficient maturity to understand, as illustrated in *Davis, supra*. Furthermore, the Fraser Committee recognized that children, because of their vulnerability, are not always accorded the same autonomy as adults. It states (vol. 2, at p. 561):

We do not, for example, consider that the principles of individual liberty and responsibility can be applied to children to the same extent as they can to adults. Children may well have valid claims to autonomy in wide ranges of conduct. However, the liberty to engage in behaviour which is regarded as harmful will be withheld from children with more frequency than it is withheld from adults. Various justifications may be offered for this. The child may be too young or inexperienced to appreciate the harmfulness of the behaviour, or its nature or extent. In addition, quite apart from the characteristics and maturity of the individual child, adult society may be protective of the state of childhood, which is seen as a time, firstly, for the enjoyment of innocence and, then, gradually, for development out of innocence. The exposure to certain kinds of influence or behaviour may be seen as a disruption of the valuable process of gradual maturation.

... In the case of pornography ... we think that there is strong justification for treating children as vulnerable, and effecting some decrease in their liberty.

Parliament made a legitimate policy decision in determining that the possession of adolescent self-

Par conséquent, nous ne pouvons souscrire au point de vue que le juge en chef McLachlin adopte à cet égard. L'inclusion de la pornographie impliquant des adolescents dans le par. 163.1(4) est compatible avec l'objectif législatif de protéger efficacement les enfants en réduisant le risque de préjudice résultant du matériel pornographique. Le juge en chef McLachlin n'est pas convaincue que la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles est préjudiciable. En toute déférence, le législateur était justifié d'interdire aux adolescents de créer un enregistrement permanent de leurs activités sexuelles. Même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement se livrer à des activités sexuelles, la création d'un enregistrement permanent de ces activités a des conséquences que les enfants de cet âge ne sont peut-être pas en mesure de comprendre en raison de leur maturité insuffisante, comme l'illustre l'affaire *Davis*, précitée. En outre, le comité Fraser a reconnu qu'en raison de leur vulnérabilité les enfants ne jouissent pas toujours de la même autonomie que les adultes. Voici ce qu'il affirme (vol. 2, p. 603) :

Par exemple, nous ne croyons pas que les principes de liberté individuelle et de responsabilité peuvent s'appliquer avec la même force aux mineurs et aux adultes. Certes, les mineurs peuvent à juste titre revendiquer une certaine autonomie dans leurs actions, mais on les privera plus facilement que les adultes de la liberté de se livrer à des actes préjudiciables. Mains facteurs peuvent légitimer une telle réaction. L'enfant peut être trop jeune ou trop inexpérimenté pour bien comprendre la nocivité, la nature ou la portée de ses actes. En outre, nonobstant les différences de caractère et de maturité de chacun, la société adulte a souvent une attitude protectrice à l'égard des enfants, étant donné que cet âge doit être celui des joies de l'innocence, avant le passage à la maturité. Or, il se peut que le contact de certaines influences ou de certains comportements risque de troubler le caractère graduel et bénéfique de ce développement.

... Dans le cas de la pornographie [...], nous croyons qu'il est tout à fait justifié de traiter les enfants comme des êtres vulnérables et d'imposer certaines limites à leur liberté.

Le législateur a pris une décision de politique légitime en interdisant la possession de matériel com-

depictions of sexual activity should be prohibited. Depictions of teenagers have the potential to be created in conditions which are exploitative and can be used to exploit other children. The Court should defer to Parliament's decision to restrict teenagers' freedom in this area. The worry that s. 163.1 interferes unduly with the freedom of expression of teenagers must also be addressed in light of the *Young Offenders Act*, another set of provisions designed to address children's special needs. Under this Act, any teenager convicted for possession of child pornography would have the benefit of a more lenient sentence and measures aimed at rehabilitation and social reintegration (see s. 20); he or she would also avoid the permanence of a criminal record.

In considering whether s. 163.1(4), in conjunction with the definition of child pornography, minimally impairs the guarantee of freedom of expression, it is important to bear in mind that the provision does not amount to a total ban on the possession of child pornography. The provision reflects an attempt by Parliament to weigh the competing rights and values at stake and achieve a proper balance. First, the definitional limits act as safeguards to ensure that only material that is antithetical to Parliament's objectives in proscribing child pornography will be targeted. Second, the legislation incorporates defences of artistic merit, educational, scientific or medical purpose, and a defence of the public good. With regard to the defence of artistic merit, McLachlin C.J. writes that "[a]ny objectively established artistic value, however small" (para. 63), provides a complete defence. In our view, the boundaries of the artistic merit defence do not need to be decided in this appeal, especially since the defence also applies to the prohibitions against the publication, distribution and sale of child pornography that are also found in s. 163.1. However, we would consider anomalous interpreting artistic merit to provide a complete defence in a case in which the same material would fail the artistic merit test under the obscenity provisions of the *Criminal Code*. We must give effect to Parliament's deliberate decision

portant la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles. La représentation d'adolescents est susceptible d'être produite dans des conditions d'exploitation et peut servir à exploiter d'autres enfants. La Cour devrait s'en remettre à la décision du législateur de restreindre la liberté des adolescents dans ce domaine. La crainte que l'art. 163.1 ne porte indûment atteinte à la liberté d'expression des adolescents doit également être examinée en fonction de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui est un autre ensemble de dispositions destinées à répondre aux besoins particuliers des enfants. Suivant cette loi, l'adolescent reconnu coupable de possession de pornographie juvénile recevrait une peine moins sévère et bénéficierait de mesures de réadaptation et de réinsertion sociale (voir l'art. 20), sans compter qu'il échapperait à un casier judiciaire permanent.

Pour déterminer si le par. 163.1(4), conjugué à la définition de la pornographie juvénile, porte le moins possible atteinte à la garantie de liberté d'expression, il importe de se rappeler que cette disposition n'interdit pas complètement la possession de pornographie juvénile. Elle reflète une tentative de la part du législateur de soupeser les droits et valeurs opposés qui sont en jeu et d'établir un juste équilibre. Premièrement, les limites apportées par la définition garantissent que seul sera visé le matériel qui va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur en interdisant la pornographie juvénile. Deuxièmement, la mesure législative prévoit des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical et sur le bien public. En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, le juge en chef McLachlin écrit au par. 63 que, « [t]oute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle », constitue un moyen de défense suffisant. Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de délimiter le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, étant donné particulièrement qu'il s'applique aussi à l'interdiction de la publication, de la distribution et de la vente de pornographie juvénile également prévue à l'art. 163.1. Cependant, il serait anormal, selon nous, de considérer que la valeur artistique constitue un moyen de

to avoid the term artistic “purpose”, which it adopted for the educational, scientific and medical defences. Artistic merit must be determined with regard to composition and emphasis according to the criteria described in para. 64 of McLachlin C.J.’s reasons and through careful attention to artistic conventions, expert opinions and modes of production, display and distribution. Simply calling oneself an artist is not an absolute shield to conviction.

233 In light of the analysis above, we conclude that Parliament has enacted a law which is appropriately tailored to the harm it seeks to prevent. Therefore, we conclude that the impugned provision minimally impairs the rights guaranteed by s. 2(b).

(c) *Proportionality of Effects*

234 At this stage of the analysis we must examine whether the deleterious effects of the infringement are proportional to the salutary objective and effects of s. 163.1(4); see, e.g., *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 133; *Dagenais*, *supra*, at p. 889. In *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 125, Bastarache J. described this portion of the analysis as providing an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are explored in the first two stages of the analysis, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects, as measured by the values underlying the *Charter*.

235 We begin with an analysis of the salutary effects of the prohibition of the possession of child pornography. The greatest benefit to prohibiting the possession of child pornography is that it helps to prevent the harm to children which results from its production. By aiming to eradicate the legal market for such materials, the legislation acts as a powerful force to reduce the production of child pornography. By reaching into the private sphere,

défense suffisant dans un cas où le même matériel ne satisferait pas au critère de la valeur artistique dans le cadre des dispositions du *Code criminel* relatives à l’obscénité. Il nous faut respecter la décision délibérée du législateur d’éviter de parler de « but » artistique comme il l’a fait dans le cas des moyens de défense fondés sur le but éducatif, scientifique ou médical. La valeur artistique doit être évaluée en fonction de la composition et de l’idée maîtresse, conformément aux critères énoncés au par. 64 des motifs du juge en chef McLachlin, et en prêtant soigneusement attention aux conventions artistiques, aux opinions d’expert et aux modes de production, de présentation et de distribution. Il ne suffit pas de se dire artiste pour échapper à toute déclaration de culpabilité.

Compte tenu de l’analyse qui précède, nous concluons que le législateur a adopté une loi à la mesure du préjudice qu’elle vise à prévenir. Par conséquent, nous jugeons que la disposition contestée porte le moins possible atteinte aux droits garantis par l’al. 2b) de la *Charte*.

c) *La proportionnalité des effets*

À cette étape de l’analyse, il faut examiner si les effets préjudiciables de l’atteinte sont proportionnels à l’objectif et aux effets bénéfiques du par. 163.1(4) : voir, par exemple, *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 133; et *Dagenais*, précité, p. 889. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 125, le juge Bastarache affirme que cette partie de l’analyse donne l’occasion d’apprécier, à la lumière des détails d’ordre pratique et contextuel qui sont étudiés au cours des première et deuxième étapes, si les avantages de la limitation sont proportionnels à ses effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.

Commençons par l’analyse des effets bénéfiques de l’interdiction de la possession de pornographie juvénile. L’avantage le plus important de cette interdiction est qu’elle contribue à prévenir le préjudice causé aux enfants par la production de pornographie juvénile. Du fait qu’elle vise à supprimer le marché légal de ce genre de matériel, la mesure législative est un moyen puissant de réduire la production de pornographie juvénile. En

the legislation extends protection to those children who are used in privately created pornographic materials. Section 163.1(4) also deters the use of child pornography in the grooming of children. The prohibition makes it more difficult for paedophiles to use child pornography to lower children's inhibitions towards sexual activity, and thus reduces the effectiveness of this abhorrent method of seduction. Similarly, the prohibition curbs the collection of child pornography by paedophiles. This protects children against sexual abuse by eliminating those materials which fuel paedophilic fantasies and incite paedophiles to commit sexual assaults. The prohibition of the possession of child pornography also helps to ensure that an effective law enforcement scheme can be implemented.

The legislation is beneficial to society as a whole. Section 163.1(4) sends a clear message to all Canadians that the degradation and dehumanization of children, and their use as sexual objects for the gratification of adults is inappropriate. This benefits society by deterring the development of antisocial attitudes and complements the legislation's positive effect on children's rights. As the Fraser Committee noted, materials which use and depict children in a sexual way for the entertainment of adults undermine the rights of children by diminishing the respect to which they are entitled. The prohibition of the possession of such materials sends the message that the use of children as sexual objects is unacceptable, and thereby promotes children's position as equal members in society.

The impugned legislation is said to have a deleterious effect on both the right to free expression as guaranteed by s. 2(b) and on the value of privacy. We turn first to the effect of the provision on the freedom of expression. As we discussed above, the law does not trench significantly on speech possessing social value; there is a very tenuous connection between the possession of child pornogra-

atteignant le domaine de la vie privée, elle étend sa protection aux enfants qui sont utilisés pour la production de matériel en privé. Le paragraphe 163.1(4) décourage aussi l'emploi de pornographie juvénile pour initier des enfants aux rapports sexuels. L'interdiction fait en sorte qu'il est plus difficile, pour les pédophiles, d'utiliser la pornographie juvénile pour vaincre les réticences des enfants à l'égard des activités sexuelles, ce qui a pour effet de diminuer l'efficacité de ce mode de séduction répugnant. De même, l'interdiction contribue à freiner l'accumulation de pornographie juvénile par les pédophiles, ce qui protège les enfants contre l'exploitation sexuelle en éliminant le matériel qui alimente les fantasmes pédophiliques et qui incite les pédophiles à commettre des agressions sexuelles. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile contribue également à la mise en œuvre d'un régime efficace d'application de la loi.

La mesure législative est bénéfique pour l'ensemble de la société. Le paragraphe 163.1(4) indique clairement aux Canadiens qu'il est inacceptable d'avilir et de déshumaniser les enfants et de les utiliser en tant qu'objets sexuels pour la gratification des adultes. Ce message bénéficie à la société en décourageant les comportements antisociaux et complète l'effet positif de la législation sur les droits des enfants. Comme l'a souligné le comité Fraser, les productions qui utilisent et représentent des enfants à des fins sexuelles pour le divertissement des adultes portent atteinte aux droits des enfants en sapant le respect auquel ils ont droit. L'interdiction de la possession de ce type de matériel indique que l'utilisation d'enfants en tant qu'objets sexuels est inacceptable, et elle favorise ainsi l'égalité des enfants comme membres de la société.

On dit que la disposition législative contestée a un effet préjudiciable à la fois sur le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) et sur la valeur de la vie privée. Examinons d'abord l'effet de cette disposition sur la liberté d'expression. Nous avons vu plus haut que la mesure législative n'entrave pas sensiblement le discours ayant une valeur sociale; il existe un lien très ténu entre la

phy and the right to free expression. At most, the law has a detrimental cost to those who find base fulfilment in the possession of child pornography.

238

As we have stated, we do not find objections to the restriction of auto-depictions of adolescent sexuality compelling. In our view, the provision is consistent with the protection of children and does not serve as an unjustified impediment to the self-fulfilment of adolescents. As the Fraser Committee noted, restrictions on children's liberties are sometimes necessary because of their vulnerability. The cases involving depictions of teenagers engaged in explicit sexual activity demonstrate that pornography depicting teenagers is sometimes produced under conditions of exploitation, rather than mutuality and consent. Any deleterious effect on the self-fulfilment of teenagers who produce permanent records of their own sexual activity in an environment of mutual consent is, therefore, far outweighed by the salutary effects on all children resulting from the prohibition of the possession of child pornography.

239

In most cases, the prohibition's restriction on expression will affect adults who seek fulfilment through the possession of child pornography. These adults seek to fulfill themselves by deriving sexual pleasure from images and writings which objectify and degrade children. It is important to emphasize that the self-fulfilment denied by the law is closely connected to the harm to children. The benefits of the prohibition of the possession of child pornography far outweigh any deleterious effect on the right to free expression.

240

The legislation affects privacy interests because it extends its reach into the home. However, we must be careful not to exaggerate the severity of this deleterious effect. The privacy of those who possess child pornography is also protected by the right against unreasonable search and seizure as

possession de pornographie juvénile et le droit à la liberté d'expression. Tout au plus, la mesure législative est coûteuse pour ceux qui s'épanouissent bassement dans la possession de pornographie juvénile.

Nous avons déjà précisé que nous ne jugeons pas convaincantes les objections à la restriction de la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles. À notre avis, la disposition en cause est compatible avec la protection des enfants et ne constitue pas une entrave injustifiée à l'épanouissement personnel des adolescents. Comme l'a souligné le comité Fraser, il est parfois nécessaire de restreindre la liberté des enfants en raison de leur vulnérabilité. La jurisprudence qui porte sur la représentation d'adolescents se livrant à des activités sexuelles explicites démontre que cette forme de pornographie est parfois produite dans des conditions d'exploitation plutôt que dans un contexte de consentement mutuel. Tout effet préjudiciable sur l'épanouissement personnel des adolescents qui produisent des enregistrements permanents de leurs propres activités sexuelles dans un contexte de consentement mutuel est donc largement transcendé par les effets bénéfiques, pour tous les enfants, de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile.

Dans la plupart des cas, la restriction de l'expression par cette interdiction touche les adultes qui recherchent satisfaction dans la possession de pornographie juvénile. Ces adultes cherchent à s'épanouir en trouvant du plaisir sexuel dans des images et des écrits qui avilissent des enfants et en font des objets. Il importe de souligner que l'épanouissement personnel refusé par la loi est étroitement lié au préjudice causé à des enfants. Les avantages de l'interdiction de posséder de la pornographie juvénile l'emportent largement sur tout effet préjudiciable sur le droit à la liberté d'expression.

La mesure législative en cause a un effet sur le droit à la vie privée parce qu'elle s'applique jusque dans le domicile. Il faut toutefois prendre soin de ne pas exagérer la gravité de cet effet préjudiciable. La vie privée de ceux qui ont en leur possession de la pornographie juvénile est également

guaranteed by s. 8 of the *Charter*. Before any police investigation could take place within the home, a judicial officer would first have to make a determination that the law enforcement interests of the state were, in the particular situation, demonstrably superior to the affected individual's interest in being left alone. The law intrudes into the private sphere because doing so is necessary to achieve its salutary objectives. Child pornography is produced in private, and child pornography is used privately to entice children into sexual activity. Thus, the privacy interest restricted by the law is closely related to the specific harmful effects of child pornography.

In examining the law's effect on privacy interests, it is important not to lose sight of the beneficial effects of the provision in protecting the privacy interests of children. When children are depicted in pornographic representations, the camera captures their abuse and creates a permanent record of it. This constitutes an extreme violation of their privacy interests. By criminalizing the possession of such materials, Parliament has created an incentive to destroy those pornographic representations which already exist. In our view, this beneficial effect on the privacy interests of children is proportional to the detrimental effects on the privacy of those who possess child pornography.

When the effects of the provision are examined in their overall context, the benefits of the legislation far outweigh any harms to freedom of expression and the interests of privacy. The legislation hinders the self-fulfilment of a few, but this form of self-fulfilment is at a base and prurient level. Those who possess child pornography are self-fulfilled to the detriment of the rights of all children. The prohibition of the possession of such materials is thus consistent with our *Charter* values. It fosters and supports the dignity of children and sends the message that they are to be accorded equal respect with other members of the community. In

protégée par le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Pour qu'une enquête policière puisse être menée dans un domicile, un officier de justice doit avoir préalablement décidé que, dans les circonstances particulières en cause, l'intérêt de l'État à ce que la loi soit appliquée l'emporte manifestement sur l'intérêt de la personne touchée à ne pas être importunée. La mesure législative empiète sur la vie privée parce que la réalisation de ses objectifs bénéfiques l'exige. La pornographie juvénile est produite en privé et elle est utilisée en privé pour amener des enfants à se livrer à des activités sexuelles. Le droit à la vie privée qui est restreint par la loi est donc étroitement lié aux effets préjudiciables particuliers de la pornographie juvénile.

En examinant l'effet de la mesure législative sur le droit à la vie privée, il importe de ne pas perdre de vue les effets bénéfiques qu'elle a en protégeant le droit à la vie privée des enfants. Lorsque des enfants sont représentés dans du matériel pornographique, la caméra saisit leur exploitation et en crée un enregistrement permanent. Cela constitue une violation extrême de leur droit à la vie privée. La criminalisation, par le législateur, de la possession de matériel de cette nature a pour effet d'inciter à détruire les représentations pornographiques qui existent déjà. À notre avis, cet effet bénéfique sur le droit à la vie privée des enfants est proportionnel aux effets préjudiciables sur le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile.

À notre avis, l'examen des effets de la mesure législative dans leur contexte global révèle que les avantages de cette mesure l'emportent largement sur toute atteinte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée. Elle entrave l'épanouissement personnel d'une petite minorité, mais il s'agit d'un épanouissement personnel indigne et lascif. Les gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile s'épanouissent au détriment des droits de tous les enfants. L'interdiction de la possession de matériel de ce genre est donc compatible avec les valeurs consacrées par notre *Charte*. Elle favorise le respect de la dignité des enfants et indique qu'ils

241

242

our view, Parliament has enacted a law which is reasonable, and which is justified in a free and democratic society.

III. Disposition

243 We would allow the appeal and remit the charges for trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gil D. McKinnon and Richard C. C. Peck, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP) and Canadians Against Violence (CAVEAT): Danson, Recht & Freedman, Toronto.

ont droit à la même considération que tous les autres membres de la société. À notre avis, le législateur a adopté une mesure législative raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique.

III. Dispositif

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer les accusations au tribunal de première instance.

Pourvoi accueilli.

Procureur pour l'appelante : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Gil D. McKinnon et Richard C. C. Peck, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Calgary.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP) et les Canadiens contre la violence (CAVEAT) : Danson, Recht & Freedman, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Focus on the Family (Canada) Association: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McAlpine Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory, Toronto.

Solicitor for the interveners Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights: David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et la Focus on the Family (Canada) Association: Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association: McAlpine Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory, Toronto.

Procureur des intervenants Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants: David Matas, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Walter Parrott *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PARROTT

Neutral citation: 2001 SCC 3.

File No.: 27305.

2000: January 27; 2001: January 26.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Criminal law — Evidence — Hearsay exception — Expert witnesses — Whether mentally challenged complainant must be called as witness on voir dire to assess necessity component of principled approach to admitting hearsay evidence — Whether trial judge erred in relying entirely on expert evidence directed at voir dire issue of testimonial competence — Whether complainant's out-of-court statements are inadmissible at trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.

A mature woman with a mental disability was seen being put into the accused's car parked outside the psychiatric hospital where the woman resided. After conducting a search which lasted over seven hours, the police located the car, with the woman and the accused, in a remote area. Her shorts and underwear were in disarray. She had bruises and scratches on her body. The woman made out-of-court statements to the police constable who found her and to the doctor who first examined her. Pointing to her injuries, she communicated that the man in the car had done it. The accused was charged with kidnapping and sexual assault.

The trial judge was told that the complainant would be unable to give detailed evidence in court since her mental development was equivalent to that of a three- or four-year-old child and her memory of the events was poor. Crown counsel applied to admit the earlier out-of-court statements made to the doctor and the police

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Walter Parrott *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. PARROTT

Référence neutre : 2001 CSC 3.

N° du greffe : 27305.

2000 : 27 janvier; 2001 : 26 janvier.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Preuve — Exception à la règle du ouï-dire — Témoins experts — Une plaignante ayant une déficience mentale doit-elle témoigner au cours d'un voir-dire afin de permettre l'évaluation du critère de la nécessité établi selon la méthode moderne de réception de la preuve par ouï-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en se fondant uniquement sur la preuve d'expert sur la question de la compétence de la plaignante à témoigner au voir-dire? — Les déclarations extrajudiciaires de la plaignante sont-elles inadmissibles au procès? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

On a vu quelqu'un faire monter une femme adulte atteinte d'une déficience mentale dans la voiture de l'accusé, stationnée à l'extérieur de l'établissement psychiatrique où elle était pensionnaire. Après plus de sept heures de recherches, les policiers ont retrouvé la voiture dans une région éloignée, la femme et l'accusé se trouvant à l'intérieur. Le short et les sous-vêtements de la femme étaient en désordre. Elle avait des ecchymoses et des égratignures sur le corps. Elle a fait des déclarations extrajudiciaires au policier qui l'a trouvée et au médecin qui l'a examinée la première fois. Montrant ses blessures, elle a indiqué que c'était l'homme dans l'auto qui l'avait fait. L'accusé a été inculpé sous les chefs d'enlèvement et d'agression sexuelle.

Le juge du procès a été informé que la plaignante serait incapable de donner un témoignage détaillé en cour, étant donné que son développement mental équivaut à celui d'un enfant de trois ou quatre ans et que sa mémoire des faits est faible. L'avocat du ministère public a présenté une demande visant à substituer les

officer, some of which had been videotaped, as a substitute for the complainant's direct testimony at trial. Defence counsel opposed the application, arguing that the out-of-court statements were unreliable and moreover were unnecessary in light of the complainant's availability to testify in person. A *voir dire* was held on the issue.

Based on one doctor's testimony and the complainant's videotaped statement, the trial judge found it unnecessary to have the complainant herself called at the *voir dire*. The out-of-court statements were admitted. The accused was convicted of kidnapping, acquitted of sexual assault, but convicted of assault causing bodily harm.

The majority of the Court of Appeal held that the trial judge erred in admitting the hearsay evidence when the complainant herself was available to testify and there was no expert suggestion that she would suffer any trauma or adverse effect by appearing in court. The curative proviso of the *Criminal Code* was applied to maintain the conviction with respect to kidnapping but the conviction with respect to assault causing bodily harm was quashed and a new trial was ordered. The Crown appealed against the setting aside of the assault verdict.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: The procedure adopted in this case raises two distinct though related issues, firstly the admissibility of the expert evidence at the *voir dire*, and secondly the admissibility of the complainant's out-of-court statements at the trial.

With respect to the first issue, there was no necessity shown at the *voir dire* for the expert medical evidence. Trial judges are eminently qualified to assess such matters as "childlike mental condition" or "poor ability to sustain questioning" without expert assistance. The complainant was available to testify and there was no suggestion that she might be harmed thereby. At the time the expert testimony was called, there was no basis laid for its reception. The complainant herself did not testify. The expert evidence was thus improperly admitted at the *voir dire*. As a consequence, the trial judge

déclarations extrajudiciaires faites plus tôt par la plaignante au médecin et au policier, dont certaines avaient été enregistrées sur bande vidéo, à son témoignage direct en cour. L'avocat de la défense s'est opposé à la demande, faisant valoir que les déclarations extrajudiciaires n'étaient pas fiables et qu'en outre elles n'étaient pas nécessaires vu que la plaignante était disponible pour témoigner en personne. On a tenu un voir-dire sur cette question.

Se fondant sur le témoignage d'un médecin et sur la déclaration enregistrée de la plaignante, le juge du procès n'a pas jugé nécessaire de faire comparaître la plaignante au voir-dire. Les déclarations extrajudiciaires ont été admises. L'accusé a été reconnu coupable d'enlèvement, acquitté du chef d'agression sexuelle, mais reconnu coupable de voies de fait causant des lésions corporelles.

La Cour d'appel a conclu à la majorité que le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve par ouï-dire alors que la plaignante était disponible pour témoigner et que l'opinion des experts ne permettait pas de penser que sa comparution devant le tribunal risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice. La disposition réparatrice du *Code criminel* a été appliquée pour maintenir la déclaration de culpabilité en ce qui concerne l'enlèvement, mais la condamnation pour voies de fait causant des lésions corporelles a été infirmée et on a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public a interjeté appel de l'annulation du verdict de voies de fait.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Major, Bastarache, Binnie et Arbour : La façon de procéder en l'espèce soulève deux questions distinctes, mais connexes : premièrement, l'admissibilité des témoignages d'expert au voir-dire et, deuxièmement, l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de la plaignante au procès.

En ce qui concerne la première question, il n'a pas été établi au voir-dire que la preuve médicale d'expert était nécessaire. Les juges du procès sont éminemment aptes à évaluer des questions telles que « l'état mental comparable à celui d'un enfant » et la « faible capacité à subir un interrogatoire » sans l'aide d'un expert. La plaignante était disponible pour témoigner et personne n'a laissé entendre que sa comparution pourrait lui porter préjudice. Au moment où les experts ont été appelés à témoigner, la réception des témoignages d'experts n'était pas fondée. La plaignante elle-même n'a pas

had no admissible evidence on which to exercise a discretion to admit the complainant's out-of-court statements.

On the second issue, even if the expert medical evidence had been properly admitted and accepting the trial judge's view that the out-of-court hearsay evidence was "reliable", the trial judge nevertheless erred in finding its admission to be "necessary". If a witness is physically available and there is no suggestion that she would suffer trauma by attempting to give evidence, as was the case here, that evidence should generally not be preempted by hearsay. There were no exceptional circumstances in this case to displace the general rule.

Stereotypical assumptions about persons with disabilities, be it testimonial competency or trauma, should be avoided. The video of the complainant's out-of-court statement could not afford evidence of any subsequent deterioration in her recollection of the events or her ability to communicate them. The trial judge having misdirected himself on the admissibility issue, his ruling must be set aside and the majority decision of the Newfoundland Court of Appeal ordering a new trial on the assault charge affirmed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. (dissenting): While it is generally a prudent practice for the Crown to put the complainant forward as a witness in order for the trial judge to evaluate her testimonial capacity, it is not an absolute legal requirement in every case. The trial judge's inquiry was much broader than a limited application of a test of mental competence. The trial judge must assess the whole condition of the witness and balance the potential value of the evidence which may result from *viva voce* testimony against the potential prejudice to the witness. Potential trauma to the witness is one instance in which the Crown is not obliged to call her before the court in order to establish necessity. Other possibilities include circumstances in which it would be harmful to the witness or serve no real purpose to do so. Here, it would have served no real purpose for the trial judge to examine the complainant on the *voir dire*, given the evidence of necessity already before him.

témoigné. Les témoignages d'experts ont donc été admis à tort au voir-dire. Par conséquent, le juge du procès ne disposait d'aucune preuve admissible pour exercer son pouvoir discrétionnaire d'admettre les déclarations extrajudiciaires de la plaignante.

Quant à la seconde question, même si la preuve médicale d'expert avait été admise à bon droit et même si l'on acceptait la conclusion du juge du procès que la preuve extrajudiciaire par ouï-dire était « fiable », celui-ci a quand même commis une erreur en concluant que l'admission des déclarations extrajudiciaires était « nécessaire ». Si le témoin était physiquement disponible et que rien n'indique qu'il serait traumatisé par le fait de témoigner, comme c'est le cas en l'espèce, sa déposition ne devrait généralement pas être court-circuitée par du ouï-dire. Il n'y avait en l'espèce aucune circonstance exceptionnelle justifiant l'exception à la règle générale.

Il faut éviter toute supposition stéréotypée au sujet des personnes ayant quelque infirmité, qu'il s'agisse de la capacité à témoigner ou d'un traumatisme. L'enregistrement sur bande vidéo de la déclaration extrajudiciaire de la plaignante n'apporte aucun élément de preuve de quelque détérioration subséquente de son souvenir des faits ou de sa capacité de les communiquer. Le juge du procès ayant abordé de façon erronée la question de l'admissibilité, sa décision doit être annulée et la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve ordonnant la tenue d'un nouveau procès à l'égard de l'accusation de voies de fait est confirmée.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel (dissidents): Bien qu'il soit généralement prudent d'exiger que le ministère public fasse comparaître son témoin afin que le juge du procès puisse évaluer sa capacité à témoigner, ce n'est pas une exigence juridique absolue. L'enquête du juge du procès avait une portée beaucoup plus large que l'application limitée d'un test de capacité mentale. Le juge du procès doit examiner l'état de la plaignante dans son ensemble et soupeser la valeur que ce témoignage de vive voix ajouterait à la preuve par rapport au préjudice que pourrait subir le témoin. La possibilité de traumatisme d'un témoin constitue un cas où le ministère public n'est pas tenu de le faire entendre pour établir la nécessité. Il existe d'autres cas où cette comparution du témoin serait inutile ou lui causerait préjudice. En l'espèce, il n'aurait servi à rien que le juge du procès interroge la plaignante lors du voir-dire, en raison de la preuve de nécessité qui lui avait déjà été présentée.

The evidence before the trial judge amply supports his findings of necessity and reliability with respect to the complainant's out-of-court statements. Assessing this complainant's testimonial competency as a whole involved matters outside the traditional expertise of the trial judge. With the assistance of expert medical witnesses, the trial judge was able to acknowledge the childlike mental condition of the complainant and her fragile emotional state in addition to her poor ability to sustain questioning.

The complainant's videotaped out-of-court statement to police, which the trial judge reviewed, made it apparent that she was incapable of testifying in a meaningful way, especially in the unfamiliar setting of a courtroom, about personally traumatic events that had taken place some nine months earlier. The videotape afforded the trial judge an adequate opportunity to evaluate the complainant's ability to communicate evidence about the incident. It complemented reliably the information received from expert witnesses at the *voir dire*. The trial judge rightfully found the complainant incapable of communicating evidence in any meaningful way. Requiring the Crown to make the complainant testify only to confirm her limited ability to convey evidence would not only fail to generate any new evidence, but would also be demeaning and potentially traumatic to her.

In cases involving young children or people with mental disabilities who are mentally assimilable to young children, neither direct evidence of the trauma nor the compulsory attendance of the witness in order to demonstrate it should become a requirement. Even if, as a general rule, the judge should hear the witness in the case, some situations may arise where the attendance of the witness in court is unwarranted and unnecessary. Such was the case here and the complainant's out-of-court statements met both the necessity and reliability requirements.

The majority of the Court of Appeal erroneously engaged in a re-evaluation of the record and interfered too readily with the trial judge's findings. The trial judge was in a superior position to assess the expert testimony, which confirmed his observation of the complainant's videotaped testimonial abilities. Admitting the hearsay evidence did not amount to palpable error.

La preuve présentée au juge du procès étaye amplement ses conclusions sur la nécessité et la fiabilité relativement aux déclarations extrajudiciaires de la plaignante. L'évaluation de la capacité de la plaignante à témoigner dans l'ensemble met en cause des questions dépassant la compétence traditionnelle du juge du procès. Avec l'aide de témoins médicaux experts, il a pu constater l'état mental, comparable à celui d'un enfant, de la plaignante et son état émotionnel fragile, en plus de sa faible capacité à subir un interrogatoire.

La bande vidéo de la déclaration extrajudiciaire faite par la plaignante au policier, que le juge du procès a visionnée, a fait ressortir que la plaignante était incapable de témoigner d'une manière utile, surtout dans le cadre inconnu d'une salle d'audience, à propos de faits traumatisants survenus environ neuf mois plus tôt. La bande vidéo a permis au juge du procès de suffisamment évaluer l'aptitude à témoigner de la plaignante à propos de l'incident. Elle complétait d'une manière fiable les renseignements qu'il avait obtenus des témoins experts au voir-dire. Il a conclu à bon droit que la plaignante était incapable de témoigner d'une manière utile. Exiger du ministère public qu'il la fasse comparaître dans le seul but de confirmer son inhabilité à témoigner non seulement ne permettrait pas d'obtenir d'autres éléments de preuve, mais serait aussi humiliant et pourrait être traumatisant pour elle.

Dans les affaires mettant en cause de jeunes enfants ou des personnes ayant une déficience intellectuelle que l'on peut assimiler à de jeunes enfants sur le plan mental, ni la preuve directe du traumatisme ni la présence obligatoire du témoin visant à faire la preuve de ce traumatisme ne devraient devenir une exigence. Même si d'une manière générale le juge devrait entendre le témoin de l'affaire, il se peut que la présence du témoin en cour ne soit ni justifiée ni nécessaire. Tel était le cas en l'espèce et les déclarations extrajudiciaires de la plaignante satisfaisaient aux exigences de nécessité et de fiabilité.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en évaluant à nouveau le dossier et se sont immiscés trop facilement dans les conclusions du juge du procès. Le juge du procès était mieux placé pour évaluer les témoignages des experts, qui ont confirmé ses propres observations, à partir de l'enregistrement, des capacités de la plaignante à témoigner. La décision d'admettre la preuve par ouï-dire ne constitue pas une erreur manifeste. La déclaration de culpabilité de

The accused's conviction for assault causing bodily harm should be restored.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; **considered:** *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043.

By LeBel J. (dissenting)

R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, aff'd [1993] 1 S.C.R. 469.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 18; am. 1994, c. 44, s. 89].
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89, [1999] N.J. No. 144 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for kidnapping, allowing the accused's appeal from his conviction for assault causing bodily harm and ordering a new trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. dissenting.

Wayne Gorman, for the appellant.

l'accusé pour voies de fait causant des lésions corporelles devrait être rétablie.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués : *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; **arrêts examinés :** *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043.

Citée par le juge LeBel (dissident)

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, conf. par [1993] 1 R.C.S. 469.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 18; mod. 1994, ch. 44, art. 89].

Doctrine citée

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89, [1999] N.J. No. 144 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour enlèvement, a accueilli son appel contre sa déclaration de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel sont dissidents.

Wayne Gorman, pour l'appelante.

Robin Reid, for the respondent.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) — At issue in this appeal is whether the complainant's out-of-court statements meet the necessity criterion of the principled approach to hearsay evidence, and were properly admitted by the trial judge for the truth of their contents. The Crown indicated at the beginning of trial that it did not intend to call upon the complainant to testify, stating that she was incapable of doing so. The complainant has Down's syndrome. Her doctors describe her as mildly to moderately mentally retarded and she had been in institutional care for many years. As mentioned in Justice Binnie's reasons, expert evidence has established that she had reached the mental development of a three- or four-year-old child.

At trial, the Crown sought to enter as evidence out-of-court statements the complainant made to others shortly after the incident occurred. The question at issue in this appeal is whether, on the *voir dire* to determine necessity, the Crown was obliged to put the complainant forward as a witness in order for the trial judge to evaluate her testimonial capacity. While I agree with my colleague, Binnie J., that it is generally a prudent practice to have the Crown do so, I would not elevate it to an absolute legal requirement in every case. In my view, the evidence before the trial judge in the present case amply supports his findings of necessity and reliability. His judgment was completely in accordance with the jurisprudence of the Court on the admissibility of hearsay evidence.

I. The Principled Approach to Hearsay Evidence

A hallmark of the principled approach to hearsay is flexibility. In moving away from the cate-

Robin Reid, pour l'intimé.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) — Dans le présent pourvoi, les questions en litige consistent d'abord à déterminer si les déclarations extrajudiciaires de la plaignante satisfont au critère de la nécessité, tel qu'il a été élaboré par la méthode moderne de réception de la preuve par ouï-dire, puis à décider si elles ont été admises à bon droit par le juge du procès comme preuve de la véracité de leur contenu. Le ministère public a fait savoir, au début du procès, qu'il n'entendait pas faire témoigner la plaignante, affirmant qu'elle en était incapable. Celle-ci a le syndrome de Down. Selon ses médecins, elle est atteinte d'une déficience intellectuelle légère à modérée, et elle reçoit des soins en établissement depuis de nombreuses années. Comme le mentionne le juge Binnie dans ses motifs, les témoignages d'experts ont établi que son développement mental équivalait à celui d'un enfant de trois ou quatre ans.

Au procès, le ministère public a voulu déposer en preuve les déclarations extrajudiciaires que la plaignante avait faites à d'autres personnes peu après l'incident. Dans le présent pourvoi, il faut alors examiner si, lors du voir-dire sur la nécessité, le ministère public était obligé de faire comparaître la plaignante comme témoin afin que le juge du procès puisse évaluer sa capacité à témoigner. Bien que d'accord avec mon collègue le juge Binnie, sur l'opportunité, en règle générale, d'exiger que le ministère public fasse comparaître son témoin, je n'élèverais pas cette pratique au rang d'exigence juridique absolue. À mon avis, la preuve présentée au juge du procès, en l'espèce, étaye amplement ses conclusions sur la nécessité et la fiabilité. Son jugement respectait en tous points la jurisprudence de la Cour portant sur l'admissibilité de la preuve par ouï-dire.

I. La méthode moderne de traitement de la preuve par ouï-dire

La souplesse représente un caractère essentiel de la méthode moderne de traitement de la preuve par

1

2

3

gorical approach of the past to hearsay exceptions, the Court signalled in the last decade an intention to render the rules governing the reception of hearsay evidence more responsive to individual situations. (See, e.g., *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; and *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40. See also J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 189-201.) When dealing with young children or people with mental disabilities, this approach seeks to address the necessity and reliability required for the admission of the evidence while at the same time safeguarding the dignity and integrity of the complainants or witnesses.

4

According to the modern approach, out-of-court statements may be admitted for their truth if reliable and reasonably necessary. Necessity is intended to be a malleable concept. In *Smith*, *supra*, this Court stated (at pp. 933-34):

... the criterion of necessity must be given a flexible definition, capable of encompassing diverse situations. What these situations will have in common is that the relevant direct evidence is not, for a variety of reasons, available. Necessity of this nature may arise in a number of situations. Wigmore, while not attempting an exhaustive enumeration, suggested at § 1421 the following categories:

(1) The person whose assertion is offered may now be dead, or out of the jurisdiction, or insane, or otherwise unavailable for the purpose of testing [by cross-examination]. This is the commoner and more palpable reason

(2) The assertion may be such that we cannot expect, again or at this time, to get evidence of the same value from the same or other sources The necessity is not so great; perhaps hardly a necessity, only an expediency or convenience, can be predicated. But the principle is the same.

Clearly the categories of necessity are not closed. In *Khan*, for instance, this Court recognized the necessity of receiving hearsay evidence of a child's statements when the child was not herself a competent witness. We

ouï-dire. En s'éloignant de l'ancienne conception fondée sur des catégories d'exceptions à la règle du ouï-dire, notre Cour a manifesté dans la dernière décennie sa volonté que les règles relatives à la réception de la preuve par ouï-dire tiennent mieux compte de chaque situation particulière. (Voir, par exemple, *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40. Voir aussi J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 189-201.) Dans le cas de jeunes enfants ou de personnes ayant une déficience intellectuelle, cette méthode consiste à examiner la nécessité et la fiabilité requises pour l'admission de la preuve, tout en protégeant la dignité et l'intégrité des plaignants et des témoins.

D'après la méthode moderne, les déclarations extrajudiciaires peuvent être admises comme preuve de la véracité de leur contenu, si elles sont fiables et raisonnablement nécessaires. La notion de nécessité se veut souple. Dans *Smith*, précité, p. 933-934, notre Cour affirme :

... il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, susceptible d'englober différentes situations. Ces situations auront comme point commun que, pour différentes raisons, la preuve directe pertinente n'est pas disponible. Un certain nombre de situations peuvent engendrer pareille nécessité. Sans tenter de faire une énumération exhaustive, Wigmore propose les catégories suivantes au § 1421:

[TRADUCTION] (1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant décédé, hors du ressort, aliéné ou, pour quelque autre motif, non disponible aux fins de la vérification [par contre-interrogatoire]. C'est la raison la plus courante et la plus évidente . . .

(2) La déclaration peut être telle qu'on ne peut pas, de nouveau ou à ce moment-ci, obtenir des mêmes ou d'autres sources une preuve de même valeur. [. . .] La nécessité n'est pas aussi grande; il s'agit peut-être à peine d'une nécessité; on peut supposer qu'il s'agit d'une simple commodité. Mais le principe demeure le même.

Il est évident que les catégories de nécessité ne sont pas limitées. Dans l'arrêt *Khan*, par exemple, notre Cour a reconnu la nécessité de recevoir la preuve par ouï-dire des déclarations d'une enfant qui n'était pas elle-même

also suggested that such hearsay evidence might become necessary when the emotional trauma that would result to the child if forced to give *viva voce* testimony would be great. [Emphasis added.]

Let us note that this passage was reproduced with approval recently in *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569, at para. 34 (*per* McLachlin J., as she then was).

Thus, we realize that we are far from the strict approach to hearsay which prevailed in the past. Perhaps the most important aspect of the broad account of necessity quoted above is the fact that “the categories of necessity are not closed”. Trial judges now have a much broader discretion to admit evidence which would otherwise be considered as hearsay. This court should not attempt to confine this discretion into limited categories, but should rather content itself with stating broad principles to guide judges in the exercise of their discretion. As Lamer C.J. warned in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, at para. 35:

... both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case and ensuring that our new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis.

Of course, there is no presumption of necessity and the trial judge must consider whether the criterion is satisfied on the particular facts of each case: *F. (W.J.)*, *supra*, at para. 41; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 17. However, the case law does not mandate that any particular kind of evidence must be adduced in order to demonstrate necessity. As McLachlin J. viewed it, while writing for the majority in *F. (W.J.)*, at para. 41, necessity may be founded on “the facts and circumstances of the case as revealed to the trial judge, or from evidence called by the Crown”. In keeping with the overriding principle of flexibility, the key is that necessity be grounded in evidence that is appropriate to the circumstances.

habile à témoigner. Nous avons également dit que cette preuve par ouï-dire pourrait devenir nécessaire lorsque l’obligation de témoigner de vive voix causerait un traumatisme important à l’enfant. [Je souligne.]

Notons que cet extrait a été cité et approuvé récemment dans *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569, par. 34 (le juge McLachlin, maintenant Juge en chef).

Ainsi, nous constatons que nous nous trouvons maintenant loin de l’ancienne façon stricte d’aborder la preuve par ouï-dire. L’élément le plus important de l’interprétation large du critère de la nécessité mentionné précédemment est, peut-être, le fait que « les catégories de nécessité ne sont pas limitées ». Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d’admettre une preuve qui serait autrement considérée comme du ouï-dire a pris désormais une expansion beaucoup plus large. Notre Cour ne devrait pas tenter de limiter ce pouvoir à certaines catégories, mais devrait plutôt se contenter d’énoncer des principes généraux pour guider les juges dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Dans *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, par. 35, le juge en chef Lamer a fait la mise en garde suivante :

... on doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l’affaire et veillant à ce que notre nouvelle façon d’aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories.

Bien sûr, aucune présomption de nécessité n’existe et le juge du procès doit déterminer au cas par cas, si ce critère est respecté : *F. (W.J.)*, précité, par. 41; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, par. 17. Toutefois, la jurisprudence n’exige pas la présentation d’un certain type de preuve particulier pour établir la nécessité. D’après le juge McLachlin, s’exprimant au nom de la majorité dans *F. (W.J.)*, par. 41, le fondement de la nécessité peut découler « soit des faits et des circonstances de l’affaire portés à la connaissance du juge du procès, soit de la preuve présentée par le ministère public ». Conformément au principe prépondérant de la souplesse, il faut que la nécessité repose sur une preuve appropriée dans les circonstances.

5

6

7 In *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 236, the Court observed that generally speaking, the best measure of testimonial capacity is the witness's performance at the time of trial. I agree that the preferred method of evaluating a witness's ability to give evidence is to assess him or her at first hand, especially during cross-examination. But this is clearly not an absolute rule, and to make it so risks stultifying the modern approach to hearsay contrary to the desired principle of flexibility. The case law suggests that, even when the hearsay declarant is physically available, the trial judge is not obliged to examine him or her directly in order to find necessity. *Khan* and *Rockey* are two instances in which the necessity criterion was met, notwithstanding the Crown's failure to call the hearsay declarants for examination on the *voir dire*. In both cases, necessity was grounded on evidence that testifying in court would have traumatized the child witnesses; it would accordingly have been cruel indeed to require them to appear at the *voir dire*: *Rockey*, *supra*, at para. 23. While potential trauma to the witness is one instance in which the Crown is not obliged to call her before the court in order to establish necessity, I would not foreclose the possibility of other circumstances in which it would be harmful to the witness, or serve no real purpose to do so.

8 The trial judge, in the present case, found it necessary to admit the complainant's out-of-court statements without first calling the complainant as a witness. The judge's finding was based on his observation of the videotaped interview of the complainant, the evidence of her attending physician and nurse, and that of two other physicians who examined her. The Court of Appeal ((1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89) should not have intervened on Barry J.'s finding that the admission of the videotaped interview was rendered necessary by the facts of the case. The situation before him amply suggested that admission of the videotaped interview was necessary as "evidence of the same value" would most likely not be obtained by *viva voce* testimony of the complainant. It was apparent that attempting to make the complainant testify

Dans *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 236, notre Cour note que, d'une manière générale, l'indication la plus sûre de la capacité de témoigner demeure le comportement du témoin au procès. Je conviens que l'évaluation directe, plus particulièrement lors d'un contre-interrogatoire, offre le meilleur instrument pour évaluer l'aptitude à témoigner. Mais il est clair qu'il ne s'agit pas d'une règle absolue; si c'était le cas, cela mettrait en échec la façon moderne d'aborder la preuve par ouï-dire, par le rejet de la souplesse souhaité. D'après la jurisprudence, même quand l'auteur de la déclaration extrajudiciaire est physiquement disponible, le juge du procès n'est pas tenu de l'interroger directement pour conclure à la nécessité. Dans les affaires *Khan* et *Rockey*, notre Cour a conclu que le critère de la nécessité avait été respecté, bien que le ministère public n'ait pas fait comparaître les auteurs des déclarations extrajudiciaires lors du *voir-dire* pour les interroger. Dans les deux cas, la nécessité se fondait sur une preuve d'après laquelle les enfants auraient été traumatisés si on les avait fait témoigner; il aurait donc été cruel d'exiger qu'ils comparaissent au *voir-dire*: *Rockey*, précité, par. 23. Comme la possibilité de traumatisme d'un témoin constitue un cas où le ministère public n'est pas tenu de le faire entendre pour établir la nécessité, je n'exclurais pas la possibilité d'autres cas où cette comparaison du témoin serait inutile ou lui causerait préjudice.

En l'espèce, le juge du procès a conclu à la nécessité d'admettre en preuve les déclarations extrajudiciaires de la plaignante, sans la faire témoigner. La conclusion du juge se fonde sur son visionnement de l'entrevue de la plaignante, enregistrée sur bande vidéo, sur les témoignages de son médecin et de son infirmière traitants, ainsi que sur ceux de deux autres médecins qui l'ont examinée. La Cour d'appel ((1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89) n'aurait pas dû intervenir relativement à la conclusion du juge Barry sur la nécessité d'admettre l'entrevue enregistrée, dans les circonstances de cette affaire. La situation donnait amplement à penser qu'il était nécessaire d'admettre cette entrevue, étant donné qu'il aurait été très probablement impossible d'obtenir une « preuve de même valeur » si la plaignante avait témoigné de vive

would not only fail to generate any new evidence, but also that it would be demeaning and potentially traumatic to her.

In this context, the ruling of the trial judge was not a narrow one limited to the application of a test of mental competence as in s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. The trial judge's inquiry was much broader. It sought to examine the whole of the complainant's condition as mandated by our principled approach to hearsay and necessity as discussed above. In that regard, the trial judge did not simply express a preference for the views of one of the experts heard, Dr. Gillespie. Barry J.'s decision examined more broadly the victim's childlike mental condition or mental retardation and its impact on her potential testimony. This careful consideration of the condition of the complainant led the judge to decide that she was incapable (as opposed to the more narrow concept of "incompetence") of testifying. He then decided that the out-of-court statements in the video should be received into evidence, because they met the reliability and necessity tests.

II. The Evidence on the Complainant's Condition

Barry J. held that the admissibility of the video was justified by his finding about the mental age of the victim which he equated to that of a very young child:

It appears that it [her mind] might be . . . so greatly retarded that it does not allow her to mentally process or express matters in a normal matter other than in very simple statements such as, one might attribute to a child of very tender years.

(Transcript of Barry J.'s ruling on the *voir dire* of March 30, 1995, at p. 4)

On the basis of the video, and of the evidence of a nurse of the Waterford Hospital and the testimony of experts, the trial judge noted that the victim lived a very restricted life, under constant supervision. She was able to make simple state-

voix. De toute évidence, la comparution de la plaignante non seulement ne permettrait pas d'obtenir d'autres éléments de preuve, mais serait humiliante et pourrait être traumatisante pour elle.

Dans ce contexte, la décision du juge du procès ne se limitait pas seulement à appliquer un test de capacité mentale comme dans les cas visés par l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. L'enquête par le juge du procès avait une portée beaucoup plus large. Elle visait à examiner, comme nous l'avons vu, l'état de la plaignante dans son ensemble, comme le veut notre nouvelle façon d'aborder la preuve par oui-dire et le critère de nécessité. À cet égard, le juge du procès n'a pas simplement exprimé une préférence pour l'opinion du Dr Gillespie, un des témoins experts. Le juge Barry a examiné d'une manière plus large l'état mental de la victime comparable à celui d'un enfant ou sa déficience mentale, et l'incidence de ces facteurs sur le témoignage qu'elle pourrait rendre. Cet examen attentif de l'état de la plaignante a mené le juge à conclure à son incapacité (par opposition à la notion plus stricte d'« inhabilité ») de témoigner. Il a alors statué que les déclarations extrajudiciaires sur bande vidéo devraient être admises en preuve, car elles satisfaisaient aux critères de fiabilité et de nécessité.

II. La preuve relative à l'état de la plaignante

Selon le juge Barry, l'admission en preuve de la bande vidéo était justifiée par sa conclusion relative à l'âge mental de la victime, qui équivalait, selon lui, à celui d'un très jeune enfant :

[TRADUCTION] Il semble que son esprit soit [. . .] déficient au point de ne pas lui permettre de traiter mentalement ou d'exprimer les choses normalement, autrement que par des énoncés très simples, comme ceux que l'on pourrait attribuer à un enfant en très bas âge.

(Transcription de la décision du juge Barry sur le voir-dire du 30 mars 1995, p. 4)

Sur le fondement de la bande vidéo, du témoignage d'une infirmière de l'hôpital Waterford et des dépositions des témoins experts, le juge du procès a constaté que la victime menait une vie très limitée et qu'elle était supervisée en perma-

ments, but did not retain any long term memory of events, although at the same time, she seemed unable to attempt to deceive and had no history of fabrication. As Barry J. stated:

All these activities have to be supervised and many of them require assistance. She has a habit of repeating things that she has heard or come into contact with and may do so in answer to questions that may be completely unrelated. She has no history of fabrication . . . [S]he is capable of making simple statements about some matters. But her mind cannot retain an account of any particular matter for any length of time or . . . complete an account of anything which may transpire. As I've mentioned, she has no history of fabrication and it appears that from her history . . . it would be unlikely that she would attempt to deceive any person of something which may have occurred.

(Transcript of Barry J.'s ruling on the *voir dire* of March 30, 1995, at p. 4)

12

In my opinion, this is one of those cases in which it would have served no real purpose for the trial judge to examine the complainant on the *voir dire*, given the evidence of necessity already before him. The record fully supports the trial judge's finding that the complainant was incapable of testifying in a meaningful way about the incident. Chief among the evidence was the videotape of the complainant's interview with Sergeant Ryan, which enabled the trial judge to observe for himself the complainant's ability to convey evidence. The interview was conducted on the day after the incident took place, in the company of a nurse and nursing assistant from the Waterford Hospital where the complainant lives. Sergeant Ryan asked the complainant a number of basic questions about the incident, to which she responded in broken sentences that were, at times, very difficult to understand. The trial judge recounted the interview in the following way:

In response to questions from Sergeant Ryan as to what had happened to her, she made several statements; and in the first statement when asked that question as to what happened to her, she said "the man in handcuffs did it," and then she said, "Put him in jail." When asked what happened to her arm and face, the bruises and scratches, she said, "A man did that, put him in jail."

nence. Capable d'exprimer des choses très simples, elle ne conservait toutefois aucune mémoire à long terme des faits; cependant, elle semblait incapable d'essayer de tromper et n'avait pas l'habitude d'inventer des contes. Le juge Barry a dit :

[TRADUCTION] Toutes ces activités doivent être supervisées et elle a besoin d'aide pour plusieurs d'entre elles. Elle a l'habitude de répéter ce qu'elle a entendu ou dont elle a pris connaissance, parfois en réponse à des questions qui n'ont rien à voir avec ces choses. Elle n'a pas l'habitude d'inventer des contes [. . .] [E]lle est capable d'exprimer des choses très simples sur certains sujets. Mais son esprit est incapable de conserver un souvenir des faits précis, pour quelque durée que ce soit, ou [. . .] de raconter en entier ce qui a pu se produire. Comme je l'ai mentionné, elle n'a pas l'habitude d'inventer des contes et il appert de ses antécédents [. . .] qu'il serait improbable qu'elle essaie de tromper quelqu'un à propos de quelque chose qui a pu se produire.

(Transcription de la décision du juge Barry sur le voir-dire du 30 mars 1995, p. 4)

À mon avis, dans un tel cas, il n'aurait servi à rien que le juge du procès interroge la plaignante lors du voir-dire, en raison de la preuve de nécessité qui lui avait déjà été présentée. Le dossier appuie entièrement la conclusion du juge que la plaignante était incapable de témoigner d'une manière utile à propos de l'épisode. L'élément le plus important de la preuve se retrouvait dans la bande vidéo de l'entrevue de la plaignante avec le sergent Ryan. Le visionnement de celle-ci a permis au juge du procès d'apprécier par lui-même la capacité de la plaignante de rendre un témoignage. L'entrevue a eu lieu le lendemain de l'épisode, en présence d'une infirmière et d'une infirmière auxiliaire de l'hôpital Waterford, où vit la plaignante. Le sergent Ryan a posé à la plaignante quelques questions élémentaires sur ce qui lui était arrivé, auxquelles elle a répondu par des phrases décousues, parfois très difficiles à comprendre. Le juge du procès a résumé l'entrevue comme suit :

[TRADUCTION] En réponse aux questions du sergent Ryan à propos de ce qui lui était arrivé, elle a déclaré plusieurs choses; à la première question qui lui a été posée, à savoir qu'est-ce qui lui était arrivé, elle a répondu : « C'est l'homme avec des menottes qui l'a fait » et elle a ensuite ajouté « Mettez-le en prison ». Quand on lui a demandé ce qui était arrivé à son bras et

When asked what the man looked like, she said, "Man with black hat . . . glasses . . . police took him away." When asked who hurt her face, she said, "scratched me" and when asked who, she said, "The man". When asked where, she said, "In the car." When asked what he did, she said, "Smacked me."

(Barry J.'s reasons for conviction of April 3, 1995, at p. 11)

The Court of Appeal also reviewed the videotape. The majority and minority opinions provide a similar account of the interview, which Wells C.J.N. described as follows at p. 127:

That video tape displays [the complainant] answering Sergeant Ryan's question as to the cause of her scratches and bruises with "bad man, handcuffs, go to jail" on each of the numerous times she was asked. In answer to who he was or what his name was she simply repeated "Don't know" each time she was asked. To the question of what he looked like she said "glasses" and "hat".

This was the extent of the information that the complainant was able to communicate about the incident shortly after it occurred and in a supportive environment. The trial judge found the complainant's responses to Sergeant Ryan's questioning repetitive and largely incoherent. I cannot disagree with his conclusion, and am doubtful that she would have been able to provide useful information in the unfamiliar setting of a courtroom, about personally traumatic events that had taken place some nine months earlier.

As the Court confirmed in *Marquard, supra*, at p. 236, testimonial capacity entails the ability to perceive, recollect and communicate events to the court. The evidence of the physicians who examined the complainant only confirms the extremely limited nature of her communication skills. Dr. Gillespie, a psychiatrist associated with the Waterford Hospital who had known the com-

à son visage, en parlant des ecchymoses et des égratignures, elle a répondu : « Un homme a fait ça, mettez-le en prison ». Quand on lui a demandé à quoi ressemblait cet homme, elle a répondu : « Un homme avec un chapeau noir . . . des lunettes . . . la police l'a emmené ». Quand on lui a demandé qui avait blessé son visage, elle a répondu : « M'a griffé » et quand on lui a demandé qui l'avait fait, elle a répondu : « L'homme ». Quand on lui a demandé où, elle a répondu : « Dans la voiture ». Quand on lui a demandé ce qu'il avait fait, elle a répondu : « Il m'a frappée ».

(Transcription des motifs de la déclaration de culpabilité du juge Barry, rendus le 3 avril 1995, p. 11)

La Cour d'appel a aussi visionné la bande vidéo. Les opinions des juges de la majorité et de la minorité décrivent de façon semblable l'entrevue, que le juge en chef Wells résume comme suit, à la p. 127 :

[TRADUCTION] Cette bande vidéo montre (la plaignante) qui répond à la question du sergent Ryan, au sujet de ses égratignures et de ses ecchymoses, en disant « mauvais homme, menottes, aller en prison » à chacune des nombreuses fois où la question lui a été posée. Lorsqu'on lui a demandé qui il était ou comment il s'appelait, elle a simplement répondu « Je ne sais pas » chaque fois. Quand on lui a demandé de quoi il avait l'air, elle a répondu « lunettes » et « chapeau ».

Là s'arrête l'information que la plaignante a pu communiquer à propos de l'incident, peu de temps après sa survenance et dans un contexte favorable. Le juge du procès a conclu que les réponses de la plaignante aux questions du sergent Ryan étaient répétitives et très incohérentes. Je ne peux être en désaccord avec sa conclusion et je doute que la plaignante aurait pu fournir des renseignements utiles dans un cadre inconnu comme celui d'une salle d'audience, à propos d'événements traumatisants, survenus environ neuf mois plus tôt.

Comme notre Cour l'a confirmé dans *Marquard*, précité, p. 236, l'aptitude à témoigner comporte la capacité de percevoir, de se rappeler et de communiquer des événements à la cour. Les témoignages des médecins qui ont examiné la plaignante ne font que confirmer le caractère extrêmement limité de sa capacité de communication. Le Dr Gillespie, psychiatre rattaché à l'hôpital Waterford, qui con-

13

14

plainant for almost 20 years, evaluated her ability to communicate shortly before the beginning of trial. His evidence was unequivocal that she was incapable of testifying in court. Her answers to simple questioning about the incident were “totally incoherent” and repetitive. While he could not provide a conclusive opinion on her memory, he did cast doubt on her long term ability to remember the events at issue. Responding to a question from counsel about the videotaped interview, he stated:

A. Yeah, I heard that, you know second hand that she'd been videotaped and made some statements, but I gather that was some time back last year and I would think with her poor attention span, she may not remember what she said then. But certainly when I asked her about a man taking her away from the hospital, she couldn't give me any answer that was coherent.

15 Dr. Gillespie's assessment of the complainant's ability to communicate was uncontradicted by the testimony of Dr. Parsons, a family doctor who examined her several hours after the incident took place, and of Dr. Morley, her attending physician. Dr. Parsons reported that the complainant was simply unresponsive to her questioning about the incident. Dr. Morley confirmed that the complainant's capacity to communicate was limited and that the court would have difficulty understanding her. As for her ability at the time of trial to recollect the events and describe them to the court, his opinion was more equivocal:

Q. What about at this time, on today's date, would she be able to give an account of what has happened last July?

A. Possibly; but given her verbal limitations, it could be quite difficult to understand her, but I believe that she would be able to give some account, some account of what happened to her.

16 The record also includes the testimony of Ms. Miller, the complainant's attending nurse. She testified that the complainant could verbalize “very well”. Testimonial competence, however, extends beyond mere verbal aptitude and incorporates a

naissait la plaignante depuis presque 20 ans, a évalué sa capacité de communiquer peu avant le procès. Il a déclaré sans équivoque que la plaignante était incapable de témoigner à la cour. Les réponses de la plaignante à des questions simples portant sur l'incident étaient [TRADUCTION] « complètement incohérentes » et répétitives. Même s'il n'a pas pu donner une opinion concluante à propos de la mémoire de la plaignante, il a émis des doutes sur sa capacité de se souvenir à long terme de ce qui lui était arrivé. En réponse à une question de l'avocat au sujet de l'entrevue enregistrée, il a dit :

[TRADUCTION] R. Oui, j'ai appris, vous savez indirectement, qu'elle a été enregistrée sur bande vidéo et qu'elle a fait des déclarations, mais je crois comprendre que cela a eu lieu l'année dernière et je pense qu'en raison de sa faible durée d'attention, elle ne se souviendrait peut-être pas de ce qu'elle avait dit alors. Mais il est certain, que lorsque je lui ai posé des questions au sujet d'un homme qui l'avait emmenée de l'hôpital, elle n'a pu me donner aucune réponse cohérente.

L'évaluation faite par le D^r Gillespie de la capacité de communiquer de la plaignante n'a pas été contredite par le témoignage du D^r Parsons, un médecin de famille qui l'a examinée plusieurs heures après l'épisode, ni par celui du D^r Morley, son médecin traitant. Le D^r Parsons a relaté que la plaignante ne réagissait simplement pas à ses questions sur l'incident. Le D^r Morley a confirmé que la capacité de communication de la plaignante était limitée et que la cour la comprendrait difficilement. Au sujet de sa capacité de se rappeler les faits et de les décrire à la cour au moment du procès, son opinion était plus équivoque :

[TRADUCTION] Q. En date d'aujourd'hui, serait-elle capable de raconter ce qui s'est produit en juillet dernier?

R. Peut-être, mais étant donné sa capacité limitée de s'exprimer verbalement, il serait très difficile de la comprendre, mais je pense qu'elle serait capable de raconter, en quelque sorte, ce qui lui est arrivé.

Le dossier comprend aussi le témoignage de M^{me} Miller, l'infirmière traitante de la plaignante. Elle a témoigné que la plaignante pouvait s'exprimer [TRADUCTION] « très bien » verbalement. Toutefois, l'aptitude à témoigner dépasse la simple

cognitive component: *Marquard, supra*, at p. 236. Her assessment is also contradicted by Dr. Morley's assertion that the complainant's verbal skills were limited. It should be noted that Ms. Miller further testified that when asked simple questions, the complainant was generally responsive, but her answers were very basic and lacked any detail. When asked whether the complainant had, in the time since the incident, ever provided a narrative of the events in question to Ms. Miller, she explained:

A. Not in detail, no, like I say it was very, very simple and she never, ever, said names to me personally.

What emerges from a review of the record is the description of a witness who, depending on the circumstances and the questioner, was able to provide at best only the most basic information about what had happened to her, in a manner that was extremely difficult to understand, and with little, if any, long term memory. The trial judge had an adequate opportunity to evaluate the complainant's ability to communicate evidence about the incident. He found that she was incapable of doing so in any meaningful way. In light of all the evidence adduced on the *voir dire*, it would have been difficult to conclude that the complainant could have communicated evidence of the same quality at trial. My reservations are stronger still with respect to her ability to handle cross-examination, which is a more sophisticated intellectual exercise than examination-in-chief. To require the Crown to call the complainant before the court in these circumstances, only to confirm her limited ability to convey evidence, would have been demeaning and traumatic to her. As the trial judge pointed out, the victim lived under very restricted and supervised conditions. She could not look after herself (ruling on *voir dire*, at p. 4). She was also afraid to leave the hospital grounds. The trial judge even wrote that she had "to be coaxed . . . with treats by staff to persuade her to go out for a drive or an outing with other patients" (reasons for conviction, at p. 8). Moreover, Barry J. referred to Dr. John Morley's testimony. Dr. Morley had said that it was not feasible for the victim to leave the hospital

capacité verbale et comprend un élément cognitif : *Marquard*, précité, p. 236. Son évaluation est aussi contredite par le Dr Morley, qui affirme que la capacité verbale de la plaignante est limitée. Il faudrait aussi noter que M^{me} Miller a ensuite témoigné que, lorsqu'on pose de simples questions à la plaignante, celle-ci pouvait généralement y répondre, mais que ses réponses restaient très élémentaires et dépourvues de détails. Quand on lui a demandé si la plaignante lui avait parlé de l'épisode depuis qu'il s'était produit, M^{me} Miller a expliqué :

[TRADUCTION] R. Pas en détail, non; comme j'ai dit, c'était très, très simple et elle ne m'a jamais, jamais personnellement donné de noms.

L'examen du dossier dégage le portrait d'un témoin qui, selon les circonstances et la personne qui lui posait les questions, pouvait au mieux fournir des renseignements des plus élémentaires sur ce qui lui était arrivé, d'une manière extrêmement difficile à comprendre, et révèle que ce témoin ne possédait guère de mémoire à long terme. Le juge du procès a suffisamment évalué l'aptitude à témoigner de la plaignante à propos de l'incident. Il a conclu qu'elle était incapable de le faire d'une manière utile. D'après la preuve produite lors du voir-dire, il aurait été difficile de conclure que la plaignante aurait pu rendre un témoignage de la même qualité au procès. Mes réserves sont encore plus fortes à l'égard de sa capacité de subir un contre-interrogatoire, qui est un exercice intellectuel plus complexe que l'interrogatoire principal. Exiger du ministère public qu'il fasse comparaître la plaignante en cour dans ces circonstances, dans le seul but de confirmer son inhabilité à témoigner, aurait été humiliant et traumatisant pour elle. Comme l'a fait remarquer le juge du procès, la victime menait une vie très limitée et était supervisée en permanence. Elle ne pouvait pas prendre soin d'elle (décision sur le voir-dire, p. 4). Elle avait aussi peur de quitter l'enceinte de l'hôpital. Le juge du procès a même écrit que les employés devaient [TRADUCTION] « lui offrir des gâteries pour la persuader d'aller faire une promenade en voiture ou une excursion avec d'autres patients » (motifs de la déclaration de culpabilité, p. 8). De plus, le juge Barry a mentionné le témoignage du

(reasons for conviction, at p. 10). This evidence supports the conclusion that the victim would suffer a substantial trauma from leaving the hospital or from any other kind of change in her immediate surroundings. This trauma would be especially acute, if she were to be faced with the formal atmosphere of a courtroom and asked to relate incidents which happened years ago. Given her communication difficulties and the apparent limitations, if not absence, of her long time memory, it may readily be inferred that calling her as a witness would have merely confirmed what is already clear from the record the trial judge had before him. It would have also deprived her of that degree of respect that every disabled person is entitled to (see *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 108, per L'Heureux-Dubé J.).

III. The Objections to the Use of the Expert Evidence and the Video to Establish Necessity

18

Justice Binnie contends that the trial judge erred in considering the testimony of Ms. Miller and Doctors Gillespie, Morley and Parsons, as in his view, it failed to meet the necessity criterion for the admission of expert evidence in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. To satisfy the necessity requirement, the information provided by the expert must be outside the ordinary knowledge and experience of the trier of fact: *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43, at paras. 46 and 57, per Major J. (also para. 21, per McLachlin C.J., dissenting on the merits but not on this point); *Mohan*, *supra*, at p. 23. Testimonial competence, my colleague maintains, is a matter directly within the ken of the trial judge and jury.

19

However, as I explained before, the issues examined by Barry J. to determine necessity were broader than the mere competence to testify under s. 16 of the *Canada Evidence Act*. The trial judge had to assess the condition of the complainant as a whole. This involved matters which were outside

Dr John Morley, selon lequel la victime ne pouvait pas quitter l'hôpital (motifs de la déclaration de culpabilité, p. 10). Ce témoignage appuie la conclusion que quitter l'hôpital ou changer de cadre de vie la traumatiserait fortement. Le traumatisme serait particulièrement aigu, si elle devait se retrouver dans l'atmosphère protocolaire d'un tribunal pour y répondre à des questions concernant des faits qui se sont produits il y a des années. À cause de ses difficultés de communication et des limites apparentes, sinon de l'inexistence, de la mémoire à long terme de la plaignante, on conclut aisément que sa comparution aurait simplement permis de confirmer ce qui est déjà clair au vu du dossier déjà à la disposition du juge du procès. Cette comparution l'aurait aussi privée du degré de respect auquel a droit toute personne ayant une déficience (voir l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 108, le juge L'Heureux-Dubé).

III. Les oppositions à l'utilisation des témoignages d'experts et de la bande vidéo pour établir la nécessité

Le juge Binnie soutient que le juge du procès a commis une erreur en tenant compte des témoignages de M^{me} Miller et des Drs Gillespie, Morley et Parsons, car, selon lui, ces témoignages ne satisfaisaient pas au critère de nécessité pour l'admission des témoignages d'experts énoncé dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Pour satisfaire à l'exigence de la nécessité, les renseignements fournis par l'expert doivent dépasser l'expérience et la connaissance ordinaires du juge des faits: *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43, par. 46 et 57, le juge Major (aussi par. 21, le juge en chef McLachlin, dissidente sur le fond mais pas sur ce point); *Mohan*, précité, p. 23. D'après mon collègue, la capacité de témoigner est une question directement à la portée du juge des faits et du jury.

Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, les questions que le juge Barry a examinées pour déterminer s'il y avait nécessité dépassaient la simple capacité de témoigner prévue à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le juge du procès devait évaluer l'état de la plaignante dans son ensemble,

his traditional expertise, and which required expert assistance. With this assistance, the judge was able to acknowledge the childlike mental condition of the complainant and her fragile emotional state in addition to her poor ability to sustain questioning. In the present case, the nurse gave factual evidence about the complainant's character and condition. The doctors testified on the basis of both their observations of the witness and their professional experience in matters which fell squarely within their competence on questions that went to the medical and psychological condition of the witness. In these circumstances, the hearsay evidence was admitted and used in accordance with the relevant legal rules.

In order to assess the condition of the complainant, the judge not only relied on the experts' testimonies, but also on his observation of the video. This is the same video containing the statements by the complainant which the accused maintains are inadmissible. Binnie J. argues that this use of the video is contradictory because the video is, according to him, used both to prove that the complainant is "incompetent to testify" and to prove the truth of the statements it contains. This, again, undermines the broad nature of the inquiry undertaken by Barry J. in the context of hearsay and necessity. As we saw earlier, the case-law from this court favours a broad inquiry directed towards the whole condition of the complainant to determine not only whether she has the capacity to make statements, but also whether her emotional and psychological state would allow her to give testimony in court of some added value without risking demeaning or traumatizing her. This is an exercise in which the trial judge must balance the potential value of the evidence which may result from *viva voce* testimony against the potential prejudice to the witness.

Video technology in such circumstances has become an appropriate instrument to evaluate the condition of a witness. In *R. v. B. (K.G.)*, [1993]

ce qui mettait en cause des questions dépassant sa compétence traditionnelle pour lesquelles l'aide d'un expert était nécessaire. Grâce à cette assistance, le juge a pu constater l'état mental, comparable à celui d'un enfant, de la plaignante et son état émotionnel fragile, en plus de sa faible capacité à subir un interrogatoire. Dans la présente affaire, l'infirmière a rendu un témoignage sur des faits, soit sur la personnalité et l'état de la plaignante. Les médecins se sont fondés sur leurs observations du témoin et leur expérience professionnelle pour témoigner au sujet de l'état médical et psychologique du témoin, questions qui relevaient directement de leur compétence. Dans ces circonstances, la preuve par oui-dire a été admise et utilisée en conformité avec les règles juridiques pertinentes.

Pour évaluer l'état de la plaignante, le juge s'est fondé non seulement sur les témoignages des experts, mais aussi sur le visionnement de la bande vidéo. Les déclarations de la plaignante que l'accusé prétend être inadmissibles se retrouvent sur cette même bande vidéo. Le juge Binnie soutient que cette utilisation de la bande vidéo est contradictoire parce que celle-ci est utilisée, selon lui, tant pour prouver que la plaignante est « inhabile à témoigner » que pour prouver la véracité des déclarations qu'elle contient. Là encore, cela décrit mal la nature générale de l'enquête menée par le juge Barry dans le contexte du oui-dire et de la nécessité. Comme nous avons pu le constater précédemment, la jurisprudence de notre Cour préconise une enquête générale sur l'état de la plaignante dans son ensemble, destinée à déterminer non seulement si elle a la capacité de faire des déclarations, mais aussi si son état émotionnel et psychologique lui permettrait de rendre un témoignage en cour qui ajouterait une certaine valeur, sans risquer de l'humilier ou de la traumatiser. Il s'agit d'un exercice au cours duquel le juge du procès doit soupeser la valeur que ce témoignage de vive voix ajouterait à la preuve par rapport au préjudice que pourrait subir le témoin.

Dans des circonstances semblables, la technique de l'enregistrement sur bande vidéo est devenue un instrument approprié pour évaluer l'état d'un

1 S.C.R. 740, Lamer C.J. commented on the ability of this technology to convey the demeanor of witnesses (see pp. 792-93). With the proper equipment, provided that the tape has not been tampered with, it recreates a sense that the witness is present and allows her to be observed (*ibid.*). Indeed, it is known that the use of the technology of videos and video conferencing is spreading through the justice system as an acceptable substitute for the physical presence of counsel and sometimes of parties or witnesses in the courtroom. In this case, it allowed the judge and opposing counsel to observe the witness and her behaviour. Moreover, the respondent did not dispute the reliability of the video. It complemented reliably the information received from witnesses heard by the judge.

IV. The Need for Direct Evidence of Prejudice to Witness

22

In cases involving young children or people with mental disabilities who are mentally assimilable to young children, neither direct evidence of the trauma nor the compulsory attendance of the witness in order to demonstrate it should become a requirement. The infringement of the witness's right to the preservation of her dignity and integrity may be inferred from the circumstances of the case. McLachlin J. in *F. (W.J.)*, *supra*, underscored the need for a sensitive and practical approach to those matters. While assessing the requirement of necessity, she held that courts should avoid pre-ordained classifications. Instead, while circumstances warrant, they must look at the whole environment and use all the facts they already know. At paras. 36-37, she wrote:

Necessity therefore should not be approached on the basis that the case must fit into a preordained category. It is a matter of whether, on the facts before the trial judge, direct evidence is not forthcoming with reasonable effort. The reasons for the necessity may be diverse — ranging from total testimonial incompetence to traumatic consequences to the witness of testifying.

témoin. Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, le juge en chef Lamer a commenté le fait que cette technique pouvait montrer le comportement des témoins (voir p. 792-793). Avec l'équipement approprié, pourvu que la bande n'ait pas été altérée, cette technique recrée un sentiment de présence du témoin et permet de l'observer (*ibid.*). En fait, il est connu que l'utilisation des techniques de la vidéo et des vidéoconférences se répand dans le système judiciaire et constitue un substitut acceptable à la présence physique des avocats, et parfois à la présence des parties ou des témoins dans la salle d'audience. En l'espèce, cette technique a permis au juge et à l'avocat de la partie adverse d'observer le témoin et son comportement. De plus, l'intimé n'a pas contesté la fiabilité de la bande vidéo. Celle-ci complétait d'une manière fiable les renseignements que le juge avait obtenus des témoins.

IV. La nécessité d'une preuve directe que le témoin subira un préjudice

Dans les affaires mettant en cause de jeunes enfants ou des personnes ayant une déficience intellectuelle que l'on peut assimiler à de jeunes enfants sur le plan mental, ni la preuve directe du traumatisme ni la présence obligatoire du témoin visant à faire la preuve de ce traumatisme ne devraient devenir une exigence. On peut déduire des circonstances d'une affaire que la comparution personnelle porterait atteinte au droit du témoin à la protection de sa dignité et de son intégrité. Dans *F. (W.J.)*, précité, le juge McLachlin a souligné le besoin d'employer une méthode pratique et sensible dans le traitement de ces problèmes. En évaluant l'exigence de la nécessité, elle a conclu que les tribunaux devaient éviter les catégories prédéterminées. Quand les circonstances le justifient, ils doivent plutôt conserver une vue d'ensemble et utiliser les faits dont ils ont déjà connaissance. Elle a écrit, aux par. 36-37 :

Par conséquent, il ne faut pas aborder la nécessité comme si l'affaire devait entrer dans une catégorie prédéterminée. Il s'agit de savoir si, d'après les faits dont est saisi le juge du procès, la preuve directe n'est pas disponible malgré le déploiement d'efforts raisonnables pour l'obtenir. Les motifs de la nécessité peuvent varier — allant de l'incapacité totale à déposer aux conséquences traumatisantes de la déposition pour le témoin.

There is no absolute rule that evidence must be called on the issue of necessity. Where it is apparent from the circumstances before the trial judge that the child cannot give useful evidence, the judge may find out-of-court statements are “necessary” in the context of the rule, absent evidence. This may be the case where the child is very young.

This prudent approach should be used in the case of witnesses like the complainant who have the mental age of such a child. The absence of direct evidence should not lead courts to presume the absence of trauma nor that the experience would not adversely and painfully affect a victim like the complainant. The law in this area does not include any inflexible rule requiring courts to drag witnesses into the courtroom in cases where all the known circumstances indicate they will be unable to testify usefully. Such a situation was foreseen by McLachlin J. in *F. (W.J.)*, *supra*, at para. 41:

The unavailability of direct evidence may be self-evident in the case of very young children. But it is not confined to that situation. If the circumstances reveal that the child cannot, for whatever reason, give his or her evidence in a meaningful way, then the trial judge may conclude that it is self-evident, or evident from the proceedings, that out-of-court statements are “necessary” if the court is to get the evidence and discover the truth of the matter.

Moreover, in *F. (W.J.)*, *supra*, at para. 37, the Court approved a passage from a decision of the Quebec Court of Appeal which held admissible some out-of-court statements notwithstanding the unavailability of extrinsic evidence on the test of necessity (see *R. v. P. (J.)* (1992), 74 C.C.C. (3d) 276, aff’d [1993] 1 S.C.R. 469). At the time, the Quebec Court of Appeal had held at p. 281:

[TRANSLATION] . . . the test of necessity is met by the very fact of the young age of the child (I repeat, two years, three and a half months at the time of the events, and three years nine and a half months at the time of trial), which entails in the present case the impossibility for the child to testify effectively at this age . . . on the facts which took place one and one-half years earlier. There is no need for “solid evidence based on psycho-

Il n’y a aucune règle absolue qui oblige à présenter une preuve sur la question de la nécessité. Lorsqu’il ressort des circonstances dont il est saisi que l’enfant ne peut pas témoigner utilement, le juge du procès peut conclure que des déclarations extrajudiciaires sont «nécessaires» dans le contexte de la règle, en l’absence de preuve. Ce peut être le cas lorsque l’enfant est très jeune.

Cette approche prudente devrait être utilisée dans le cas de témoins qui, comme la plaignante, ont l’âge mental de celui d’un enfant. L’absence de preuve directe ne devrait pas amener les tribunaux à présumer l’absence de traumatisme et que cette expérience n’entraînerait pas de conséquences préjudiciaires ou pénibles pour une victime comme la plaignante. Sur ce point, le droit n’exige pas que les tribunaux traînent les témoins dans les salles d’audiences, dans des affaires où toutes les circonstances connues indiquent qu’ils ne sauraient témoigner d’une façon utile. Le juge McLachlin a prévu cette situation dans *F. (W.J.)*, précité, par. 41 :

La non-disponibilité d’un témoignage direct peut être évidente en soi dans le cas de très jeunes enfants, mais ce n’est pas le seul cas où elle peut l’être. Si les circonstances révèlent que l’enfant ne peut pas, pour une raison quelconque, témoigner de façon utile, le juge du procès peut alors conclure qu’il est évident en soi, ou évident d’après ce qui s’est passé au procès, que les déclarations extrajudiciaires sont «nécessaires» pour que le tribunal puisse obtenir la preuve et découvrir la vérité.

De plus, dans *F. (W.J.)*, précité, par. 37, notre Cour a approuvé un passage d’un arrêt de la Cour d’appel du Québec, qui avait déclaré admissibles certaines déclarations extrajudiciaires même s’il n’existait aucune preuve extrinsèque relative au critère de nécessité (voir *R. c. P. (J.)* (1992), 13 C.R. (4th) 79, conf. par [1993] 1 R.C.S. 469). La Cour d’appel du Québec avait alors conclu, à la p. 86, ce qui suit :

. . . le critère de nécessité est rempli par le fait même du jeune âge de l’enfant (je répète, deux ans trois mois et demi lors de l’événement et trois ans neuf mois et demi lors du procès), ce qui implique en l’espèce l’impossibilité pour l’enfant de témoigner avec efficacité à cet âge [. . .] sur des faits survenus un an et demi plus tôt. Nul besoin «d’une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal

logical assessments that the testimony in court might be traumatic for the child or harm the child" here. In my view, it is self-evident, and in addition, the testimony could not be probative because of the time which has passed since the incident and given the nature of the circumstances of the event.

24 Brossard J.A.'s comments, in his concurring reasons, are also relevant to the issue, as they underline the dangers of a rigorous procedure that fails to take account of the circumstances and conditions of the witness (at p. 282):

[TRANSLATION] The young age of the victim constitutes in my opinion one of the circumstances which may demonstrate, in the absence of any other formality, necessity which justifies hearsay evidence which would otherwise be inadmissible.

... [it is not] necessary to bring her before the court in order for the trier of fact to note this physically and materially.

It seems to me that some things are so obvious that they dispense with a rigorism which may be both unhelpful and traumatic for a child of such age.

25 It is true, as pointed out in Binnie J.'s reasons that in *F. (W.J.)* the victim was called to be a witness. It should be remembered, though, that the victim was older than the mental age of the present complainant. He was five years old at the time of the crime and almost seven during the trial. Moreover, in the Quebec case, *P. (J.)* which was approved in *F. (W.J.)*, an almost four-year-old child was not called to the witness box. More important than the discussion of the age is the recognition both in *F. (W.J.)* and *P. (J.)* that, in some cases, even if as a general rule the judge should hear the witness in the case, some situations may arise where the attendance of the witness in court is unwarranted and unnecessary. The trier of fact must then assess the necessity and the reliability of the out-of-court statements offered in evidence by the prosecution. Both the necessity and reliability requirements were met by the evidence considered by the trial judge.

pourrait être traumatisant ou lui porter préjudice» ici. La chose est évidente selon moi et en outre, le témoignage ne pourrait être probant à cause du temps écoulé après l'incident et vu la nature des circonstances de l'événement.

Les commentaires du juge Brossard dans ses motifs concordants, à la p. 87, sont aussi pertinents, car ils soulignent les dangers d'utiliser une procédure rigoureuse qui ne tient pas compte des circonstances et de l'état du témoin :

Le jeune âge d'une victime constitue, dans mon opinion, une de ces circonstances qui est susceptible de démontrer, sans autre formalité, le caractère de nécessité justifiant une preuve par ouï-dire qui serait autrement inadmissible.

... [il n'est pas] nécessaire de l'amener devant le tribunal pour que le juge des faits le constate physiquement et matériellement.

Il me semble qu'il y a des évidences qui dispensent d'un rigorisme qui pourrait être à la fois inutile et susceptible d'être traumatisant pour un enfant d'un tel âge.

Comme l'a indiqué le juge Binnie dans ses motifs, il est vrai que dans l'affaire *F. (W.J.)*, la victime avait été assignée comme témoin. Cependant, il faudrait se rappeler que l'âge de la victime était supérieur à l'âge mental de la plaignante en l'espèce. Elle avait cinq ans au moment du crime et avait presque sept ans pendant le procès. Par surcroît, dans l'arrêt *P. (J.)* de la Cour d'appel du Québec, approuvé par l'arrêt *F. (W.J.)*, un enfant de presque quatre ans n'a pas été appelé à la barre des témoins. Plus importante encore que la question de l'âge, est la reconnaissance, dans les arrêts *F. (W.J.)* et *P. (J.)* du fait que, dans certains cas, même si d'une manière générale le juge devrait entendre le témoin de l'affaire, il se peut que la présence du témoin en cour ne soit ni justifiée, ni nécessaire. Le juge des faits doit alors évaluer la nécessité et la fiabilité des déclarations extrajudiciaires déposées en preuve par la poursuite. Les éléments de preuve pris en considération par le juge du procès satisfaisaient aux exigences de nécessité et de fiabilité.

V. Conclusion

This Court has without exception assumed a posture of deference toward a trial judge's assessment of testimonial capacity. As McLachlin J. admonished in *Marquard, supra*, at p. 237, "[m]eticulous second-guessing on appeal is to be eschewed." The majority of the Court of Appeal engaged in just such a re-evaluation of the record and interfered too readily with the trial judge's findings. The trial judge was in a superior position to assess the expert testimony, which obviously confirmed his own observation of the complainant's abilities during her interview with Sergeant Ryan. In my view, the trial judge's decision to admit the hearsay evidence manifests no palpable error.

I would accordingly allow the appeal and restore the respondent's conviction.

The judgment of Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

BINNIE J. — This appeal tests the limits of the principled hearsay exception that allows the Crown in exceptional circumstances to lead the out-of-court evidence of a complainant at a criminal trial without having him or her present in court and available for cross-examination by the defence.

In this case, the complainant in a kidnapping and sexual assault case was a mature woman who had suffered since birth from Down's syndrome. She was considered mildly to moderately retarded and had been in institutional care for almost 20 years. Expert evidence was called to establish that her mental development was equivalent to that of a three- or four-year-old child and that her memory of events was poor. Her response to even the simplest questions was said to be not very coherent. The complainant herself was never called into the presence of the trial judge so that these attributes could be verified even though she was available and there was no suggestion that she would suffer

V. Conclusion

Notre Cour a, sans exception, fait preuve de retenue à l'égard de l'évaluation de la capacité de témoigner faite par le juge du procès. Le juge McLachlin fait une mise en garde dans *Marquard*, précité, p. 237-238, selon laquelle « [i]l faut s'abstenir, en appel, de reconsidérer de façon tatillonne sa décision. » Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont justement évalué à nouveau le dossier et se sont immiscés trop facilement dans les conclusions du juge du procès. Celui-ci était mieux placé pour évaluer les témoignages des experts, qui ont visiblement confirmé ses propres observations des capacités de la plaignante pendant son entrevue avec le sergent Ryan. À mon avis, la décision du juge du procès d'admettre la preuve par ouï-dire ne constitue pas une erreur manifeste.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

Version française du jugement des juges Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, la Cour vérifie les limites de l'exception de principe à la règle du ouï-dire, laquelle autorise le ministère public, dans des circonstances exceptionnelles, à présenter les déclarations extrajudiciaires d'un plaignant dans un procès criminel sans que celui-ci compare devant le tribunal et puisse être contre-interrogé par la défense.

Il s'agit en l'espèce d'une affaire d'enlèvement et d'agression sexuelle, où la plaignante est une femme adulte qui souffre depuis sa naissance du syndrome de Down. Elle a une déficience intellectuelle considérée comme légère à modérée, et reçoit des soins en établissement depuis près de 20 ans. On a fait témoigner des experts pour établir que son développement mental équivalait à celui d'un enfant de trois ou quatre ans et que sa mémoire des faits est faible. Les réponses qu'elle donne même aux questions les plus simples ne seraient pas très cohérentes. La plaignante elle-même n'a jamais été appelée à se présenter devant le juge du procès pour que ces attributs puissent

26

27

28

29

any trauma or other adverse effect by appearing in court. Instead the court received evidence of out-of-court statements that she had earlier made to the police and to a doctor.

être vérifiés, même si elle était disponible, et rien ne permet de penser que sa comparution devant le tribunal risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice. Par contre, le tribunal a reçu en preuve des déclarations judiciaires qu'elle avait faites à la police et à un médecin.

30 A majority of the Newfoundland Court of Appeal concluded that there was no proper evidentiary basis to permit the trial judge to admit the complainant's out-of-court statements. A new trial was ordered, Wells C.J.N. dissenting. In my view the majority view was correct and the Crown's appeal should be dismissed.

La Cour d'appel de Terre-Neuve a conclu à la majorité qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour que le juge du procès soit fondé à admettre en preuve les déclarations extrajudiciaires de la plaignante. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès, le juge en chef Wells étant dissident. À mon avis, la conclusion de la majorité est fondée et le pourvoi du ministère public devrait être rejeté.

I. Facts

I. Les faits

31 About 7:00 p.m. on July 15, 1994, the respondent drove to the Waterford Hospital, a psychiatric hospital in St. John's, and was seen talking to a female resident of the hospital who then brought the complainant to his car. James Barry, a psychiatric nursing assistant at the hospital, observed these events from a distance of about 200 feet. He shouted at the respondent and the female resident but neither of them acknowledged the shouts. Mr. Barry testified he saw the female resident grip the complainant, seat her in the car and lift her knees and shut the door. He saw the respondent reach over the seat and lock the door. The respondent was observed giving the female resident \$20. Mr. Barry reported the incident to his supervisors who called the police. Despite a search effort it took over seven hours to find the complainant. When she was found, both she and the respondent were still in the same car, now located in a remote coastal area at about 2:35 the next morning.

Le 15 juillet 1994, vers 19 h, l'intimé se rend en voiture à l'hôpital Waterford, établissement psychiatrique de St. John's, où il est vu en train de parler avec une pensionnaire de l'hôpital, laquelle amène par la suite la plaignante à la voiture. James Barry, infirmier psychiatrique auxiliaire à l'hôpital, observe ces faits à une distance d'environ 200 pieds. Il crie en direction de l'intimé et de la pensionnaire, mais ceux-ci ne réagissent pas à ses cris. Monsieur Barry témoigne avoir vu la pensionnaire saisir la plaignante, l'asseoir dans la voiture et lui soulever les genoux puis fermer la porte. Il voit l'intimé étendre le bras au-dessus du siège et verrouiller la porte. L'intimé est vu en train de donner vingt dollars à la pensionnaire. Monsieur Barry signale ces faits à ses supérieurs, qui appellent la police. Malgré les efforts de recherche, il faut plus de sept heures pour retrouver la plaignante. Au moment où elle est retrouvée, elle est encore avec l'intimé dans la même voiture, qui se trouve alors, vers 2 h 35 le lendemain, dans une région côtière éloignée.

1. *Complainant's Physical Injuries*

1. *Les blessures de la plaignante*

32 The police arrested the respondent. On driving the complainant back to the Waterford Hospital, the constable noted her shorts were on backwards, her underpants were hanging over the top of her shorts and she had bruises on her left cheek and left hand. There were scratches on her arms and

La police a arrêté l'intimé. Pendant le trajet ramenant la plaignante à l'hôpital Waterford, le policier a noté que son short était mis sens devant derrière, que sa culotte dépassait le haut du short et qu'elle avait des ecchymoses sur la joue gauche et la main gauche. Elle avait des égratignures sur les

legs. Subsequent examination did not disclose any semen or sperm on the complainant or on her clothes.

2. *Complainant's Out-of-Court Statements*

The complainant made statements to police at the time of her being found, as well as to the doctor who first examined her. She repeatedly pointed to her injuries and stated "Man did it, bad man, man in car, patient". Police also conducted a videotaped interview the following day. She was questioned for 15 minutes in the presence of two nurses who had known and worked with her. She was asked about the marks on her hands, arm and face to which, in halting broken sentences, she replied that a man "in handcuffs" did it and that he should be "put in jail". She said that it happened "last night" and that he was wearing glasses and a black hat. She also communicated the facts that he scratched her in the car and that he smacked her.

3. *Trial Evidence*

The case was tried by a judge sitting alone. He heard from a number of fact witnesses, concluding with Ms. Marlene Miller, a psychiatric nurse at the Waterford Hospital who had known the complainant for about 10 years. Latterly she was responsible for coordinating all of the complainant's care. She described the complainant's personal habits, medications and mental abilities in some detail. Of particular relevance are the following questions and answers:

Q. What about her responsiveness to questions?

A. She could respond, you know, like if you asked her if she was hungry, yes, but stuff like to get details,

bras et les jambes. L'examen effectué par la suite n'a révélé aucune présence de sperme sur la plaignante ou sur ses vêtements.

2. *Les déclarations extrajudiciaires de la plaignante*

La plaignante a fait des déclarations à la police au moment où elle a été retrouvée, puis au médecin qui l'a examinée la première fois. Elle a à maintes reprises montré ses blessures en déclarant [TRADUCTION] « L'homme l'a fait, méchant homme, l'homme dans l'auto, patiente ». La police a aussi procédé à une entrevue enregistrée sur bande vidéo le lendemain. La plaignante a été interrogée pendant 15 minutes en présence de deux infirmières qui la connaissaient et s'étaient occupé d'elle. En réponse aux questions visant les marques sur ses mains, son bras et son visage, elle a dit, dans des phrases hésitantes et décousues, qu'un homme [TRADUCTION] « avec des menottes » l'avait fait et qu'on devrait le [TRADUCTION] « [mettre] en prison ». Elle a dit que cela était arrivé [TRADUCTION] « la nuit dernière » et qu'il portait des lunettes et un chapeau noir. Elle a aussi mentionné qu'il l'avait griffée dans la voiture et qu'il l'avait frappée.

3. *La preuve au procès*

L'affaire a été jugée par un juge seul. Il a entendu plusieurs témoins des faits, le dernier étant Mme Marlene Miller, infirmière psychiatrique à l'hôpital Waterford, qui connaissait la plaignante depuis environ dix ans. Elle était récemment responsable de la coordination de tous les soins donnés à la plaignante. Elle a décrit de façon assez détaillée les habitudes personnelles, les médicaments et les capacités mentales de celle-ci. Les questions et réponses suivantes sont particulièrement pertinentes :

[TRADUCTION]

Q. Quelle était sa capacité de répondre aux questions?

R. Elle pouvait répondre, vous savez, par exemple, si vous lui demandiez si elle a faim, oui, mais des questions pour obtenir des détails, elle ne donnait pas beaucoup de détails quant à l'endroit où elle se

she didn't give a lot of details of where she'd been or what she did, mostly only one sentence answers.

trouvait ou quant à ce qu'elle a fait, en grande partie des réponses à une phrase.

Q. Without getting into what was said, did you at any time, attempt to discuss with [the complainant] what had happened to her on that weekend?

Q. Sans répéter ce qui a été dit, avez-vous essayé, à un moment donné, de discuter avec [la plaignante] de ce qui lui était arrivé au cours de cette fin de semaine?

A. Yes.

R. Oui.

Q. Were you able to determine what had happened without getting into exactly what was said, were you able to—

Q. Avez-vous été capable de déterminer ce qui s'est passé, sans reprendre exactement ce qui a été dit, avez-vous pu —

A. Yes.

R. Oui.

Q. Was that in the company of anybody else?

Q. Était-ce en présence de quelqu'un d'autre?

A. I'm sure it probably was at times, there were actually a couple of times that she brought it up but it wasn't like in a lot of detail, you know, it was just simple sentences but it left no doubt.

R. Je suis sûre que c'était probablement le cas à certains moments, il y a eu en fait deux fois où elle a abordé le sujet, mais ce n'était pas avec beaucoup de détails, vous savez, c'était seulement des phrases simples, mais cela ne laissait aucun doute.

35

At the conclusion of Nurse Miller's testimony, defence counsel indicated that he would oppose a *Khan* application (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531) to substitute the complainant's out-of-court statements for her direct testimony. His position was that the out-of-court statements were unreliable and the *Khan* procedure was unnecessary in light of the complainant's availability to testify in person.

À la fin de la déposition de l'infirmière Miller, l'avocat de la défense a fait savoir qu'il s'opposerait à une demande fondée sur l'arrêt *Khan* (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531) visant à substituer les déclarations extrajudiciaires de la plaignante à son témoignage direct. À son avis, les déclarations extrajudiciaires ne sont pas fiables et la procédure fondée sur l'arrêt *Khan* n'est pas nécessaire compte tenu de la disponibilité de la plaignante pour témoigner en personne.

4. *The Voir Dire*

4. *Le voir-dire*

36

Crown counsel advised the court that the complainant had a mental disability and was "unable to communicate" within the meaning of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. Counsel also advised that she had earlier made out-of-court statements to a doctor and a police officer, some of which had been videotaped and all of which the Crown would apply to have admitted without calling the complainant. The Crown called Dr. Francis Gillespie as its first witness on the *voir dire*. Dr. Gillespie is a psychiatrist who had been associated with the Waterford Hospital for 32 years. The complainant was not his patient and he had never before "had any form of conversation with her". He interviewed her on one occasion a

L'avocat du ministère public a informé le tribunal que la plaignante avait une déficience mentale et qu'elle n'était « pas capable de communiquer les faits » au sens de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Il lui a aussi fait savoir qu'elle avait déjà fait des déclarations extrajudiciaires à un médecin et à un agent de police, dont une partie avait été enregistrée sur bande vidéo, et que le ministère public demanderait de les faire admettre en totalité sans que la plaignante soit assignée à comparaître. Le ministère public a fait témoigner le Dr Francis Gillespie en premier au voir-dire. Le Dr Gillespie est un psychiatre qui était rattaché à l'hôpital Waterford depuis 32 ans. La plaignante n'était pas sa patiente et il n'avait

few days before trial “to assess her ability to give evidence in court”. He concluded that she was “incoherent” about the matters in issue:

Q. Did you attempt to question [the complainant] at all about the matter before the Court?

A. Yes I did. I asked her did a man take you from the hospital and do something to you and her response to that was totally incoherent.

Dr. John Morley, a general practitioner who had known the complainant for about six years, had direct care of her at the Waterford Hospital for about one year prior to these events, and indirect supervision of her medical care for three or four years before that, had a different view.

A. I think at that time she would have been — I don't know how to put this — as well able to give a version of events as she would have been at any other time.

Q. What about at this time, on today's date, would she be able to give an account of what has happened last July?

A. Possibly, but given her verbal limitations, it could be quite difficult to understand her, but I believe that she would be able to give some account, some account of what happened to her.

Dr. Wanda Parsons, the family physician who had examined the complainant after the alleged assault testified:

Q. Were her statements coherent?

A. Yes.

None of the doctors suggested that the complainant would suffer trauma or other adverse effects from appearing in court.

Subsequently, the police officers were called in the *voir dire* to give evidence of the complainant's out-of-court statements.

jamais eu [TRADUCTION] « quelque conversation que ce soit avec elle ». Il l'a interrogée une fois, quelques jours avant le procès [TRADUCTION] « pour évaluer son habilité à témoigner devant le tribunal ». Il a conclu qu'elle était « incohérente » quant aux sujets en question :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous essayé d'interroger [la plaignante] de quelque façon au sujet de la question dont est saisie la Cour?

R. Oui. Je lui ai demandé : est-ce qu'un homme vous a emmenée de l'hôpital et vous a fait quelque chose, et sa réponse était complètement incohérente.

Le Dr John Morley, omnipraticien qui connaissait la plaignante depuis environ six ans, l'a soignée à l'hôpital Waterford pendant environ un an avant les faits en cause et l'a suivie indirectement pendant trois ou quatre ans auparavant, avait une opinion différente.

[TRADUCTION]

R. Je crois qu'à l'époque, elle aurait été — je ne sais comment dire — tout aussi capable de donner une version des faits qu'elle l'aurait été à tout autre moment.

Q. En date d'aujourd'hui, serait-elle capable de raconter ce qui s'est produit en juillet dernier?

R. Peut-être, mais étant donné sa capacité limitée de s'exprimer verbalement, il serait très difficile de la comprendre, mais je crois qu'elle serait capable de raconter, dans une certaine mesure, ce qui lui est arrivé.

Le Dr Wanda Parsons, médecin de famille qui avait examiné la plaignante après les voies de fait alléguées, a fait la déclaration suivante :

[TRADUCTION]

Q. Ses affirmations étaient-elles cohérentes?

R. Oui.

Aucun des médecins n'a laissé entendre que la comparution de la plaignante devant le tribunal risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice.

Les agents de police ont par la suite été appelés à témoigner, lors du voir-dire, au sujet des déclarations extrajudiciaires de la plaignante.

37

38

39

40

41 The trial judge did not consider it necessary to have the complainant called. He preferred the opinion of Dr. Gillespie and admitted the out-of-court statements. The respondent was convicted of kidnapping, acquitted of sexual assault, but convicted of assault causing bodily harm. He was sentenced to three years and nine months (after taking into account nine months of pre-trial custody).

II. Relevant Statutory Provisions

42 *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5

16. (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

(a) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and

(b) whether the person is able to communicate the evidence.

(2) A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may, notwithstanding any provision of any Act requiring an oath or a solemn affirmation, testify on promising to tell the truth.

(4) A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

(5) A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation.

Le juge du procès n'a pas jugé nécessaire de faire comparaître la plaignante. Il a préféré s'en remettre à l'opinion du Dr Gillespie et a admis les déclarations extrajudiciaires. L'intimé a été reconnu coupable d'enlèvement; il a été acquitté du chef d'agression sexuelle, mais reconnu coupable de voies de fait causant des lésions corporelles. Il a été condamné à trois ans et neuf mois de prison (compte tenu de la période de neuf mois de détention avant le procès).

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5

16. (1) Avant de permettre le témoignage d'une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si :

a) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle;

b) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut, malgré qu'une disposition d'une loi exige le serment ou l'affirmation, témoigner en promettant de dire la vérité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

(5) La partie qui met en question la capacité mentale d'un éventuel témoin âgé d'au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle.

III. Judicial History

1. *Supreme Court of Newfoundland, Trial Division*

Barry J. accepted the opinion evidence that the complainant could not meet the requirements for giving evidence under oath or giving unsworn evidence. He found that her videotaped evidence was necessary because there was no other means of obtaining the information she possessed about the incident. He accepted the evidence of Dr. Gillespie that she was not fit to be sworn and that she would be incapable of giving intelligible evidence in court and that she would not now be able to recall the incident with any accuracy.

The respondent's action in taking the complainant from the hospital was tantamount to taking her against her will. This was an abduction and hostage taking and Barry J. was satisfied beyond a reasonable doubt that the charge had been proven.

Barry J. found that while the evidence did not sustain the charge of sexually assaulting the complainant and causing her bodily harm, it was clear that the respondent was guilty of the lesser and included offence of assault causing bodily harm.

2. *Newfoundland Court of Appeal* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89

(i) Green J.A.

Green J.A. noted that the normal procedures for determining whether a person meets the tests imposed by s. 16 of the *Canada Evidence Act* involve a direct examination by the trial judge to determine whether the person is able to communicate the evidence and understands the nature of an oath or solemn affirmation. Here the judge had relied upon the observations and opinions of others as to the complainant's abilities. Green J.A. pointed out that it was important not to make a stereotypical assumption that, because a person suffers from a mental disability and has difficulty in expressing himself or herself, he or she is disqualified from testifying. Green J.A. found that the

III. Décisions antérieures

1. *Cour suprême de Terre-Neuve, section de première instance*

Le juge Barry a accepté le témoignage d'opinion portant que la plaignante ne pouvait satisfaire aux exigences relatives au témoignage sous serment ou au témoignage sans serment. Il a conclu que sa déclaration enregistrée sur bande vidéo était nécessaire parce qu'il n'y avait pas d'autre moyen d'obtenir les renseignements qu'elle possédait au sujet de l'épisode. Il a accepté le témoignage du Dr Gillespie selon lequel elle n'était pas apte à être assermentée et elle serait incapable de donner un témoignage intelligible devant le tribunal ou de se rappeler maintenant exactement ce qui s'est passé.

En faisant sortir la plaignante de l'hôpital, l'intimé l'a enlevée contre son gré. Il s'agit d'un rapt et d'une prise d'otage, et le juge Barry était convaincu hors de tout doute raisonnable que la preuve de l'accusation avait été établie.

Le juge Barry a conclu que, même si la preuve n'appuyait pas le chef d'agression sexuelle et d'infliction de lésions corporelles, il était clair que l'intimé était coupable de l'infraction incluse moindre de voies de fait causant des lésions corporelles.

2. *Cour d'appel de Terre-Neuve* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89

(i) Le juge Green

Le juge Green a noté que les procédures normales visant à déterminer si une personne satisfait aux critères prescrits par l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* comportent l'interrogatoire direct par le juge du procès pour déterminer si la personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage et si elle comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. En l'espèce, le juge du procès s'est fondé sur les observations et les opinions d'autres personnes pour se faire une idée des capacités de la plaignante. Le juge Green a souligné l'importance de ne pas présumer, par stéréotype, qu'une personne ayant une déficience mentale ou de la difficulté à s'exprimer

43

44

45

46

trial judge had misapprehended Dr. Gillespie's evidence, had erred in failing to make his own analysis of the narrative capacities of the complainant, and had erred in choosing to defer without seeking to question the complainant herself, to the opinion of Dr. Gillespie.

47 Green J.A. recognized that as a general rule an appellate court ought to show deference to evidentiary rulings which involve the discretionary weighing of various factors before determining admissibility of evidence but concluded in the circumstances of this case, in light of what he considered to be the misapprehension of the evidence and errors in principle, that appellate deference to the judge's ruling was not warranted. He applied the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to the kidnapping charge but not to the assault charge. In the result, he allowed the appeal and quashed the conviction with respect to assault causing bodily harm and remitted that matter for a new trial. He dismissed the appeal with respect to the kidnapping charge.

(ii) O'Neill J.A.

48 O'Neill J.A. agreed with Green J.A. that the trial judge erred in the *voir dire* in not having the complainant called to testify. The trial judge had misapplied and mischaracterized the evidence upon which he relied to conclude that the complainant was incapable of giving evidence. In his view, the Crown had not satisfied the onus of demonstrating that the verdict would necessarily have been the same had the out-of-court statements been excluded. He would have allowed the appeal with respect to both charges, quashed the convictions and ordered a new trial.

(iii) Wells C.J.N. (dissenting)

49 Wells C.J.N. accepted the trial judge's conclusion that the complainant did not understand the

est nécessairement inhabile à témoigner. Le juge Green a conclu que le juge du procès avait mal interprété le témoignage du Dr Gillespie et avait commis une erreur en n'analysant pas lui-même les capacités narratives de la plaignante et en choisissant plutôt de s'en remettre à l'opinion du Dr Gillespie sans chercher à interroger la plaignante elle-même.

Le juge Green a reconnu qu'en règle générale, les tribunaux d'appel doivent faire preuve de retenue judiciaire à l'égard des décisions en matière de preuve qui impliquent l'appréciation discrétionnaire de divers facteurs avant de conclure à l'admissibilité de la preuve, mais il a statué qu'en l'espèce, compte tenu de ce qu'il considérait comme une mauvaise interprétation du témoignage et des erreurs de principe, il n'y avait pas lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la décision du juge. Il a appliqué la disposition réparatrice visée au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à l'égard de l'accusation d'enlèvement, mais non à l'égard de l'accusation de voies de fait. Il a donc accueilli l'appel, cassé la condamnation pour voies de fait causant des lésions corporelles et ordonné un nouveau procès sur cette question. Il a rejeté l'appel à l'égard de l'accusation d'enlèvement.

(ii) Le juge O'Neill

Le juge O'Neill a convenu avec le juge Green que le juge du procès avait commis une erreur dans le voir-dire en ne faisant pas témoigner la plaignante. Le juge du procès avait mal appliqué et mal qualifié la preuve sur laquelle il s'est fondé pour conclure que la plaignante était incapable de témoigner. À son avis, le ministère public ne s'était pas acquitté de la charge qui lui incomrait de démontrer que le verdict aurait nécessairement été le même s'il y avait eu exclusion des déclarations extrajudiciaires. Il aurait accueilli l'appel à l'égard des deux chefs, cassé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

(iii) Le juge en chef Wells (dissident)

Le juge en chef Wells a accepté la conclusion du juge du procès que la plaignante ne comprenait pas

nature of an oath or solemn affirmation and she was unable to communicate information in any coherent or understandable manner. An appellate court should not, without good reason, interfere with those findings absent palpable error. There was no such palpable error here. The out-of-court statements of the complainant made very shortly after the incident exhibited sufficient circumstantial guarantee of trustworthiness to make them reliable for purposes of admissibility under the *Khan* exception to the hearsay rule. Wells C.J.N. would have dismissed the appeal with respect to both the kidnapping charge and the assault charge.

The defence did not seek to cross-appeal the kidnapping conviction based on O'Neill J.A.'s dissent. The respondent had completed his term of imprisonment. The only issue before us, therefore, is the Crown's appeal against the setting aside of the assault verdict.

IV. Analysis

While in this country an accused does not have an absolute right to confront his or her accuser in the course of a criminal trial, the right to full answer and defence generally produces this result. In this case, unusually, the Crown precipitated an inquiry under s. 16 of the *Canada Evidence Act* not for the purpose of establishing the testimonial competence of "a proposed witness", namely the complainant, but to lay an evidentiary basis to keep her out of the witness box. Having satisfied the trial judge entirely through expert evidence that the complainant neither understood the nature of an oath nor could communicate her evidence, the Crown used the *voir dire* as a springboard to establish the admissibility of hearsay evidence of her out-of-court statements under the principles established in *Khan*.

This procedure raises two distinct though related issues, firstly the admissibility of the expert evi-

la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qu'elle n'était pas capable de communiquer les faits de quelque façon cohérente ou compréhensible. Un tribunal d'appel ne devrait pas, sans raison valable, modifier les conclusions de cette nature en l'absence d'erreur manifeste. Il n'y avait aucune erreur manifeste en l'espèce. Les déclarations extrajudiciaires de la plaignante faites très peu de temps après l'épisode offraient une garantie circonstancielle de fiabilité suffisante pour justifier leur admission en vertu de l'exception à la règle du *ouï-dire* énoncée dans *Khan*. Le juge en chef Wells aurait rejeté l'appel à l'égard des deux chefs d'enlèvement et de voies de fait.

La défense n'a pas cherché à former un pourvoi incident à l'égard de la déclaration de culpabilité pour enlèvement en se fondant sur les motifs de dissidence du juge O'Neill. L'intimé avait purgé sa peine d'emprisonnement. La seule question dont notre Cour est saisie a donc trait au pourvoi du ministère public à l'encontre de l'annulation du verdict de voies de fait.

IV. Analyse

Même si dans notre pays l'accusé n'a pas un droit absolu de se confronter avec son accusateur au cours d'un procès criminel, le droit à une réponse et à une défense complètes donne généralement ce résultat. En l'espèce, le ministère public s'est, de façon inhabituelle, empressé de demander la tenue de l'enquête prévue à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* non pas pour établir l'habilité d'un « éventuel témoin », en l'occurrence la plaignante, à témoigner, mais pour prouver que le fait de ne pas la faire témoigner est justifié. Après avoir convaincu le juge du procès, uniquement par des témoignages d'experts, que la plaignante ne comprenait pas la nature du serment et qu'elle n'était pas capable de communiquer les faits dans son témoignage, le ministère public a utilisé le *voir-dire* comme tremplin pour établir l'admissibilité de la preuve par *ouï-dire* des déclarations extrajudiciaires de la plaignante en vertu des principes énoncés dans *Khan*.

Cette façon de procéder soulève deux questions distinctes, mais connexes : premièrement, l'admis-

50

51

52

dence at the *voir dire*, and secondly the admissibility of the complainant's out-of-court statements at the trial. In my view, these issues ought to have been resolved in favour of the respondent, as held by the majority judgment of the Newfoundland Court of Appeal, for the following reasons:

1. The expert evidence was improperly admitted at the *voir dire*. Trial judges are eminently qualified to assess the testimonial competence of a witness. The trial judge, after all, was to be at the receiving end of the complainant's communication, and could have determined whether or not she was able to communicate her evidence to him. If she had been called and it became evident that the trial judge required expert assistance to draw appropriate inferences from what he had heard her say (or not say), or if either the defence or the Crown had wished to pursue the issue of requiring an oath or solemn affirmation, expert evidence might then have become admissible to assist the judge. At the time the expert testimony was called, it had not been shown that expert evidence as such was necessary, and the testimony of Drs. Gillespie, Morley and Parsons was therefore inadmissible: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9.

2. Consequently, the trial judge erred in ruling at the conclusion of the *voir dire* that the complainant's out-of-court statements would be admissible at trial. Having dispensed with hearing from the complainant, and the expert medical testimony having been improperly admitted, the trial judge had no admissible evidence on which to exercise a discretion to admit the complainant's out-of-court statements.

3. Even if the expert medical evidence were to be admitted, and accepting the trial judge's conclusion that the out-of-court statements were "reliable" under the first branch of the *Khan* requirements, the trial judge still erred in the circumstances of this case in finding the admission

sibilité des témoignages d'experts au voir-dire et, deuxièmement, l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires de la plaignante au procès. À mon avis, ces questions auraient dû être réglées en faveur de l'intimé, comme en a décidé la majorité de la Cour d'appel de Terre-Neuve, pour les raisons suivantes :

1. Les témoignages d'experts ont été admis à tort au voir-dire. Les juges du procès sont éminemment aptes à évaluer l'habileté d'une personne à témoigner. Après tout, le juge du procès se devait d'être celui qui reçoit la communication de la plaignante et il aurait pu déterminer si elle était capable de lui communiquer les faits dans son témoignage. Si elle avait été assignée à témoigner et qu'il était devenu évident que le juge du procès avait besoin de l'aide d'experts pour tirer les inférences appropriées de ce qu'il l'a entendue dire (ou ne pas dire), ou si la défense ou le ministère public avait souhaité soulever la question de l'opportunité d'exiger un serment ou une affirmation solennelle, la preuve d'expert aurait alors pu devenir admissible comme aide apportée au juge. Au moment où les experts ont été appelés à témoigner, il n'avait pas été établi que la preuve d'expert comme telle était nécessaire, de sorte que le témoignage des D^{rs} Gillespie, Morley et Parsons était inadmissible : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9.

2. Par conséquent, le juge du procès a commis une erreur en concluant à la fin du voir-dire que les déclarations extrajudiciaires de la plaignante étaient admissibles au procès. Comme il a permis de se passer du témoignage de la plaignante et que la preuve médicale d'expert a été admise à tort, le juge du procès ne disposait d'aucune preuve admissible pour exercer son pouvoir discrétionnaire d'admettre les déclarations extrajudiciaires de la plaignante.

3. Même si la preuve médicale d'expert devait être admise et que l'on acceptait la conclusion du juge du procès que les déclarations extrajudiciaires étaient fiables selon la première composante des exigences établies dans *Khan*, le juge du procès a quand même commis une erreur en

of out-of-court statements to be “necessary” without first hearing from the complainant.

1. *Inadmissibility of the Expert Evidence*

At the threshold stands the question of why expert evidence was admitted in the first place to establish the competency of a witness, a task which is specifically assigned by s. 16 of the *Canada Evidence Act* to the trial judge. In *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, the Court adopted as correct at p. 42 the statement that “[i]f on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary”.

The key and undisputed facts of this case are that the complainant was available to testify and there was no suggestion by anybody that she might be harmed thereby. She was not called simply because the Crown made the tactical decision to proceed without calling her. The medical experts were not called to assist the judge to interpret what he had seen or heard from the complainant in the witness box, but in substitution for any such opportunity of direct observation.

The special role of the expert witness is not to testify to the facts, but to provide an opinion based on the facts, to assist the trier of fact to draw the appropriate inferences from the facts as found “which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate” (*Abbey, supra*, at p. 42).

Section 16 of the *Canada Evidence Act* requires the judge to determine whether a proposed witness “understands the nature of an oath or solemn affirmation and . . . is able to communicate the evidence”. McLachlin J. (as she then was) pointed out in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 236, that the phrase ‘communicate the evidence’ in s. 16 of the *Canada Evidence Act* “indicates more than mere verbal ability”. McLachlin J. there set out on behalf of a majority of the Court, the ele-

l’espèce en concluant que l’admission des déclarations extrajudiciaires était « nécessaire » sans avoir d’abord entendu la plaignante.

1. *Inadmissibilité de la preuve d’expert*

Au départ se pose la question de savoir pourquoi la preuve d’expert a d’ailleurs été admise pour établir l’habilité d’un témoin à témoigner, tâche qui est expressément conférée au juge du procès par l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42, la Cour a entériné la proposition selon laquelle « [s]i, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l’opinion de l’expert n’est pas nécessaire ».

Les faits principaux et incontestés de la présente affaire sont que la plaignante était disponible pour témoigner et que personne n’a laissé entendre que sa comparution pourrait lui porter préjudice. Elle n’a pas été assignée à témoigner tout simplement parce que le ministère public a pris la décision tactique de se passer de son témoignage. Les experts médicaux n’ont pas été appelés à témoigner pour aider le juge à interpréter ce qu’il avait vu ou entendu de la plaignante à la barre des témoins, mais plutôt pour remplacer toute occasion d’observation directe.

Le rôle spécial du témoin expert n’est pas d’attester les faits, mais de donner une opinion fondée sur ceux-ci, d’aider le juge à tirer des faits les conclusions appropriées que le juge et le jury, « en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler » (*Abbey, précité*, p. 42).

Selon l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge doit déterminer si l’éventuel témoin « comprend la nature du serment ou de l’affirmation solennelle et [. . .] est capable de communiquer les faits dans son témoignage ». Le juge McLachlin (plus tard Juge en chef) souligne dans *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 236, que l’expression « communiquer les faits dans son témoignage » employée à l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* « indique plus qu’une simple

53

54

55

56

ments of the s. 16 test which she equated with an inquiry into testimonial competence, namely:

... (1) the capacity to observe (including interpretation); (2) the capacity to recollect; and (3) the capacity to communicate The judge must satisfy him- or herself that the witness possesses these capacities. Is the witness capable of observing what was happening? Is he or she capable of remembering what he or she observes? Can he or she communicate what he or she remembers? The goal is not to ensure that the evidence is credible, but only to assure that it meets the minimum threshold of being receivable Generally speaking, the best gauge of capacity is the witness's performance at the time of trial.

McLachlin J. added at p. 237:

[T]he test outlines the basic abilities that individuals need to possess if they are to testify. The threshold is not a high one. What is required is the basic ability to perceive, remember and communicate. This established, deficiencies of perception, recollection of the events at issue may be dealt with as matters going to the weight of the evidence. [Emphasis added.]

57

Whether a complainant “is able to communicate the evidence” in this broad sense is a matter on which a trial judge can (and invariably does) form his or her own opinion. It is not a matter “outside the experience and knowledge of a judge or jury” (*Mohan, supra*, at p. 23). It is the very meat and potatoes of a trial court's existence.

58

Mohan required a demonstration of practical necessity as a precondition to reception of expert evidence because of the concern “that experts not be permitted to usurp the functions of the trier of fact” (p. 24). In my view, it was the trial judge not Dr. Gillespie who was familiar with the exigencies of a criminal trial and who had the expertise to determine what testimonial assistance the complainant might be able to offer in that context. His decision ought to have been based on direct observations of the complainant, unless excused by evidence that she would be traumatized by an

capacité verbale ». Le juge McLachlin établit alors, au nom de la majorité de la Cour, les éléments du critère fondé sur l'art. 16, qu'elle assimile à une enquête sur l'habilité à témoigner :

... (1) la capacité d'observer (dont la capacité d'interpréter); (2) la capacité de se souvenir; et (3) la capacité de communiquer: [. . .] Le juge doit être convaincu que le témoin possède ces capacités. Le témoin est-il capable d'observer ce qui s'est produit? Est-il en mesure de se rappeler ce qu'il observe? Peut-il communiquer ce dont il se souvient? Le but n'est pas de garantir que le témoignage est crédible, mais de s'assurer simplement qu'il atteint la norme minimale de recevabilité [. . .]. D'une manière générale, la meilleure mesure de la capacité est le témoignage lui-même au procès.

Le juge McLachlin ajoute, à la p. 237 :

Le critère sert plutôt à décrire les capacités fondamentales que les individus doivent avoir pour témoigner. La norme est peu élevée. Ce qui est exigé est la capacité de base de percevoir, de se rappeler et de communiquer. Une fois cela établi, la question des failles dans la perception et dans le souvenir des événements en cause peut être considérée comme un élément concernant la valeur du témoignage. [Je souligne.]

La question de savoir si un plaignant « est capable de communiquer les faits dans son témoignage » dans ce sens large est un sujet sur lequel le juge du procès peut se faire sa propre opinion (ce qu'il fait toujours). Ce n'est pas là un sujet qui « dépass[e] l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury » (*Mohan, précité*, p. 23). C'est une tâche essentielle du tribunal de première instance.

L'arrêt *Mohan* exige que la nécessité pratique soit démontrée préalablement à la réception de la preuve d'expert, à cause de la crainte « que les experts ne puissent usurper les fonctions du juge des faits » (p. 24). À mon avis, c'est le juge du procès et non le Dr Gillespie qui connaissait les exigences d'un procès criminel et qui était compétent pour déterminer quelle aide la plaignante pouvait apporter en matière de preuve dans ce contexte. Le juge aurait dû fonder sa décision sur des observations directes de la plaignante, sauf si la preuve avait établi que sa comparution même à

appearance in court even for that limited purpose, or other exceptional circumstances.

It is true, as my colleague LeBel J. points out at para. 19, that *Khan's* double-barrelled inquiry into necessity and reliability is not restricted to testimonial competence. My colleague writes:

The trial judge had to assess the condition of the complainant as a whole. This involved matters which were outside his traditional expertise, and which required expert assistance. With this assistance, the judge was able to acknowledge the childlike mental condition of the complainant and her fragile emotional state in addition to her poor ability to sustain questioning. [Emphasis added.]

The point, I think, is that trial judges are able to assess such matters as “childlike mental condition” or “poor ability to sustain questioning” *without* expert assistance. On the other hand, if the Crown had wished to put forward an alleged “fragile emotional state” as a reason for the complainant not to testify, it was certainly at liberty to do so, and to call expert evidence in that regard. But it did not. There was no evidence led that the complainant would risk being traumatized or otherwise suffer adverse consequence by an appearance in court.

The expert evidence was directed entirely to the issue of testimonial competence. On that point, as stated, there was no valid basis laid for the reception of expert testimony.

I accept that circumstances might have arisen in this case where the admission of expert medical evidence on the subject of the complainant's testimonial competence would have been justified. Had the complainant been called, and had it become evident that some expert assistance was required to explain her behaviour, consideration might have been given at that stage to supplementing her testimony (or the lack of it) with expert medical opinions. However, on the facts of this case it was premature unless and until more direct avenues of getting at the truth had been tried and failed.

cette seule fin risquait de la traumatiser, ou qu'il existait d'autres circonstances exceptionnelles.

Il est vrai, comme le fait remarquer mon collègue le juge LeBel, au par. 19, que la double enquête sur la nécessité et la fiabilité dont il est question dans *Khan* ne se limite pas à l'habilité à témoigner. Mon collègue écrit :

Le juge du procès devait évaluer l'état de la plaignante dans son ensemble, ce qui mettait en cause des questions dépassant sa compétence traditionnelle pour lesquelles l'aide d'un expert était nécessaire. Grâce à cette assistance, le juge a pu constater l'état mental, comparable à celui d'un enfant, de la plaignante et son état émotionnel fragile, en plus de sa faible capacité à subir un interrogatoire. [Je souligne.]

L'essentiel, à mon avis, est que les juges du procès sont en mesure de se faire une opinion sur les questions telles que l'état « comparable à celui d'un enfant » ou la « faible capacité à subir un interrogatoire » *sans* l'aide d'experts. Par ailleurs, si le ministère public avait voulu invoquer l'« état émotionnel fragile » pour ne pas faire témoigner la plaignante, il avait certainement tout loisir de le faire, et pour appeler à témoigner des experts à cet égard. Mais il ne l'a pas fait. Rien dans la preuve n'indiquait que la comparution de la plaignante risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice.

La preuve d'expert portait entièrement sur l'habilité à témoigner. Sur ce point, comme je l'ai mentionné, la réception des témoignages d'experts n'était pas fondée.

Je conviens qu'en l'espèce des circonstances auraient pu justifier l'admission d'une preuve médicale d'expert au sujet de la capacité de la plaignante à témoigner. Si celle-ci avait été assignée à témoigner et qu'il s'était avéré nécessaire de faire appel à des experts pour expliquer son comportement, le juge du procès aurait pu songer à ce moment-là à faire compléter son témoignage (ou son silence) par des opinions médicales. Toutefois, d'après les faits de la présente affaire, l'admission était prématurée tant que des moyens plus directs de parvenir à la vérité n'auraient pas été utilisés vainement.

59

60

61

62

63 Once the expert evidence is excluded under the *Mohan* principle, there was no other evidence on the *voir dire* to support the admission of the out-of-court statements under the *Khan* principle. This point is sufficient to dispose of the appeal. However, as the argument in the appeal related principally to the hearsay exception in *Khan, supra*, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, it is appropriate to deal with that ground of appeal as well.

2. Inadmissibility of the Out-of-Court Statements

64 Under the *Khan* exception to the hearsay rule, the Crown was required to establish that the admission of the complainant's out-of-court statements was necessary and that the statements themselves were reliable. The admission of the hearsay only became necessary if the direct testimony of the complainant was unavailable. The issue, to repeat, is the availability of the *testimony*, not the availability of the *complainant* herself.

65 For the purposes of this branch of the analysis, I will assume that the expert medical evidence was properly admitted and the issue is whether it justified admission of the complainant's out-of-court statement even though the Crown declined to call the complainant to lay the basis for its reception.

66 The applicable principles were established in *Khan* and summarized by McLachlin J. (as she then was) in *R. v. Rokey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 20, concurring in the result, as follows:

This Court ruled in *Khan* that a child's out-of-court statement about events at issue in a trial such as this may be received notwithstanding that it is hearsay, provided that the reception of the statement is made necessary by the unavailability of the child's direct evidence on the stand and provided that the out-of-court statement is reasonably reliable Necessity, on the *Khan* test, may be established if the child is incompetent to testify, unable to testify, unavailable to testify, or if the trial judge is satisfied, "based on psychological assessments

Une fois la preuve d'expert exclue en vertu du principe énoncé dans *Mohan*, rien dans le voir-dire ne justifiait l'admission des déclarations extrajudiciaires en vertu du principe établi dans *Khan*. Ce point suffit pour trancher le pourvoi. Toutefois, comme l'argument présenté en l'espèce porte principalement sur l'exception à la règle du ouï-dire énoncée dans *Khan*, précité, et dans *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, il y a lieu d'examiner aussi ce motif d'appel.

2. Inadmissibilité des déclarations extrajudiciaires

Selon l'exception à la règle du ouï-dire énoncée dans *Khan*, le ministère public était tenu d'établir que l'admission des déclarations extrajudiciaires de la plaignante était nécessaire et que les déclarations elles-mêmes étaient fiables. L'admission du ouï-dire ne devient nécessaire que si le témoignage direct du plaignant n'est pas disponible. La question posée, faut-il le répéter, sur la disponibilité du *témoignage*, et non sur celle de la *plaignante* elle-même.

Pour ce volet de l'analyse, je vais supposer que la preuve médicale d'expert a été admise à bon droit. La question qui se pose est donc de savoir si elle justifie l'admission des déclarations extrajudiciaires de la plaignante, même si le ministère public a refusé de faire témoigner la plaignante pour justifier leur admission.

Les principes applicables ont été établis dans *Khan*, puis résumés en ces termes dans les motifs de dissidence du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Rokey*, [1996] 3 R.C.S. 829, par. 20, souscrivant au résultat :

Dans *Khan*, notre Cour a statué qu'une déclaration extrajudiciaire faite par un enfant relativement aux incidents en litige dans le cadre d'un procès comme celui qui nous intéresse peut être reçue, même s'il s'agit de ouï-dire, pourvu, d'une part, que la réception de cette déclaration soit nécessaire parce que le témoignage de vive voix de l'enfant n'est pas disponible, et, d'autre part, que cette déclaration extrajudiciaire soit raisonnablement fiable [. . .]. Suivant le critère formulé dans l'arrêt *Khan*, la nécessité peut être établie si l'enfant est inhabile à témoigner, s'il est incapable de le faire ou s'il n'est pas disponible pour le faire, ou encore si le juge du

that testimony in court might be traumatic for the child or harm the child . . .”: *R. v. Khan, supra*, at p. 546.

Both branches of the test can be dealt with briefly.

(i) Reliability

Threshold reliability is required for the admission of hearsay evidence, because the usual methods of testing truthfulness of the witness, cross-examination and observation of the witness are not available. The standard is not one of absolute reliability, as was explained in *Smith, supra*, and summarized by Major J. in *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291, at para. 34:

It is not necessary that the statements be absolutely reliable, but a circumstantial guarantee of trustworthiness must be established in order for the statements to be admitted. The statements will be inadmissible where the hearsay evidence is equally consistent with other hypotheses.

In that case, the out-of-court statements of a child witness were held to be insufficiently reliable to be admissible.

In the present case the complainant’s out-of-court statements, while of limited assistance, would likely have met the reliability test because of the several circumstantial guarantees of trustworthiness, including the lack of any real possibility of mistaken identity, the lack of any discernible motive to lie, and possibly a lack of sufficient mental capacity to try to do so. There would still have been an issue about her ability to perceive accurately, and to recall and recount faithfully. The expert evidence was of some assistance in this regard. It must be kept in mind that the trial judge’s gatekeeper function on the *voir dire* is only to apply a *threshold* test for admissibility. Whether the evidence is ultimately accepted as reliable is up

procès est convaincu, sur le fondement d’«évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l’enfant ou lui porter préjudice [. . .]»: *R. c. Khan*, précité, à la p. 546.

Les deux volets de ce critère peuvent être examinés brièvement.

(i) La fiabilité

Un seuil de fiabilité est exigé pour l’admission d’une preuve par oui-dire, car les méthodes habituelles permettant d’éprouver la véracité du témoin, soit le contre-interrogatoire et l’observation du témoin, ne sont pas disponibles. Il ne s’agit pas d’une norme de fiabilité absolue, ainsi qu’il a été expliqué dans l’arrêt *Smith*, précité, et résumé par le juge Major dans l’arrêt *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, par. 34 :

. . . il n’est pas nécessaire qu’elles soient absolument dignes de foi, mais il doit y avoir une garantie circonstancielle de fiabilité. Elles seront inadmissibles si la preuve par oui-dire est également compatible avec d’autres hypothèses.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que les déclarations extrajudiciaires d’un enfant témoin n’étaient pas suffisamment fiables pour être admissibles.

En l’espèce, les déclarations extrajudiciaires de la plaignante, même si elles ne peuvent apporter qu’une aide limitée, auraient probablement satisfait au critère de la fiabilité du fait de l’existence de plusieurs garanties circonstanciennes de fiabilité, y compris l’absence de possibilité réelle d’erreur sur l’identité, l’absence de tout motif perceptible de mentir et peut-être l’absence de capacité mentale suffisante pour tenter de le faire. Il reste toujours la question de la capacité de la plaignante de percevoir exactement, de se rappeler et de relater fidèlement. La preuve d’expert était utile dans une certaine mesure à cet égard. Il ne faut pas oublier que la fonction de contrôleur du juge du procès lors du *voir-dire* consiste uniquement à appliquer le critère *préliminaire* pour l’admissibilité. C’est au juge des faits qu’il appartient de déterminer si la preuve

67

68

69

70

to the trier of fact. I accept the trial judge's conclusion with respect to reliability.

(ii) Necessity

71 In *Rockey, supra*, Sopinka J. (for the majority) held that because the evidence regarding the child witness's competence to testify was equivocal, the out-of-court statements were not admissible on this basis. However, he further found that there was uncontroverted evidence that the child would be traumatized by giving evidence and decided that the out-of-court statements were necessary for that reason.

72 The complainant in this case could have been examined before the trial judge in a format that would have attempted to put her at ease. The trial judge could have ensured that nothing, including questions put to her by opposing counsel, would be used to demean or embarrass her. It is possible that, as anticipated by Dr. Gillespie, the complainant might have been incoherent or otherwise unable to communicate whatever she recalled of the events in question. On the other hand, it is also possible that she might, as suggested by Dr. Morley, have been able to give "some account of what happened to her". In the absence of any suggestion of potential trauma or other exceptional circumstances, I think the respondent was entitled to have this issue determined on the basis of the evidence of the complainant rather than on the conflicting opinions, however learned, of her various doctors.

73 I accept that it was kinder to the complainant to excuse her from appearing at the trial. It is possible, as my colleague LeBel J. suggests at para. 12, that her appearance "would have served no real purpose". But we do not know this. What we do know is that there were very serious accusations made against the respondent. He was confronted with evidence of her out-of-court statements taken in his absence and on which, of course, he could not cross-examine. As a result of the trial, he was sentenced to three years and nine months in jail in addition to the time already served. Compassion

doit finalement être acceptée comme fiable. J'accepte la conclusion du juge du procès au sujet de la fiabilité.

(ii) La nécessité

Dans *Rockey*, précité, le juge Sopinka (au nom de la majorité) a conclu qu'en raison du caractère équivoque de la preuve relative à l'habilité de l'enfant à témoigner, les déclarations extrajudiciaires n'étaient pas admissibles. Toutefois, après avoir constaté qu'il existait une preuve non contredite établissant que l'enfant serait traumatisé s'il était appelé à témoigner, il a statué que les déclarations extrajudiciaires étaient nécessaires pour ce motif.

En l'espèce, l'interrogatoire de la plaignante devant le juge du procès aurait pu être effectué de façon à la mettre à l'aise. Le juge aurait pu s'assurer que rien, y compris les questions posées par l'avocat de la défense, ne pourrait être utilisé pour l'humilier ou la gêner. Il est possible que, comme l'avait prévu le Dr Gillespie, la plaignante aurait été incohérente ou autrement incapable de communiquer ce dont elle se souvenait des faits en question. Par contre, il est aussi possible que, comme l'a laissé entendre le Dr Morley, elle aurait « racont[é], dans une certaine mesure, ce qui lui est arrivé ». En l'absence de toute proposition qu'il y avait possibilité de traumatisme ou de circonstances exceptionnelles, je pense que l'intimé avait droit à ce que cette question soit réglée sur le fondement du témoignage de la plaignante et non d'avis contradictoires, si éclairés soient-ils, de ses divers médecins.

Je conviens qu'il était plus charitable envers la plaignante de la dispenser de comparaître au procès. Il est possible que sa comparution, comme l'affirme mon collègue le juge LeBel, au par. 12, « n'aurait servi à rien ». Mais nous ne le savons pas. Ce que nous savons, c'est que des accusations graves ont été portées contre l'intimé. Il a été mis en présence des déclarations extrajudiciaires de la plaignante qui avaient été recueillies en son absence et au sujet desquelles il ne pouvait naturellement pas contre-interroger. À la suite du procès, il a été condamné à trois ans et neuf mois de pri-

for the complainant must be balanced against fairness to the respondent.

While the concept of necessity “must be given a flexible definition capable of encompassing diverse situations” (*R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 796), it must nevertheless be established on the facts of each particular case. Wells C.J.N., in dissent, observed that the phrase “to communicate the evidence” in s. 16(1)(b) requires exploration of whether the witness is capable of perceiving events, remembering events and communicating events to the court. This is so, but absent special circumstances, the exploration should include hearing from the witness herself.

The *Khan* principles of necessity and reliability were recently applied by a divided Court in *R. v. F. (W.J.)*, [1999] 3 S.C.R. 569, where the hearsay evidence of a child complainant was admitted but not until after the child herself had entered the witness box and demonstrated an inability to answer questions about the events surrounding the sexual assault. Even at that, Lamer C.J. dissented on the basis that the trial court had not adequately pursued the reasons *why* the child appeared unable to provide her recollection of events.

In this case, we are asked to take *F. (W.J.)* one step further. There was no attempt to seek the evidence directly from the witness/complainant even though there was no suggestion that she would suffer adverse effects from appearing in the witness box. No other explanation was given for her non-appearance. The Crown simply decided to relieve the trial judge of the burden of making his own decision, and left him to pick among the competing versions of her testimonial competence offered up by the medical experts.

In my view, if the witness is physically available and there is no suggestion that he or she would suffer trauma by attempting to give evidence, that evi-

son, en plus du temps qu’il a déjà purgé. La compassion à l’égard de la plaignante doit être soumise en fonction de l’équité envers l’intimé.

Même s’il faut donner à la notion de la nécessité « une définition souple, susceptible d’englober différentes situations » (*R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 796), celle-ci doit tout de même être établie à partir des faits de chaque espèce. Dans ses motifs de dissidence, le juge en chef Wells a fait remarquer que les termes « communiquer les faits dans son témoignage » employés à l’al. 16(1)(b) oblige le juge à vérifier si le témoin est capable de percevoir les faits, de s’en souvenir et de les communiquer au tribunal. C’est vrai, mais en l’absence de circonstances spéciales, l’examen devrait comprendre l’audition du témoin lui-même.

Les principes de la nécessité et de la fiabilité énoncés dans *Khan* viennent récemment d’être appliqués par notre Cour à la majorité dans *R. c. F. (W.J.)*, [1999] 3 R.C.S. 569, où la preuve par ouï-dire de l’enfant qui était la plaignante a été admise, mais uniquement après que celle-ci a comparu à la barre des témoins et a démontré son incapacité à répondre à des questions sur l’épisode de l’agression sexuelle. Le juge en chef Lamer a tout de même exprimé sa dissidence au motif que le tribunal n’avait pas cherché adéquatement à connaître les raisons *pour lesquelles* l’enfant semblait incapable de transmettre le souvenir qu’elle avait des faits.

En l’espèce, nous sommes invités à pousser encore plus loin l’arrêt *F. (W.J.)*. Il n’y a eu aucune tentative d’obtenir la preuve directement de la plaignante témoin, même si personne n’a mentionné que sa comparution risquait de lui porter préjudice. Aucune autre explication n’a été donnée à l’égard de sa non-comparution. Le ministère public a tout simplement décidé de libérer le juge du procès du fardeau de décider par lui-même et lui a laissé le choix entre des versions opposées que proposent les experts médicaux au sujet de la capacité de la plaignante à témoigner.

À mon avis, si le témoin est physiquement disponible et que rien n’indique qu’il sera traumatisé par le fait de témoigner, sa déposition ne devra

74

75

76

77

dence should *generally* not be pre-empted by hearsay unless the trial judge has first had an opportunity to hear the potential witness and form his or her own opinion as to testimonial competence. I say generally because there may arise exceptional circumstances where a witness is available and not called and the out-of-court statements may be nevertheless admitted. The Court was careful not to close the door to this possibility in *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at paras. 71-72; *B. (K.G.)*, *supra*, at pp. 798-99; and *Rockey*, *supra*, per McLachlin J., concurring in the result, at para. 23. Green J.A. recognized that possibility in the majority judgment in this case (p. 111). The point is that there are no circumstances put in evidence here that would justify such an exceptional procedure.

3. *Additional Arguments Put Forward by the Crown*

78

The Crown in written and oral argument makes several points in justification of the procedure that was followed. It says, first of all, that while there was no evidence that the complainant would suffer trauma, nevertheless the Court can *infer* the likelihood of something approaching trauma from the video and the nature of the events she was to be asked about. Her otherwise reclusive existence in the Waterford Hospital suggests an inability to cope with the outside world. The Crown submits that “it would have been simply a bit of a circus and a bit of a farce to have gone through the procedure of calling her as a witness simply to be complete in relation to form”, and “[i]t would have been, in effect, almost marking her as an exhibit simply for the purpose of bringing her into the Court and showing her to all sides”.

79

Few complainants can welcome a courtroom appearance in a sexual assault charge, but there is no reason to think this complainant was more vulnerable than others on this account. If there was an issue about trauma, it ought not to have been left to inference. Psychiatric evidence was called specifically to address the necessity of having the com-

généralement pas être court-circuitée par du ouï-dire avant que le juge du procès n’ait d’abord eu l’occasion de l’entendre et de se faire une idée sur sa capacité à témoigner. Je dis généralement parce que, dans des circonstances exceptionnelles, il se peut qu’un témoin disponible ne soit pas assigné et que les déclarations extrajudiciaires soient quand même admises en preuve. La Cour a pris soin de ne pas fermer la porte à cette possibilité dans *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 71-72; *B. (K.G.)*, précité, p. 798-799; et *Rockey*, précité, motifs de dissidence du juge McLachlin, souscrivant au résultat (par. 23). Le juge Green a reconnu cette possibilité dans le jugement majoritaire rendu dans la présente affaire (p. 111). En l’espèce, les parties n’ont invoqué aucune circonstance susceptible de justifier une telle procédure exceptionnelle.

3. *Autres arguments avancés par le ministère public*

Dans ses arguments écrits et oraux, le ministère public soulève plusieurs points pour justifier la procédure adoptée. Il affirme en premier lieu que, même s’il n’y a pas eu présentation d’éléments de preuve établissant que la plaignante serait traumatisée, le tribunal pouvait, d’après la bande vidéo et la nature des faits qu’elle serait appelée à décrire, *inférer* qu’elle risque de subir un préjudice semblable à un traumatisme. Son existence par ailleurs recluse à l’hôpital Waterford semble indiquer une incapacité à faire face au monde extérieur. Selon le ministère public, [TRADUCTION] « la forcer à subir la procédure de l’assignation à témoigner uniquement pour satisfaire à des exigences de forme n’aurait été que pur cirque et pure comédie », et [TRADUCTION] « [c]ela aurait en réalité eu pour effet de la marquer comme une pièce à conviction, uniquement pour la faire comparaître devant le tribunal et pour la montrer à toutes les parties ».

Rares sont les plaignants qui aiment comparaître devant un tribunal dans des affaires d’agression sexuelle, mais rien ne permet pas de penser que cette plaignante était plus vulnérable que les autres à cet égard. S’il y avait risque de traumatisme, cela aurait dû être établi autrement que par inférence. La preuve psychiatrique a été demandée expressé-

plainant testify in person, and none of the doctors raised the issue of potential trauma. The onus was on the Crown to meet the *Khan* criteria for the hearsay exception. It was clear that trauma to a potentially vulnerable witness is an important consideration. No such evidence was called.

Further, as Green J.A. pointed out, the Court should not be quick to leap to the assumption that a person with mental disabilities is not competent to give useful testimony. Trauma should not be presumed, not only because such a presumption would deprive the accused of the ability to observe and cross-examine the witness, but also because stereotypical assumptions about persons with disabilities should be avoided. For the same reason, I disagree with my colleague LeBel J. that we should assume that the complainant's appearance in the witness box would be demeaning or an "infringement . . . of her dignity and integrity" (para. 22). Persons with disabilities should not be underestimated.

Secondly, the Crown argues that while it is undoubtedly good practice in most cases to call the witness to demonstrate incapacity, there is no hard and inflexible rule to that effect. In this case, an experienced trial judge heard conflicting evidence about the complainant's ability to testify. While the expert psychiatrist Dr. Gillespie pronounced the complainant incoherent, Dr. Morley, the family doctor who had attended on the complainant directly and indirectly at the Waterford Hospital for the previous 4 or 5 years, had a different view, as did Dr. Parsons, who examined the complainant immediately after the events in question. The Crown says the trial judge was entitled to prefer the evidence of the psychiatrist over the evidence of the general practitioners.

ment pour traiter la question de la nécessité de faire témoigner la plaignante en personne, et aucun des médecins n'a soulevé la question du risque de traumatisme. C'est au ministère public qu'incombait la charge de satisfaire aux critères énoncés dans *Khan* à l'égard de l'exception à la règle du oui-dire. Il était clair qu'un traumatisme que risque de subir un témoin potentiellement vulnérable est un important élément à prendre en considération. Aucun élément de preuve n'a été produit sur ce point.

Le juge Green a en outre souligné que le tribunal ne devrait pas sauter trop vite à la conclusion qu'une personne ayant des déficiences mentales est inhabile à donner un témoignage utile. Il ne faut pas présumer l'existence de traumatismes, non seulement parce qu'une telle présomption priverait l'accusé de la possibilité d'observer le témoin et de le contre-interroger mais aussi parce qu'il faut éviter toute supposition stéréotypée au sujet des personnes ayant quelque infirmité. Pour la même raison, je ne partage pas l'avis de mon collègue le juge LeBel, que nous devrions supposer que la comparaison de la plaignante serait humiliante et constituerait une « atteinte [. . .] [à] sa dignité » (par. 22). Il ne faut pas sous-estimer les personnes ayant des déficiences.

En deuxième lieu, le ministère public fait valoir que, même s'il est sans aucun doute préférable dans la plupart des cas de faire comparaître le témoin afin de prouver son inhabilité à témoigner, il n'y a pas de règle rigoureuse et inflexible en cette matière. En l'espèce, un juge expérimenté a entendu des éléments de preuve contradictoires au sujet de l'habilité de la plaignante à témoigner. Le Dr Gillespie, psychiatre expert, a qualifié la plaignante d'incohérente, alors que le Dr Morley, médecin de famille qui l'avait traitée directement ou indirectement à l'hôpital Waterford pendant les quatre ou cinq années précédentes, avait une opinion différente, tout comme le Dr Parsons, qui l'a examinée immédiatement après les faits en cause. Le ministère public prétend que le juge du procès avait le droit de préférer la preuve du psychiatre à celle des omnipraticiens.

80

81

82

I agree, as stated, that there is no hard and inflexible rule that a complainant must be put in the witness box regardless of the circumstances. I also agree that an appellate court will not lightly interfere with an evidentiary ruling by a trial judge who has heard conflicting evidence at the *voir dire* and formed a conclusion as to whether evidence should be admitted. In this case, however, the trial judge misdirected himself on the threshold *Mohan* issue of whether the expert evidence was admissible at all on the then state of the record, and he further misdirected himself on the *Khan* issue of necessity by admitting the out-of-court video statements when the complainant was available and no sufficient reason was given for her non-appearance. Where, as here, the discretion was exercised on wrong principles, the decision will be set aside.

83

The Crown maintains, thirdly, that even if the Court of Appeal was entitled to re-weigh and reassess the evidence, it made errors in doing so. The Crown complains, in particular, that the Court of Appeal relied to some extent on the evidence of Nurse Miller, an attendant at the Waterford Hospital, on the issue of the complainant's capacity to testify, even though Nurse Miller's evidence was not called on the *voir dire*. The trial transcript shows that Nurse Miller's evidence was heard just before the *voir dire*. In fact, it was her testimony that prompted defence counsel to pursue the issue of necessity in the *voir dire*.

Mr. Reid: However, after having a — heard the evidence of [the] last witness [Nurse Miller] and her indications that she has discussed the matter with the complainant and apparently, at least from what I understood from what she said, she — although maybe she did get a sketchy outline of some kind, apparently she did have some kind of an understandable conversation with this particular complainant. So I think the Crown should be required to establish both necessity and reliability in their *Khan* applications.

Je conviens que, comme il a été mentionné, il n'existe pas de règle rigoureuse et inflexible exigeant la comparution du plaignant, quelles que soient les circonstances. Je conviens aussi qu'un tribunal d'appel ne décide pas à la légère de modifier une décision en matière de preuve prise par le juge du procès qui a entendu des éléments de preuve contradictoires lors du voir-dire et qui a tiré une conclusion quant à l'admissibilité d'une preuve. En l'espèce, toutefois, le juge du procès a abordé de façon erronée la question du critère préliminaire énoncée dans l'arrêt *Mohan* pour déterminer si la preuve d'expert était admissible selon le dossier dont il disposait à ce moment-là. De plus, il a mal interprété la question de la nécessité selon *Khan* en admettant les déclarations extrajudiciaires enregistrées sur bande vidéo alors que la plaignante était disponible et en l'absence de raison suffisante pour justifier sa non-comparution. Dans les cas, comme en l'espèce, où le pouvoir discrétionnaire a été exercé en vertu de principes erronés, la décision doit être annulée.

Le ministère public prétend en troisième lieu que, même si la Cour d'appel avait le pouvoir d'apprécier et d'évaluer de nouveau la preuve, elle l'a fait de façon erronée. Il reproche en particulier à la Cour d'appel de s'être fondée dans une certaine mesure sur la déposition de l'infirmière Miller, préposée de l'hôpital Waterford, sur la question de l'habileté de la plaignante à témoigner, même si cette infirmière n'a pas été appelée à témoigner lors du voir-dire. La transcription du procès montre que la déposition de l'infirmière Miller a été entendue juste avant le voir-dire. En fait, c'est son témoignage qui a incité l'avocat de la défense à soulever la question de la nécessité dans le voir-dire.

[TRADUCTION] M. Reid: Toutefois, après avoir — entendu la déposition du dernier témoin [l'infirmière Miller] et ses indications qu'elle a discuté de la question avec la plaignante et qu'apparemment, du moins d'après ce que j'ai compris de ce qu'elle a dit, que — même si elle a peut-être obtenu une sorte de description plutôt vague, qu'elle a apparemment eu une sorte de conversation intelligible avec cette plaignante en particulier. Je pense donc que le ministère public devrait être tenu d'établir à la fois la nécessité et la fiabilité dans ses demandes fondées sur l'arrêt *Khan*.

It is unnecessary, I think, for the respondent to rely on Nurse Miller's testimony or for an appellate court to parse the conflicting interpretations of the other evidence. The principal concern with the *voir dire* has nothing to do with the trial judge's assessment of the evidence that was given or his preference for one expert over another. The concern is with the evidence that was available but was *not* given. It comes down to the Crown's failure to pave the way for admission of the out-of-court statements either by calling the complainant to show that the testimonial competence she exhibited at the time of making the out-of-court statements had been lost, or by providing some other legally sound basis for excusing her non-appearance.

Fourthly, the Crown says that the Newfoundland Court of Appeal in effect confused the purpose of an inquiry under s. 16 of the *Canada Evidence Act* (competency to testify) with the issue of necessity in the context of a *Khan* application (ability to testify about the particular events in issue at the trial). It is quite true that the Court's test in *Marquard*, *supra*, and *Rockey*, *supra*, is that the relevant issue under s. 16 of the *Canada Evidence Act* is the general capacity and recollection of the witness, not the specific recollection of the events in question, which will be for the trier of fact to determine. Nevertheless, the point is that neither issue was adequately addressed in the *voir dire* because of the Crown's failure to call the available complainant. The Crown argues that it was quite open to the respondent to call the complainant, but of course it was the Crown, not the respondent, that bore the onus of establishing the conditions precedent to the admission of her out-of-court statements.

In the same vein, the Crown takes the position that the majority of the Newfoundland Court of Appeal confused "verbal ability" (*Rockey*, *supra*, at para. 25) with "the ability to communicate a description of the event". The fact is, however, that neither ability was explored with the complainant.

Il est inutile, selon moi, pour l'intimé de se fonder sur le témoignage de l'infirmière Miller ou pour une cour d'appel d'analyser les interprétations contradictoires des autres éléments de preuve. Le problème principal que pose le voir-dire ne concerne nullement l'évaluation que fait le juge du procès de la preuve ou sa préférence pour un expert. Il concerne plutôt la preuve qui était disponible mais qui *n'a pas* été fournie. Cela revient à dire que le ministère public n'a pas frayé la voie à l'admission des déclarations extrajudiciaires, soit en faisant témoigner la plaignante pour démontrer qu'elle n'a plus la capacité à témoigner dont elle avait fait preuve au moment de ses déclarations extrajudiciaires, soit en fournissant des raisons valables en droit pour justifier sa non-comparution.

En quatrième lieu, le ministère public prétend que la Cour d'appel de Terre-Neuve a confondu en fait l'objet de l'enquête prévue à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* (capacité à témoigner) et la question de la nécessité dans le contexte d'une demande fondée sur *Khan* (habilité à témoigner au sujet de faits particuliers en cause au procès). Il est vrai que, d'après le critère élaboré par la Cour dans *Marquard* et *Rockey*, précités, ce qui doit être pris en considération selon l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, c'est la capacité générale du témoin et sa capacité de se rappeler, et non le souvenir particulier qu'il a des faits en question, dont l'appréciation relèvera du juge des faits. Néanmoins, le fait est que ni l'un ni l'autre de ces éléments n'a été abordé adéquatement lors du voir-dire, faute du ministère public d'appeler la plaignante qui était disponible. Le ministère public prétend qu'il était loisible à l'intimé de faire témoigner la plaignante, mais c'est bien sûr au ministère public et non à l'intimé qu'incombait la charge d'établir les conditions préalables à l'admission des déclarations extrajudiciaires de la plaignante.

Dans la même veine, le ministère public prétend que les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve ont confondu la « capacité de parler » (*Rockey*, précité, par. 25) avec « la capacité de communiquer une description des faits ». Cependant, ni l'une ni l'autre de ces capacités n'ont été examinées auprès de la plaignante.

86

Fifthly, the Crown suggested in passing in oral argument that the trial judge was entitled to rely on the video made of the complainant's evidence shortly after the events in question as evidence of her testimonial incapacity. It is contradictory to tender the video to establish simultaneously the truth of the complainant's out-of-court declarations and her lack of testimonial competence to make such declarations in the first place. The video itself can afford no evidence of any subsequent deterioration in her recollection of the events or her ability to communicate them.

4. *Application of the Curative Provision*

87

The application of the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* was a matter of considerable argument before the Newfoundland Court of Appeal. The Crown took the position in this Court that the complainant's evidence was not necessary to establish that she had suffered bruising and other injuries during the period of her abduction by the respondent. When she left Waterford Hospital there were no bruises. When she was found seven hours later in the respondent's car she was severely bruised. The respondent offered the explanation that she had fallen while going to the bathroom in the bushes, but the expert evidence was that the injuries were not consistent with this explanation. Nevertheless the Crown appeal comes to us as of right based on the dissent of Wells C.J.N., and the Crown is limited to the grounds of the dissent. Wells C.J.N. was of the view that while there was evidence from which the trial court *could* have convicted for assault, he could not say that there was no reasonable possibility of a contrary conclusion, and he therefore agreed with his colleagues that s. 686(1)(b)(iii) did not apply to save the conviction. He says at p. 148:

However, the majority having agreed that the out of court statements ought not to have been admitted, I

En cinquième lieu, le ministère public a prétendu incidemment dans sa plaidoirie que le juge du procès avait le droit de se fonder sur l'enregistrement sur bande vidéo de la déclaration faite par la plaignante peu de temps après l'épisode en cause à titre de preuve de son inhabilité à témoigner. Il est contradictoire de soumettre l'enregistrement sur bande vidéo pour établir à la fois la véracité des déclarations extrajudiciaires de la plaignante et son inhabilité à témoigner pour faire ces déclarations au départ. L'enregistrement sur bande vidéo lui-même n'apporte aucun élément de preuve de quelque détérioration subséquente de son souvenir des faits ou de sa capacité de les communiquer.

4. *Application de la disposition réparatrice*

L'application de la disposition réparatrice visée au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* a donné lieu à un débat considérable devant la Cour d'appel de Terre-Neuve. Le ministère public a fait valoir devant notre Cour que le témoignage de la plaignante n'était pas nécessaire pour établir qu'elle avait subi des contusions et d'autres blessures pendant la période de son enlèvement par l'intimé. Lorsqu'elle a quitté l'hôpital Waterford, elle n'avait pas de contusion. Quand on l'a retrouvée, sept heures plus tard, dans la voiture de l'intimé, elle était gravement meurtrie. L'intimé a prétendu en guise d'explication qu'elle était tombée en allant satisfaire ses besoins naturels dans les buissons, mais selon la preuve d'expert, les blessures ne correspondaient pas à cette explication. Il s'agit toutefois d'un pourvoi de droit fondé sur les motifs de dissidence du juge en chef Wells, et le ministère public doit se limiter aux points de dissidence. Le juge en chef Wells estimait que, même s'il y avait des éléments de preuve à partir desquels le juge du procès *pouvait* déclarer l'accusé coupable de voies de fait, il ne pouvait dire qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable de parvenir à une conclusion contraire; il a donc convenu avec ses collègues que le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'appliquait pas pour justifier la déclaration de culpabilité. Il dit ce qui suit, à la p. 148 :

[TRADUCTION] Toutefois, comme la majorité a convenu qu'il n'y avait pas lieu d'admettre les déclarations extra-

would agree that [the] application of s. 686(1)(b)(iii) should result in the appeal with respect to the assault charge being allowed but the appeal with respect to kidnapping charge being dismissed.

There being no dissent on this ground, we are without jurisdiction to entertain that aspect of the Crown's appeal.

V. Disposition

For these reasons the judgment of the Newfoundland Court of Appeal should be affirmed and the Crown's appeal dismissed.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.

Solicitor for the respondent: Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.

judiciaires, je conviendrais que l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) devrait permettre d'accueillir l'appel à l'égard du chef des voies de fait, mais non l'appel à l'égard du chef d'enlèvement, qui est rejeté.

Comme il n'y a pas de motifs de dissidence sur ce point, notre Cour n'a pas compétence pour se pencher sur cet aspect du pourvoi du ministère public.

V. Dispositif

Pour ces motifs, le jugement de la Cour d'appel de Terre-Neuve devrait être confirmé et le pourvoi du ministère public rejeté.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et LEBEL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Le ministère de la Justice, St. John's.

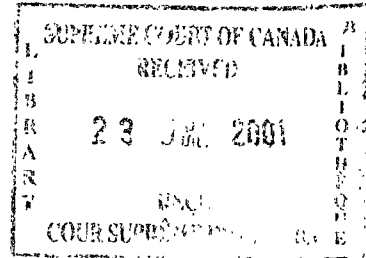
Procureur de l'intimé : La Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's.

88

89

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 2, 2001 Vol. 1

2^e cahier, 2001 Vol. 1

Cited as [2001] 1 S.C.R. 221-405

Renvoi [2001] 1 R.C.S. 221-405

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Backman v. Canada 367

Income tax — Calculation of income — Partnership — Losses — Original U.S. partners assigning partnership interest to Canadian assignees and assignees immediately selling asset of partnership back to original partners at loss — Assignees subsequently purchasing one percent interest in oil and gas property which ceased production shortly after acquisition — Whether valid partnership established for income tax purposes — Whether assignees entitled to deduct partnership loss — Whether purchase of interest in oil and gas property established ancillary intention to carry on business with view to profit — Whether taking of assignment constituted assignees as partners notwithstanding criteria for valid partnership.

Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).. 221

Administrative law — Natural justice — Institutional consultations — Union filing grievance with labour relations board against contractor for violation of provincial collective agreement — First draft of panel's decision dismissing grievance — Full board meeting discussing draft decision — Panel's final decision upholding grievance — Whether rules of natural justice breached — Whether principles governing institutional consultations violated — Whether contractor's failure to ask for reconsideration of decision constitutes bar to judicial review — Nature of evidentiary burden on party applying for judicial review because of alleged breach of natural justice.

Administrative law — Judicial review — *Audi alteram partem* — Union filing grievance with labour relations board against contractor for violation of provincial collective agreement — First draft of panel's decision dismissing grievance — Full board meeting discussing draft decision — Panel's final decision upholding grievance — Contractor alleging breach of *audi alteram partem* rule — Whether apprehension of breach sufficient to trigger judicial review.

R. v. Berntson 365

Criminal law — Fraud — Elements of offence.

R. v. Deane 279

Criminal law — Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Police officer charged with criminal negligence causing death — Police officer's statement to commanding officer admitted into evidence without *voir dire* — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Ferguson..... 281

Criminal law — Jury — Deliberations — Jury requesting transcript of Crown's closing address — Whether trial judge erred in complying with request.

Continued on next page

SOMMAIRE

Backman c. Canada 367

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Société de personnes — Pertes — Cession par les associés américains originaux à des cessionnaires canadiens de leur participation dans une société de personnes — Vente immédiate à perte par les cessionnaires de l'élément d'actif de la société aux associés originaux — Achat ultérieur par les cessionnaires d'une participation de un pour cent dans un bien relatif au pétrole et au gaz, qui a cessé d'être exploité peu après son acquisition — Une société de personnes valable a-t-elle été créée aux fins d'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Les cessionnaires peuvent-ils déduire les pertes de la société de personnes? — L'achat d'une participation directe dans un bien relatif au pétrole et au gaz établit-il l'existence d'une intention accessoire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice? — Les cessionnaires sont-ils devenus des associés du fait qu'ils ont obtenu cession d'une participation, indépendamment des conditions de validité d'une société de personnes?

Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)..... 221

Droit administratif — Justice naturelle — Consultations institutionnelles — Grief déposé par un syndicat auprès d'une commission des relations de travail pour violation d'une convention collective provinciale — Grief rejeté dans le projet de décision de la formation — Discussion du projet de décision en réunion plénière de la commission — Grief accueilli dans la décision définitive de la formation — Les règles de justice naturelle ont-elles été violées? — Les principes régissant les consultations institutionnelles ont-ils été violés? — L'omission de l'entrepreneur de demander un nouvel examen de la décision rend-elle irrecevable sa demande de contrôle judiciaire? — Nature du fardeau de présentation de la partie qui demande un contrôle judiciaire en raison d'une présumée violation des règles de justice naturelle.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Règle *audi alteram partem* — Grief déposé par un syndicat auprès d'une commission des relations de travail pour violation d'une convention collective provinciale — Grief rejeté dans le projet de décision de la formation — Discussion du projet de décision en réunion plénière de la commission — Grief accueilli dans la décision définitive de la formation — Allégation de violation de la règle *audi alteram partem* formulée par l'entrepreneur — Une crainte de violation suffit-elle pour donner lieu au contrôle judiciaire?

États-Unis c. Burns..... 283

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Guttman 363

Criminal law — Appeal — Question of law — No error at trial giving rise to Crown appeal under s. 676(1)(a) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

United States v. Burns 283

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state — Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Whether extradition without assurances infringed fugitives' constitutional rights to remain in or enter Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1) — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 25.

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Cruel and unusual punishment — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state — Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Whether constitutional guarantee against cruel and unusual punishment engaged — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 32(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state — Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Fugitives deprived of their rights to liberty and security of person by extradition order — Whether threatened deprivation of fugitives' rights in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether extradition without assurances justifiable as reasonable in free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

Spire Freezers Ltd. v. Canada 391

Income tax — Calculation of income — Partnership — Losses — Original U.S. partners assigning partnership interest to Canadian assignees — Assignees immediately selling main asset of partnership back to original partners at fair market value incurring substantial loss — Assignees carrying on ancillary business of partnership — Whether valid partnership established for income tax purposes — Whether assignees entitled to deduct partnership loss.

SOMMAIRE (Suite)

fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — L'extradition des fugitifs sans les assurances prévues violerait-elle le droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer que leur garantit la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 25.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Peines cruelles et inusitées — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — La garantie constitutionnelle contre les peines cruelles et inusitées s'applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 32(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — Fugitifs privés par l'arrêt d'extradition de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne — Ce risque de privation des droits des fugitifs est-il compatible avec les principes de justice fondamentale? — Si la réponse est négative, est-ce que l'extradition sans les assurances prévues peut être justifiée en tant que mesure raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

R. c. Berntson 365

Droit criminel — Fraude — Éléments de l'infraction.

R. c. Deane 279

Droit criminel — Appel — Absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave — Policier accusé de négligence criminelle ayant causé la mort — Déclaration du policier à son supérieur admise en preuve sans voir-dire — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en appliquant la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. c. Ferguson..... 281

Droit criminel — Jury — Délibérations — Transcription de l'exposé final du ministère public demandée par le jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en accédant à cette demande?

R. c. Guttman 363

Droit criminel — Appel — Question de droit — Absence d'erreur au procès donnant ouverture à un appel du ministère

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

public en vertu de l'art. 676(1)a) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Spire Freezers Ltd. c. Canada 391

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Société de personnes — Pertes — Cession par les associés américains originaux à des cessionnaires canadiens de leur participation dans une société de personnes — Vente immédiate par les cessionnaires du principal élément d'actif aux associés originaux à sa juste valeur marchande — Perte considérable découlant de la vente — Exploitation par les cessionnaires de l'entreprise accessoire de la société — Une société de personnes valable a-t-elle été créée pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Les cessionnaires pouvaient-ils déduire la perte de la société de personnes?

Ellis-Don Limited *Appellant*

v.

The Ontario Labour Relations Board and the International Brotherhood of Electrical Workers, Local 894 *Respondents*

INDEXED AS: ELLIS-DON LTD. v. ONTARIO (LABOUR RELATIONS BOARD)

Neutral citation: 2001 SCC 4.

File No.: 26709.

2000: February 15; 2001: January 26.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Administrative law — Natural justice — Institutional consultations — Union filing grievance with labour relations board against contractor for violation of provincial collective agreement — First draft of panel's decision dismissing grievance — Full board meeting discussing draft decision — Panel's final decision upholding grievance — Whether rules of natural justice breached — Whether principles governing institutional consultations violated — Whether contractor's failure to ask for reconsideration of decision constitutes bar to judicial review — Nature of evidentiary burden on party applying for judicial review because of alleged breach of natural justice.

Administrative law — Judicial review — Audi alteram partem — Union filing grievance with labour relations board against contractor for violation of provincial collective agreement — First draft of panel's decision dismissing grievance — Full board meeting discussing draft decision — Panel's final decision upholding grievance — Contractor alleging breach of audi alteram partem rule — Whether apprehension of breach sufficient to trigger judicial review.

Ellis-Don Limited *Appelante*

c.

La Commission des relations de travail de l'Ontario et la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 894 *Intimées*

RÉPERTORIÉ : ELLIS-DON LTD. c. ONTARIO (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL)

Référence neutre : 2001 CSC 4.

N° du greffe : 26709.

2000 : 15 février; 2001 : 26 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit administratif — Justice naturelle — Consultations institutionnelles — Grief déposé par un syndicat auprès d'une commission des relations de travail pour violation d'une convention collective provinciale — Grief rejeté dans le projet de décision de la formation — Discussion du projet de décision en réunion plénière de la commission — Grief accueilli dans la décision définitive de la formation — Les règles de justice naturelle ont-elles été violées? — Les principes régissant les consultations institutionnelles ont-ils été violés? — L'omission de l'entrepreneur de demander un nouvel examen de la décision rend-elle irrecevable sa demande de contrôle judiciaire? — Nature du fardeau de présentation de la partie qui demande un contrôle judiciaire en raison d'une présumée violation des règles de justice naturelle.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Règle audi alteram partem — Grief déposé par un syndicat auprès d'une commission des relations de travail pour violation d'une convention collective provinciale — Grief rejeté dans le projet de décision de la formation — Discussion du projet de décision en réunion plénière de la commission — Grief accueilli dans la décision définitive de la formation — Allégation de violation de la règle audi alteram partem formulée par l'entrepreneur — Une crainte de violation suffit-elle pour donner lieu au contrôle judiciaire?

In 1962, the appellant entered into a collective bargaining agreement to contract or subcontract only to individuals or companies whose employees were members of the affiliated unions of the Toronto Building and Construction Trades Council. In 1971, the Electrical Contractors Association of Toronto applied to the respondent Board to be certified as a bargaining agent for the electrical contractors of Toronto. In that accreditation process, the IBEW, Local 353 filed a required document listing all employers for which it claimed bargaining rights but it did not include the appellant's name. In 1978, when province-wide bargaining was introduced, the bargaining rights of Local 353 were extended to Local 894. In 1990, Local 894 filed a grievance with the Board alleging that the appellant had subcontracted electrical construction work to non-union subcontractors contrary to the provincial collective agreement. A three-member panel of the Board heard the grievance. The appellant argued that Local 353 had abandoned its bargaining rights in part because it omitted the appellant's name from the document filed in the 1971 accreditation proceedings and Local 894 offered no explanation for the omission. A first draft of the panel's decision would have dismissed the grievance based on the abandonment of bargaining rights. However, after a full Board meeting discussed the draft, a majority of the panel found that there had been no abandonment of bargaining rights and upheld the grievance. The appellant applied for judicial review. It alleged that the change between the draft and the final decision was of a factual nature as opposed to a legal or policy change, and claimed that there was a breach of natural justice and a violation of the rules governing institutional consultations. Prior to the hearing of the application for judicial review, the appellant obtained an order compelling the Chair of the Board, the Vice-Chair who presided over the panel, and the Registrar of the Board to give evidence with respect to the procedures implemented by the Board in arriving at its final decision. This order was reversed on appeal based upon a finding of statutory testimonial immunity. The Divisional Court later dismissed the application for judicial review and the Court of Appeal affirmed the decision.

En 1962, l'appelante a conclu une convention collective où elle s'engageait à n'accorder des contrats ou des contrats de sous-traitance qu'aux personnes et aux sociétés dont les employés étaient membres du Toronto Building and Construction Trades Council. En 1971, l'Electrical Contractors Association of Toronto a déposé auprès de la Commission intimée une demande d'accréditation en tant qu'agent négociateur pour les entrepreneurs électriciens de Toronto. Dans le cadre de ce processus d'accréditation, la section locale 353 de la FIOE a déposé un document requis énumérant les employeurs à l'égard desquels elle prétendait détenir des droits de négociation mais n'y a pas inscrit le nom de l'appelante. En 1978, lorsqu'un régime de négociation à l'échelle de la province a été introduit, les droits de négociation de la section locale 353 ont été accordés à la section locale 894. En 1990, la section locale 894 a déposé un grief auprès de la Commission, alléguant que l'appelante avait donné en sous-traitance des travaux de construction en électricité à des entrepreneurs dont les employés n'étaient pas syndiqués, contrevenant ainsi à la convention collective provinciale. Une formation de trois membres de la Commission a entendu le grief. L'appelante a prétendu que la section locale 353 avait renoncé à ses droits de négociation en partie parce qu'elle avait omis d'inscrire son nom dans le document déposé dans le cadre du processus d'accréditation en 1971, et la section locale 894 n'a fourni aucune explication pour l'omission. Un projet de décision de la formation proposait de rejeter le grief en raison d'une renonciation aux droits de négociation. Toutefois, après discussion du projet en réunion plénière de la Commission, les membres majoritaires de la formation ont conclu à l'absence de renonciation aux droits de négociation et ont accueilli le grief. L'appelante a présenté une demande de contrôle judiciaire. Elle a prétendu que la modification survenue entre le projet de décision et la décision définitive était de nature factuelle, par opposition à une modification de nature juridique ou de principe, et qu'il y avait eu violation des règles de justice naturelle et des règles régissant les consultations institutionnelles. Avant l'audition de la demande de contrôle judiciaire, l'appelante a obtenu une ordonnance obligeant le président de la Commission, la vice-présidente qui a présidé la formation et le registraire de la Commission à témoigner relativement à la procédure mise en œuvre par la Commission pour en arriver à sa décision définitive. Cette ordonnance a été infirmée en appel sur le fondement de l'exonération de témoigner prévue par la loi. La Cour divisionnaire a par la suite rejeté la demande de contrôle judiciaire et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Held (Major and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.: Institutional consultation ensures consistency in the decisions of an administrative body and does not create an apprehension of bias or lack of independence if the following rules are respected: (1) the consultation proceeding cannot be imposed by a superior level authority within the administrative hierarchy; (2) the consultation must be limited to questions of policy and law; and (3) even on questions of law and policy, the decision-makers must remain free to make their own decision. The mere fact that litigated issues are discussed by a full board does not amount to a breach of the *audi alteram partem* rule. Any risk of breaching this rule can be addressed by notifying the parties of any new issue addressed in the board meeting and allowing an opportunity to respond. If these rules are met, then adjudicators may modify a draft decision and a presumption of regularity applies such that a change between a draft and final reasons will not of itself create a presumption that something improper occurred during institutional consultations.

In this case, there is no direct evidence of improper tampering with the decision of the panel. The only information available is that discussions took place at the full Board meeting and that a change was made in the draft decision. The final decision discarded the idea that the failure to list the appellant created a rebuttable presumption of abandonment of bargaining rights and stated that the omission merely constituted a factor to be considered in deciding the issue of abandonment. The change consists in a different conclusion as to the legal consequences to be derived from the facts, which is a pure question of law. Moreover, it does not constitute the application of an entirely new policy since the change brought the final decision more in line with a number of cases decided by the Board that made it very difficult to establish an abandonment of bargaining rights. It would be speculative to argue that the change was prompted by a re-assessment of the particular facts. Furthermore, a change from a favourable to an unfavourable decision by itself does not demonstrate an apparent failure of natural justice sufficient to justify judicial review. In the case of an alleged violation of the *audi alteram partem* rule, the applicant must establish an actual breach; an apprehended breach is not sufficient to trigger judicial review. Here, the record does not indi-

Arrêt (les juges Major et Binnie sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Arbour et LeBel : La consultation institutionnelle assure la cohérence des décisions d'un organisme administratif et ne crée pas de crainte raisonnable de partialité ou de manque d'indépendance si les règles suivantes sont respectées : (1) la procédure de consultation ne peut pas être imposée par un niveau d'autorité supérieur dans la hiérarchie administrative; (2) la consultation doit se limiter aux questions de principe et de droit; (3) même relativement aux questions de droit et de principe, les arbitres doivent demeurer libres de prendre leur propre décision. Le simple fait que des questions ayant déjà été débattues soient discutées de nouveau au cours d'une réunion plénière ne constitue pas une violation de la règle *audi alteram partem*. Tout risque de violation de cette règle peut être éliminé si on avise les parties de toute nouvelle question soulevée pendant la réunion de la commission et qu'on leur donne la possibilité de répondre. Si ces règles sont respectées, les arbitres peuvent modifier un projet de décision et la présomption de régularité fait en sorte qu'une modification entre un projet de motifs et les motifs définitifs ne donne pas lieu en soi à la présomption que quelque chose d'inapproprié s'est produit pendant les consultations institutionnelles.

En l'espèce, il n'existe aucune preuve directe de manipulation de la décision de la formation. Les seuls renseignements disponibles sont que des discussions ont eu lieu à la réunion plénière et qu'une modification a été apportée dans le projet de décision. La décision définitive a écarté l'idée que l'omission d'inscrire l'appelante avait donné lieu à une présomption réfutable de renonciation aux droits de négociation et a indiqué que l'omission n'était qu'un des facteurs qui devaient être examinés pour trancher la question de la renonciation. La modification consiste en une conclusion différente quant aux effets juridiques découlant des faits, ce qui constitue une pure question de droit. De plus, elle ne constitue pas l'application d'un principe entièrement nouveau étant donné qu'elle a rendu la décision définitive plus compatible avec de nombreuses affaires tranchées par la Commission qui ont fait en sorte qu'il est devenu très difficile de faire la preuve de la renonciation à des droits de négociation. Il serait hypothétique de prétendre que la modification a été causée par une réévaluation des faits en cause. En outre, modifier une décision favorable en une décision défavorable n'établit pas en soi une apparence d'absence de justice naturelle suffisante pour justifier le contrôle judiciaire. Dans le cas d'une présumée violation de la règle *audi alteram*

cate an actual breach of the *audi alteram partem* rule. There is no indication of a change on the facts, of impropriety or of a violation of the principles governing institutional consultation. The change in the decision of the panel concerned a matter of law and policy.

This case reveals a tension between the fairness of the process and the principle of deliberative secrecy which plays an important role in safeguarding the independence of administrative adjudicators. Deliberative secrecy also favours administrative consistency by granting protection to a consultative process. Without such protection, there could be a chilling effect on institutional consultations, thereby depriving administrative tribunals of a critically important means of achieving consistency. Consistency and independence come at the price of a less open process and difficulty in building the evidentiary foundation to prove alleged breaches of natural justice. However, a court cannot reverse the presumption of regularity simply because of a change in reasons for a decision in the absence of any further evidence.

Although the appellant failed to ask for reconsideration, reconsideration did not constitute an absolute prerequisite to judicial review.

Per Major and Binnie JJ. (dissenting): This appeal tests the limits of the rule that panel members can consult a full board on matters of law or policy but not of fact. The concept of “policy” has been stretched beyond its breaking point in this appeal and the principle that “he who hears must decide” should be vindicated. *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, should not be interpreted to authorize a full board to micro-manage the output of particular panels to the extent evident in this case. Compliance with the rules of natural justice raises a legal issue and the standard of review is correctness.

The procedure in this case violated the requirement that a full board can only discuss policy and law. Although the issue of “abandonment”, when considered in the abstract, has a policy component, the change in

partem, le demandeur doit démontrer l’existence d’une violation réelle; une crainte de violation ne suffit pas pour donner lieu au contrôle judiciaire. En l’espèce, le dossier n’indique aucune violation réelle de la règle *audi alteram partem*. Il n’y a aucune indication d’une modification quant aux faits, d’une irrégularité ou d’une violation des principes régissant la consultation institutionnelle. La modification de la décision de la formation portait sur une question de droit et de principe.

La présente affaire révèle l’existence d’une tension entre le caractère équitable du processus et le principe du secret du délibéré, qui joue un rôle important dans la protection de l’indépendance des arbitres administratifs. Le secret du délibéré favorise également la cohérence administrative au moyen de la protection qu’il confère à un processus consultatif. Sans cette protection, il risque d’y avoir un effet paralysant sur les consultations institutionnelles, ce qui priverait les tribunaux administratifs d’un moyen essentiel d’assurer la cohérence. La cohérence et l’indépendance sont assorties du prix que constituent un processus moins ouvert et la difficulté de bâtir le fondement probatoire visant à démontrer les présumées violations des règles de justice naturelle. Toutefois, une cour ne peut pas écarter la présomption de régularité simplement en raison d’une modification dans les motifs de la décision en l’absence de toute preuve additionnelle.

Même si l’appelante a omis de demander un nouvel examen, une telle mesure ne constituait pas un préalable obligatoire au contrôle judiciaire.

Les juges Major et Binnie (dissidents): Le présent pourvoi porte sur les limites de la règle selon laquelle les membres d’une formation peuvent consulter une commission dans son ensemble sur des questions de principe, par opposition à des questions de fait. La notion de « principe » a été démesurément étendue dans le présent pourvoi et le principe voulant que « celui qui entend doit trancher » doit être défendu. L’arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, ne doit pas être interprété comme permettant à une commission dans son ensemble de faire la microgestion des conclusions tirées par des formations particulières d’une façon aussi évidente que dans la présente affaire. La conformité aux règles de justice naturelle est une question de droit et la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

La procédure adoptée dans la présente affaire a violé l’exigence qu’une commission dans son ensemble doit se limiter aux questions de principe et de droit. Même si, lorsqu’elle est examinée de façon abstraite, la ques-

the panel's reasons was a re-assessment of fact. The Board's jurisprudence has developed the legal and policy content of the concept of abandonment of bargaining rights in terms of active promotion of rights and it was for the panel to determine in the factual context of this particular case whether this standard was met. The panel made it clear that it considered abandonment to be an issue of fact. The Board's policy was never in doubt and was defined in the same language in the initial and final decisions.

The undisputed evidence is that the initial decision held as a fact that the union had abandoned its bargaining rights, the final decision held as a fact that it had not, and the intervening event was the full Board meeting. The reasonable inference is that factual matters were referred for discussion at the full Board meeting.

While the finding of testimonial immunity prevents determining the Board's decision-making process, it does not prevent the appellant from establishing a basis for judicial review. The Board cannot rely on legislation to deny all legitimate access to relevant information and then rely on the absence of the information as a conclusive answer to the complaint. The difficulties of proof presented in this case should be factored into the evidentiary burden of proof placed on the appellant.

The Ontario Court of Appeal considered the Board's proceedings to be protected by the "presumption of regularity". The strength of the evidence necessary to displace this presumption depends on the nature of the case and, having regard to the difficulties of obtaining evidence, the appellant should be held to have discharged its evidentiary onus. The Board has to live with the reasonable inference that the full Board meeting influenced a reversal of fact-driven issues. There is a public interest in the integrity of decision-making at stake and the appellant has made out a *prima facie* case for judicial review. As the Board's procedure violated the principles of natural justice, the resulting order was made without

tion de la « renonciation » comporte un aspect principe, la modification des motifs de la formation constituait une réévaluation des faits. La jurisprudence de la Commission a élaboré le contenu juridique et de principe de la notion de renonciation aux droits de négociation relativement à la promotion active des droits, et il incombait à la formation de déterminer dans le contexte factuel de la présente affaire si cette norme était respectée. La formation a indiqué clairement qu'elle considérait la renonciation comme une question de fait. La politique de la Commission n'a jamais été mise en doute et a été décrite dans les mêmes termes dans la décision définitive et dans la décision initiale.

La preuve non contestée révèle que, dans sa décision initiale, la formation a tiré la conclusion de fait que le syndicat avait renoncé à ses droits de négociation et que, dans sa décision définitive, elle a tiré la conclusion de fait que le syndicat n'avait pas renoncé à ses droits, et l'événement qui s'est produit entre ces deux décisions est la réunion plénière de la Commission. Cela mène à la conclusion raisonnable que des questions de fait ont été renvoyées pour fin de discussion à la réunion plénière de la Commission.

Même si la conclusion qu'il y a exonération de l'obligation de témoigner empêche que le processus décisionnel de la Commission soit déterminé, elle n'empêche pas l'appelante d'établir le fondement d'un contrôle judiciaire. La Commission ne peut pas, avec l'aide du législateur, priver une personne de tout accès légitime aux renseignements pertinents, pour ensuite invoquer l'absence de ces mêmes renseignements en tant que réponse déterminante à la plainte. Les difficultés en matière de preuve qui se présentent en l'espèce doivent être considérées comme faisant partie du fardeau de présentation de la preuve reposant sur l'appelante.

La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que la procédure de la Commission était protégée par la « présomption de régularité ». La force de la preuve nécessaire pour réfuter cette présomption varie selon la nature de l'affaire et, compte tenu des difficultés qu'a éprouvées l'appelante à obtenir des éléments de preuve, elle doit être jugée s'être acquittée de sa charge de présentation. La Commission doit vivre avec la conclusion raisonnable que la réunion plénière a eu une influence sur le changement d'opinion relatif à des questions reposant sur les faits. Il y a un intérêt public dans l'intégrité du processus décisionnel en cause et l'appelante a établi une preuve *prima facie* pour les fins du contrôle judiciaire. Étant donné que la procédure suivie par la Commission contrevenait aux principes de justice naturelle, l'ordonnance en ayant découlé a été rendue en l'absence

jurisdiction and should be set aside despite the existence of privative clauses.

Cases Cited

By LeBel J.

Applied: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; **referred to:** *Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 94 D.L.R. (4th) 193; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *Lorne's Electric*, [1987] OLRB Rep. 1405; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105.

By Binnie J. (dissenting)

IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd., [1990] 1 S.C.R. 282; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Marvel Jewellery Ltd.*, [1975] OLRB Rep. 733; *Accomodex Franchise Management Inc.*, [1993] OLRB Rep. 281; *R. Reusse Co.*, [1988] OLRB Rep. 523; *Wieczorek v. Piersma* (1987), 36 D.L.R. (4th) 136; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Laroque*, [1993] 1 S.C.R. 471; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602.

Statutes and Regulations Cited

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31.
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, ss. 9(1), 17, 69, 76, 114(1), 116, 117.
Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, ss. 108, 111 [am. 1992, c. 21, s. 45].

de compétence et doit être annulée malgré l'existence de clauses privatives.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts appliqués : *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; **arrêts mentionnés :** *Khan c. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 94 D.L.R. (4th) 193; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *Lorne's Electric*, [1987] OLRB Rep. 1405; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105.

Citée par le juge Binnie (dissident)

SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd., [1990] 1 R.C.S. 282; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Marvel Jewellery Ltd.*, [1975] OLRB Rep. 733; *Accomodex Franchise Management Inc.*, [1993] OLRB Rep. 281; *R. Reusse Co.*, [1988] OLRB Rep. 523; *Wieczorek c. Piersma* (1987), 36 D.L.R. (4th) 136; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Laroque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602.

Lois et règlements cités

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, art. 9(1), 17, 69, 76, 114(1), 116, 117.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 108, 111 [mod. 1992, ch. 21, art. 45].

Authors Cited

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated May 2000, release 13).
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto: Canvasback (loose-leaf updated July 2000, release 2-2000).
- Hawkins, R. E. "Behind Closed Doors II: The Operational Problem — Deliberative Secrecy, Statutory Immunity and Testimonial Privilege" (1996), 10 *C.J.A.L.P.* 39.
- Janisch, H. N. "Consistency, Rulemaking and Consolidated-Bathurst" (1991), 16 *Queen's L.J.* 95.
- Lemieux, Denis. "L'équilibre nécessaire entre la cohérence institutionnelle et l'indépendance des membres d'un tribunal administratif: Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 734.
- Mullan, David J. "Policing the Consolidated-Bathurst Limits — Of Whistleblowers and Other Assorted Characters" (1993), 10 *Admin. L.R.* (2d) 241.
- Sack, Jeffrey, C. Michael Mitchell and Sandy Price. *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*, vol. 1, 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths (loose-leaf updated August 2000, release 14).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Wade, William, Sir, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 737, 108 O.A.C. 301, 6 Admin. L.R. (3d) 187, affirming a decision of the Divisional Court (1995), 89 O.A.C. 45, [1995] O.J. No. 3924 (QL), dismissing the appellant's application for judicial review. Appeal dismissed, Major and Binnie JJ. dissenting.

Earl A. Cherniak, Q.C., and Kirk F. Stevens, for the appellant.

Sheila R. Block and Andrew E. Bernstein, for the respondent Ontario Labour Relations Board.

Doctrines citées

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book (loose-leaf updated May 2000, release 13).
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto : Canvasback (loose-leaf updated July 2000, release 2-2000).
- Hawkins, R. E. « Behind Closed Doors II: The Operational Problem — Deliberative Secrecy, Statutory Immunity and Testimonial Privilege » (1996), 10 *C.J.A.L.P.* 39.
- Janisch, H. N. « Consistency, Rulemaking and Consolidated-Bathurst » (1991), 16 *Queen's L.J.* 95.
- Lemieux, Denis. « L'équilibre nécessaire entre la cohérence institutionnelle et l'indépendance des membres d'un tribunal administratif : Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales) » (1992), 71 *R. du B. can.* 734.
- Mullan, David J. « Policing the Consolidated-Bathurst Limits — Of Whistleblowers and Other Assorted Characters » (1993), 10 *Admin. L.R.* (2d) 241.
- Sack, Jeffrey, C. Michael Mitchell and Sandy Price. *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*, vol. 1, 3rd ed. Markham, Ont. : Butterworths (loose-leaf updated August 2000, release 14).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
- Wade, William, Sir, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford : Clarendon Press, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 38 O.R. (3d) 737, 108 O.A.C. 301, 6 Admin. L.R. (3d) 187, qui a confirmé une décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario (1995), 89 O.A.C. 45, [1995] O.J. No. 3924 (QL), qui avait rejeté la requête en révision judiciaire de l'appelante. Pourvoi rejeté, les juges Major et Binnie sont dissidents.

Earl A. Cherniak, c.r., et Kirk F. Stevens, pour l'appelante.

Sheila R. Block et Andrew E. Bernstein, pour l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario.

Alan M. Minsky, Q.C., and Susan Philpott, for the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local 894.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

1 The main issue raised by this appeal is whether the rules of natural justice were breached by the Ontario Labour Relations Board (“OLRB” or “Board”) when a three-member panel of the Board upheld a grievance filed by the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local 894 (“Union” or “IBEW, Local 894”) against the appellant Ellis-Don Limited. The question of the breach of the rules of natural justice arose when the appellant learned that a first draft of the decision would have dismissed the grievance and that a full Board meeting had been held during which this draft was discussed. The appellant suggests that the differences between the draft and the final decision that allowed the grievance are the result of a change in the assessment of the facts. Ellis-Don alleges that this constitutes sufficient evidence that factual matters were discussed at the full Board meeting, in violation of the rules established by this Court in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282.

II. The Facts

2 This matter has a long history and is closely tied to the evolution of the labour relations system in the Ontario construction industry and to its move towards a more centralized collective bargaining system. In 1962, Ellis-Don was a very active general contractor, but was entering the Toronto market for the first time. A system of local collective bargaining prevailed in the construction industry at this time. Ellis-Don entered into a “Working Agreement” with the Toronto Building and Con-

Alan M. Minsky, c.r., et Susan Philpott, pour l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 894.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la Commission des relations de travail de l'Ontario (la « CRTO » ou la « Commission ») a violé les règles de justice naturelle lorsqu'une formation de trois commissaires a accueilli un grief déposé contre l'appelante, Ellis-Don Limited, par l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 894 (le « syndicat » ou la « section locale 894 de la FIOE »). La question de la violation des règles de justice naturelle s'est posée lorsque l'appelante a appris que le grief aurait été rejeté dans un projet de décision initial et que ce projet avait été discuté au cours d'une réunion plénière de la Commission. L'appelante affirme que les différences entre le projet et la décision définitive qui a accueilli le grief découlent d'un changement dans l'évaluation des faits. Ellis-Don allègue qu'il s'agit là d'une preuve suffisante que des questions de fait ont été discutées à la réunion plénière de la Commission, ce qui contrevient aux règles établies par notre Cour dans l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282.

II. Les faits

L'affaire remonte loin et elle est étroitement liée à l'évolution du système de relations du travail dans l'industrie de la construction en Ontario ainsi qu'à son orientation vers un système de négociation collective plus centralisé. En 1962, Ellis-Don était un entrepreneur général très actif, mais elle s'attaquait au marché de Toronto pour la première fois. À cette époque, il existait un système de négociations collectives locales dans l'industrie de la construction. Ellis-Don a conclu avec le Toronto

struction Trades Council ("Council"), in which Ellis-Don agreed to employ only members of the unions affiliated with the Council and to contract or subcontract only to individuals or companies whose employees were members in good standing in the unions affiliated with the Council. The Working Agreement provided for automatic renewals unless notice of termination was given (such notice was never given).

Local 353 of the International Brotherhood of Electrical Workers ("IBEW, Local 353") was affiliated with the Council. It was and still is the IBEW local with jurisdiction in the Toronto area (the respondent Union, Local 894, was not yet a member of the Council in 1962).

In 1971, the Electrical Contractors Association of Toronto applied to the OLRB to be certified as a bargaining agent for the electrical contractors of Toronto. According to the regulations then in force, upon filing of that application by the employers' association, the IBEW, Local 353 had to list the employers in respect of which they claimed to hold bargaining rights on a form known as Schedule F.

IBEW, Local 353 failed to list Ellis-Don as an employer in the form it filed in response to the application of the Electrical Contractors Association of Toronto.

In 1978, there was a move towards a province-wide bargaining scheme in the industry. The jurisdiction of the Council was extended to include Central Ontario in 1979. Local 894 of the IBEW became affiliated with the Council. By amending legislation, the bargaining rights of the IBEW, Local 353 in respect of Ellis-Don's employees were to be extended to Local 894, provided those bargaining rights had not been abandoned by Local 353 prior to the introduction of the province-wide bargaining scheme.

Building and Construction Trades Council (le « Conseil ») une « convention de travail ». Elle s'y engageait à n'employer que les membres des syndicats affiliés au Conseil et à n'accorder des contrats ou des contrats de sous-traitance qu'aux personnes et aux sociétés dont les employés étaient membres en règle de ces syndicats. La convention de travail prévoyait son renouvellement automatique sauf avis de résiliation (cet avis n'a jamais été donné).

La section locale 353 de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (la « section locale 353 de la FIOE ») était affiliée au Conseil. Elle avait et a toujours compétence exclusive dans la région de Toronto (le syndicat intimé, section locale 894, n'était pas encore membre du conseil en 1962).

En 1971, l'Electrical Contractors Association of Toronto déposa auprès de la CRTO une demande d'accréditation en tant qu'agent négociateur pour les entrepreneurs électriciens de Toronto. Conformément à la réglementation alors en vigueur, à la suite du dépôt de cette demande par l'association d'employeurs, la section locale 353 de la FIOE devait fournir, sur un formulaire connu comme l'annexe F, une liste des employeurs à l'égard desquels elle prétendait détenir des droits de négociation.

La section locale 353 de la FIOE omit d'inscrire Ellis-Don en tant qu'employeur dans le formulaire qu'elle a déposé en réponse à la demande de l'Electrical Contractors Association of Toronto.

En 1978, le régime de négociation dans l'industrie a commencé à s'appliquer à l'échelle de la province. La compétence du Conseil s'est étendue au centre de l'Ontario en 1979. La section locale 894 de la FIOE est devenue affiliée au Conseil. Des modifications législatives ont fait en sorte que les droits de négociation de la section locale 353 de la FIOE relativement aux employés de Ellis-Don ont été accordés à la section locale 894, dans la mesure où la section locale 353 n'avait pas renoncé à ces droits avant la mise en œuvre du régime de négociation à l'échelle de la province.

3

4

5

6

7 On January 12, 1990, the Union filed a grievance with the Board, alleging that the appellant had subcontracted electrical construction work to non-union electrical subcontractors, contrary to the provisions of the provincial collective agreement between the Electrical Trade Bargaining Agency of the Electrical Contractors Association of Ontario, the IBEW, and the IBEW Construction Council of Ontario representing its affiliated local unions.

8 A three-member panel of the OLRB presided over by Vice-Chair Susan Tacon heard the grievance. The appellant did not dispute that it had subcontracted some work to non-union electrical contractors. However, it argued that it was not bound by the provincial agreement because the IBEW, Local 353 had abandoned its bargaining rights prior to the introduction of the province-wide bargaining scheme, when it failed to include the name of Ellis-Don in Schedule F of the accreditation proceedings of the Electrical Contractors Association of Toronto. According to Ellis-Don, this omission and the IBEW, Local 894's failure to call evidence to explain it, demonstrated either that the IBEW, Local 894 in fact recognized that it did not hold bargaining rights on behalf of the appellant's employees or that these bargaining rights had been abandoned.

9 After the hearing of the grievance, a draft decision was prepared by Vice-Chair Tacon. This draft proposed to dismiss the grievance on the ground that the IBEW, Local 353 had failed to list Ellis-Don on Schedule F at the time of the certification proceedings of the Electrical Contractors Association of Toronto and was thus deemed to have abandoned its bargaining rights with respect to the appellant:

Local [8]94, the applicant herein, called no evidence to explain the failure of Local 353 to include Ellis-Don on schedule F, as would be expected if the union in the accreditation application thought it possessed bargaining rights vis-à-vis Ellis-Don. Absent an explanation, the most reasonable inference is that the union in the

Le 12 janvier 1990, le syndicat déposa un grief auprès de la Commission, alléguant que l'appelante avait donné en sous-traitance des travaux de construction en électricité à des entrepreneurs dont les employés n'étaient pas syndiqués, contrevenant ainsi aux dispositions de la convention collective provinciale conclue entre l'Electrical Trade Bargaining Agency de l'Electrical Contractors Association of Ontario, la FIOE et le conseil de l'Ontario de la FIOE, représentant ses syndicats locaux affiliés.

Une formation de trois membres de la CRTO présidée par la vice-présidente Susan Tacon entendit le grief. L'appelante ne nia pas avoir accordé des contrats de sous-traitance à des entrepreneurs électriciens dont les employés n'étaient pas syndiqués. Elle prétendit toutefois ne pas être liée par la convention provinciale parce que la section locale 353 de la FIOE avait renoncé à ses droits de négociation avant la mise en œuvre du régime de négociation à l'échelle de la province lorsqu'elle avait omis d'inscrire son nom à l'annexe F de la demande d'accréditation de l'Electrical Contractors Association of Toronto. Selon Ellis-Don, cette omission et le fait que la section locale 894 de la FIOE n'avait pas présenté d'éléments de preuve pour l'expliquer démontrait que la section locale 894 de la FIOE reconnaissait dans les faits qu'elle ne possédait pas de droits de négociation au nom des employés de l'appelante ou qu'elle y avait renoncé.

Après l'audition du grief, la vice-présidente Tacon rédigea un projet de décision. Ce dernier proposait de rejeter le grief pour le motif que la section locale 353 de la FIOE avait omis d'inscrire le nom de Ellis-Don à l'annexe F au moment de la demande d'accréditation de l'Electrical Contractors Association of Toronto et qu'elle était donc réputée avoir renoncé à ses droits de négociation relativement à l'appelante :

[TRADUCTION] La section locale [8]94, la demanderesse en l'espèce, n'a présenté aucun élément de preuve pour expliquer l'omission de la section locale 353 d'inclure Ellis-Don à l'annexe F, ce à quoi on s'attendrait si le syndicat visé par la demande d'accréditation croyait avoir des droits de négociation vis-à-vis Ellis-Don.

accreditation application assumed it did not possess such bargaining rights in 1971, when the accreditation application was filed. In effect, the union was asserting it did not have bargaining rights for Ellis-Don. The respondent union in the accreditation application must be taken to have abandoned whatever bargaining rights it possessed as against Ellis-Don at the latest by that point. The mere use by Ellis-Don of union electrical subcontractors is not tantamount to granting voluntary recognition anew once the bargaining rights created by the working agreement were extinguished.

The consequences of the Board's finding that bargaining rights had been abandoned by Local 353 IBEW prior to 1978 is that that trade union cannot "plug into" the province-wide scheme so that the issue of abandonment post 1978 does not arise. Local [8]94, the applicant in the instant grievance referral, relies on that province-wide scheme to acquire the bargaining rights which it seeks to enforce against Ellis-Don. In the Board's view, no such rights were held by Local 353 in 1978 so that the legislation in 1978 and the subsequent amendments could not extend any bargaining rights to Local [8]94. [Emphasis added.]

The draft decision was circulated among all the members of the OLRB and Vice-Chair Tacon called a full Board meeting to discuss its implications. It appears that this meeting was held on January 27, 1992.

On February 28, 1992, the Board released its final decision, upholding the grievance (Board member Trim dissenting): [1992] OLRB Rep. 147. The majority found that there had been no abandonment of bargaining rights by the Union in spite of the omission of Ellis-Don from schedule F (at para. 54):

The absence of evidence to explain the omission of Ellis-Don from the schedule F filed by Local 353, IBEW in the accreditation application is of concern to the Board. The question for the Board is whether this omission, of itself, is sufficient, in the context of all the other circumstances, to cause the Board to conclude that Local 353 had abandoned the bargaining rights it had earlier obtained. The omission of Ellis-Don's name is

Faute d'explication, la conclusion la plus raisonnable à tirer est que le syndicat visé par la demande d'accréditation a tenu pour acquis qu'il n'avait pas de droits de négociation en 1971, au moment du dépôt de la demande d'accréditation. Dans les faits, le syndicat affirmait ne pas avoir de droits de négociation concernant Ellis-Don. Le syndicat intimé visé par la demande d'accréditation doit être considéré comme ayant renoncé à tout droit de négociation qu'il pouvait avoir relativement à Ellis-Don au plus tard à ce moment-là. Le simple recours par Ellis-Don à des sous-traitants dont les employés étaient syndiqués n'équivaut pas à une nouvelle reconnaissance volontaire une fois éteints les droits de négociation créés par la convention de travail.

La conclusion de la Commission que la section locale 353 de la FIOE avait renoncé aux droits de négociation avant 1978 a comme conséquence que le syndicat ne peut pas « s'intégrer » au régime provincial, de sorte que la question de la renonciation après 1978 ne se pose pas. La section locale [8]94, la demanderesse dans le cadre du présent grief, invoque ce régime provincial en vue d'acquiescer les droits de négociation qu'elle entend faire respecter par Ellis-Don. La Commission est d'avis que la section locale 353 n'avait aucun droit de négociation en 1978, de sorte que les dispositions législatives de 1978 et les modifications subséquentes n'ont pas pu conférer un tel droit à la section locale [8]94. [Je souligne.]

Le projet de décision fut transmis à tous les membres de la CRTO et la vice-présidente Tacon convoqua une réunion plénière de la Commission pour discuter de ses effets. Cette réunion aurait eu lieu le 27 janvier 1992.

Le 28 février 1992, la Commission rendit sa décision définitive, qui accueillait le grief (le membre Trim étant dissident): [1992] OLRB Rep. 147. Les membres majoritaires conclurent, au par. 54, que le syndicat n'avait pas renoncé à ses droits de négociation malgré l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F :

[TRADUCTION] L'absence de preuve expliquant l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F déposée par la section locale 353 de la FIOE dans le cadre de la demande d'accréditation préoccupe la Commission, qui estime qu'il s'agit de savoir si cette omission est suffisante en soi, dans le contexte de l'ensemble des autres circonstances, pour lui permettre de conclure que la section locale 353 avait renoncé aux droits de négociation

10

11

not inconsistent with abandonment and, thus, may signify what respondent counsel asserts. However, that omission is also consistent with an assumption on the part of the Local that the accreditation application affected only specialty contractors or that schedule F speaks only to employers for whom the Local held bargaining rights but who had had employees in the past (albeit not within the previous year). It appears (and there is no cogent evidence to suggest otherwise) that the employer association represented specialty electrical contractors, not general contractors. In that context, the name of Ellis-Don may have been omitted, in the respondent union's reply, as apparently were the names of other general contractors who had signed the working agreement, to reflect the framing of the original application. The question is not what is the most reasonable or a reasonable inference from the omission of Ellis-Don's name but whether the omission signifies abandonment. In the Board's opinion, it is more probable than not that the omission of Ellis-Don's name from schedule F did not reflect an abandonment of bargaining rights. As well, the context of a consistent pattern of Ellis-Don's subletting electrical work to "union" contractors prior to the accreditation application, although not necessarily conclusive proof of the existence of bargaining rights (see paragraph 46 above), cannot be ignored. Given the Board's finding that the working agreement was duly executed by the parties and constituted a series of voluntary recognition agreements, including the voluntary recognition of Local 353, and given that the working agreement was never terminated but, rather, that at least with respect to the subcontracting of electrical work, Ellis-Don fully complied with that agreement for many years with Ellis-Don receiving the advantages of the working agreement during that period, the Board is not satisfied, as a matter of fact, that the bargaining rights of Local 353 were abandoned because of the omission of Ellis-Don's name from schedule F. In short, considering all the circumstances, the Board does not find that Local 353 abandoned its bargaining rights prior to the introduction of province-wide bargaining. [Emphasis added.]

qu'elle avait obtenus auparavant. L'omission du nom de Ellis-Don n'est pas incompatible avec une renonciation et peut donc signifier ce que l'avocat de l'intimée affirme. Cependant, cette omission est compatible également avec le fait que la section locale aurait tenu pour acquis que la demande d'accréditation ne touchait que les entrepreneurs spécialisés ou que l'annexe F ne s'appliquait qu'aux employeurs relativement auxquels la section locale avait des droits de négociation mais qui avaient eu des employés dans le passé (quoique pas dans l'année précédente). Il semble (et il n'y a aucune preuve convaincante du contraire) que l'association d'employeurs représentait les entrepreneurs électriciens spécialisés, et non pas les entrepreneurs généraux. Dans ce contexte, le nom de Ellis-Don peut avoir été omis dans la réponse du syndicat intimé, comme l'ont apparemment été les noms d'autres entrepreneurs généraux qui avaient signé la convention de travail, compte tenu du cadre de la demande initiale. La question n'est pas de savoir quelle est la conclusion la plus raisonnable ou quelle serait une conclusion raisonnable à tirer de l'omission du nom de Ellis-Don, mais bien de savoir si cette omission équivaut à une renonciation. La Commission est d'avis qu'il est plus probable que l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F n'indiquait pas une renonciation aux droits de négociation. De même, bien qu'elle ne constitue pas nécessairement une preuve concluante de l'existence de droits de négociation (voir le paragraphe 46 ci-dessus), il ne faut pas faire abstraction de la pratique constante de Ellis-Don de donner en sous-traitance des travaux en électricité à des entrepreneurs dont les employés sont syndiqués. Étant donné la conclusion de la Commission que la convention de travail a été dûment signée par les parties et qu'elle constituait un ensemble d'ententes de reconnaissance volontaire, notamment la reconnaissance volontaire de la section locale 353, et étant donné que la convention de travail n'a jamais été résiliée, mais plutôt que, au moins en ce qui concerne la sous-traitance de travaux d'électricité, Ellis-Don s'est entièrement conformée pendant de nombreuses années à cette convention et qu'elle en a bénéficié pendant cette période, la Commission n'est pas convaincue que, en tant que question de fait, la section locale 353 a renoncé aux droits de négociation en raison de l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F. En résumé, vu l'ensemble des circonstances, la Commission estime que la section locale 353 n'a pas renoncé à ses droits de négociation avant la mise en œuvre du régime de négociation à l'échelle de la province. [Je souligne.]

A few weeks later, in March 1992, a retired member of the OLRB handed over to Ellis-Don a copy of the draft that had been circulated to all members of the Board. From the same source, Ellis-Don also learned that a full Board meeting had been held at the request of Vice-Chair Tacon to consider the draft decision.

Ellis-Don claimed that there was a breach of natural justice and that jurisprudential rules governing institutional consultations had been violated. Without asking for reconsideration of the decision, it applied for judicial review. According to the appellant, the change between the draft decision and the arbitration award ultimately released by the Board was of a factual nature as opposed to a legal or policy change. This indicated that facts had been discussed at the full board meeting, contrary to the principles established by this Court in *Consolidated-Bathurst, supra*.

Prior to the hearing of the application for judicial review, the appellant sought an interlocutory order to stay the decision of the OLRB; it also requested that several members of the Board be summoned for examination before an official examiner and that certain documents be produced. In July 1992, Steele J., of the Ontario Divisional Court, granted an order compelling members of the Board to appear before an official examiner, but refused to stay the decision and to order the production of documents: (1992), 95 D.L.R. (4th) 56. In January 1994, a three-judge panel of the Divisional Court reversed the decision of Steele J. and decided that the members of the Board could not be compelled to appear before an official examiner: (1994), 16 O.R. (3d) 698. The Divisional Court based its decision on the common law rule respecting the compellability of administrative tribunal members and on s. 111 of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2 (now S.O. 1995, c. 1, s. 117). Leave to appeal this decision was denied by the Ontario Court of Appeal in

Quelques semaines plus tard, en mars 1992, un membre à la retraite de la CRTO remit à Ellis-Don une copie du projet qui avait été envoyé à tous les membres de la Commission. De la même source, Ellis-Don apprit également qu'une réunion plénière de la Commission avait été tenue à la demande de la vice-présidente Tacon pour examiner le projet de décision.

Ellis-Don prétendit qu'il y avait eu violation des règles de justice naturelle et que les règles jurisprudentielles régissant les consultations institutionnelles n'avaient pas été respectées. Sans solliciter un nouvel examen de la décision, elle présenta une demande de contrôle judiciaire. Selon l'appelante, la modification survenue entre le projet de décision et la décision arbitrale rendue par la suite par la Commission était de nature factuelle, par opposition à une modification de nature juridique ou de principe. Cela indiquait que les faits avaient été discutés à la réunion plénière de la Commission, en contravention des principes établis par notre Cour dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, précité.

Avant l'audition de la demande de contrôle judiciaire, l'appelante demanda que soit rendue une ordonnance interlocutoire suspendant la décision de la CRTO; elle requit aussi l'assignation à comparaître pour fins d'interrogatoire de plusieurs membres de la Commission devant un auditeur officiel ainsi que la production de certains documents. En juillet 1992, le juge Steele, de la Cour divisionnaire de l'Ontario, ordonna aux membres de la Commission de comparaître devant un auditeur officiel mais refusa de suspendre la décision et d'ordonner la production des documents: (1992), 95 D.L.R. (4th) 56. En janvier 1994, une formation de trois juges de la Cour divisionnaire infirma la décision du juge Steele et affirma que les membres de la Commission ne pouvaient pas être contraints à comparaître devant un auditeur officiel: (1994), 16 O.R. (3d) 698. La Cour divisionnaire fonda sa décision sur la règle de common law relative à la contraignabilité des membres des tribunaux administratifs et sur l'art. 111 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2 (maintenant L.O. 1995, ch. 1, art. 117). L'autorisation d'interjeter appel de cette décision fut refusée

12

13

14

June 1994 and by the Supreme Court of Canada in January 1995, [1995] 1 S.C.R. vii.

- 15 On December 20, 1995, the Divisional Court dismissed the appellant's application for judicial review. A unanimous Court of Appeal confirmed this judgment in April 1998

III. Relevant Statutory Provisions

- 16 *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1

114. (1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling. [Previously s. 108 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2.]

117. Except with the consent of the Board, no member of the Board, nor its registrar, nor any of its other officers, nor any of its clerks or servants shall be required to give testimony in any civil proceeding or in any proceeding before the Board or in any proceeding before any other tribunal respecting information obtained in the discharge of their duties or while acting within the scope of their employment under this Act.

IV. Judicial History

A. *Divisional Court (Decision on the Application for Judicial Review)* (1995), 89 O.A.C. 45

- 17 The court dismissed the application for judicial review. Adams J., writing for the panel, found that the difference between the draft and the final decisions reflected a change in the applicable policy or legal standard, but not a new determination of the facts. Adams J. noted that the fact that IBEW, Local 353 had omitted Ellis-Don's name from Schedule F of the accreditation proceedings of the Electrical Contractors Association of Toronto and the fact that this association represented specialty electrical contractors, not general contractors,

par la Cour d'appel de l'Ontario en juin 1994 et par la Cour suprême du Canada en janvier 1995, [1995] 1 R.C.S. vii.

Le 20 décembre 1995, la Cour divisionnaire rejeta la demande de contrôle judiciaire de l'appelante. La Cour d'appel, à l'unanimité, confirma ce jugement en avril 1998.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1

114. (1) La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente loi ou qui lui sont conférés en vertu de celle-ci et trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise. Ses décisions ont force de chose jugée. Toutefois, la Commission peut à l'occasion, si elle estime que la mesure est opportune, réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, ordonnances, directives ou déclarations. [Auparavant l'art. 108 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2.]

117. Sauf si la Commission y consent, ses membres, son registraire, et les autres membres de son personnel sont exemptés de l'obligation de témoigner dans une instance civile ou dans une instance devant la Commission ou devant toute autre commission, en ce qui concerne des renseignements obtenus dans le cadre de leurs fonctions ou en rapport avec celles-ci dans le cadre de la présente loi.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *La Cour divisionnaire (Décision relative à la demande de contrôle judiciaire)* (1995), 89 O.A.C. 45

La cour rejeta la demande de contrôle judiciaire. Le juge Adams, s'exprimant au nom de la formation, conclut que la différence entre le projet et la décision définitive constituait une modification des principes ou de la norme juridique applicables, mais non pas une nouvelle détermination des faits. Il souligna que le fait que la section locale 353 de la FIOE avait omis d'inscrire le nom de Ellis-Don à l'annexe F de la demande d'accréditation de l'Electrical Contractors Association of Toronto et le fait que cette association représentait les entre-

remained unchanged between the draft decision and the final award. For Adams J., the Board simply had to decide whether the omission, in and of itself, dictated the conclusion of abandonment. He wrote (at p. 55):

This determination had a substantial and obvious policy component, notwithstanding the particular manner in which the panel expressed itself. In this sense, it involved a matter which could be addressed at a level of principle without offending the requirements of natural justice.

Adams J. listed several policy options open to the Board: (i) the omission could constitute *per se* evidence of abandonment; (ii) the omission could give rise to a rebuttable presumption of abandonment (thus requiring an explanation from the IBEW, Local 894); (iii) the omission could constitute a factor to be considered along with the rest of the evidence before the Board; or (iv) the omission could be irrelevant to the issue of abandonment. Adams J. concluded that the Board had determined that the omission was a factor to be considered, without being determinative in the circumstances, even in the absence of an explanation from the IBEW, Local 894.

Adams J. noted that the conclusion of the arbitration award was consistent with the unlikelihood that the Union intended to abandon its bargaining rights and with the case law and policy of the Board which required unequivocal evidence that a trade union has “slept on its rights” (p. 56). Accordingly, Adams J. found that there was no basis to infer that members of the Board who were not on the hearing panel might have participated in the panel’s fact-finding. Adams J. referred to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 94 D.L.R. (4th) 193, to support the idea that modern decision-making cannot be made in complete isolation. Adams J. explained that, if the appellant suspected that there had been a discussion of factual issues at the full Board meeting, it

preneurs électriciens spécialisés, et non pas les entrepreneurs généraux, n’avaient pas changé entre le projet de décision et la décision définitive. Selon le juge Adams, la Commission devait simplement déterminer si l’omission en soi menait nécessairement à la conclusion qu’il y avait eu renonciation. Il a écrit, à la p. 55 :

[TRADUCTION] Cette détermination comportait un élément de principe important et manifeste, malgré la manière particulière dont la formation s’est exprimée. Dans ce sens, elle comportait une question qui pouvait être tranchée au niveau des principes sans contrevenir aux exigences de la justice naturelle.

Le juge Adams énuméra plusieurs choix de principe qui s’offraient à la Commission : (i) l’omission pouvait constituer en soi la preuve de la renonciation; (ii) l’omission pouvait donner lieu à une présomption réfutable de renonciation (ce qui aurait donc obligé la section locale 894 de la FIOE à fournir une explication); (iii) l’omission pouvait constituer un facteur à examiner au même titre que les autres éléments de preuve soumis à la Commission; ou (iv) l’omission pouvait n’avoir aucune pertinence quant à la question de la renonciation. Il conclut que la Commission avait décidé que l’omission était un facteur à prendre en considération, sans qu’elle ne soit déterminante dans les circonstances, même en l’absence d’explication de la part de la section locale 894 de la FIOE.

Le juge Adams fit remarquer que la conclusion de la décision arbitrale était compatible avec l’improbabilité d’une intention du syndicat de renoncer à ses droits de négociation ainsi qu’avec la jurisprudence et la politique de la Commission, qui exigeait la preuve sans équivoque qu’un syndicat avait [TRADUCTION] « négligé de faire valoir ses droits » (p. 56). Par conséquent, à son avis, rien ne permettait de déduire que les membres de la Commission qui ne faisaient pas partie de la formation ayant entendu l’affaire auraient peut-être participé à l’appréciation des faits. Il cita la décision rendue par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Khan c. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 94 D.L.R. (4th) 193, à l’appui de l’idée que, de nos jours, la prise de décision ne peut pas avoir lieu dans un isolement complet. Il expliqua que, si l’ap-

18

19

should, at least as a matter of courtesy, have given the Board an opportunity to explain itself by seeking reconsideration. Finally, in the opinion of Adams J., the decision of the Board was not patently unreasonable.

B. Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 737

20 A unanimous Court of Appeal dismissed the appeal. It held that the appellant had not established that the change in the panel's decision was the consequence of interference by the full Board in the panel's fact-finding process. A review of the record revealed that the possibility of interference by the full Board on factual matters amounted to little more than speculation. The court was satisfied that the change was the result of the application of a different legal standard to the facts introduced in evidence before the panel.

21 The court held, at p. 740, that the panel had not speculated on the intention of the IBEW, Local 353 in omitting the appellant's name from Schedule F:

The fact of the omission, that the employer association involved in the application represented special electrical contractors, not general contractors, that Ellis-Don is a general contractor who had signed the provincial working agreement, that other general contractors who had signed the agreement were also omitted from Schedule F, that Ellis-Don obtained the benefit of the agreement and that it had used only unionized electrical contractors until the grievance gave rise to this dispute, were all in evidence and were not speculation.

22 The Court of Appeal also found that the Divisional Court had correctly refused to draw an adverse inference from the Board's refusal to disclose the internal deliberations which took place at the full Board meeting. According to the Court of Appeal, a presumption of regularity applied, as there was no evidence that the procedure at the full

pelante estimait que des questions de fait avaient été discutées à la réunion plénière de la Commission, elle aurait dû, au moins par courtoisie, donner à la Commission la possibilité de s'expliquer en demandant un nouvel examen. Enfin, le juge Adams était d'avis que la décision de la Commission n'était pas manifestement déraisonnable.

B. La Cour d'appel (1998), 38 O.R. (3d) 737

La Cour d'appel rejeta l'appel à l'unanimité. Elle a considéré que l'appelante n'avait pas démontré que la modification de la décision de la formation avait été causée par l'ingérence de l'ensemble des membres de la Commission dans le processus d'appréciation des faits de la formation. L'examen du dossier avait révélé que la possibilité d'ingérence de la part de l'ensemble des membres de la Commission relativement aux questions de fait constituait tout au plus une hypothèse. La cour était convaincue que la modification découlait de l'application d'une norme juridique différente aux faits présentés en preuve devant la formation.

La cour conclut, à la p. 740, que la formation n'avait pas émis d'hypothèses sur les intentions de la section locale 353 de la FIOE, lorsqu'elle a omis d'inscrire le nom de l'appelante à l'annexe F :

[TRADUCTION] Les faits selon lesquels il y a eu omission, que l'association d'employeurs visée par la demande représentait des entrepreneurs électriciens spécialisés, et non pas des entrepreneurs généraux, que Ellis-Don est un entrepreneur général qui avait signé la convention de travail provinciale, que le nom d'autres entrepreneurs généraux ayant signé la convention a également été omis à l'annexe F, que Ellis-Don a bénéficié de la convention et qu'elle n'avait fait appel qu'à des entrepreneurs électriciens dont les employés étaient syndiqués jusqu'au grief ayant donné lieu au présent litige, ont tous été présentés en preuve et n'étaient pas des hypothèses.

La Cour d'appel décida également que la Cour divisionnaire avait refusé avec raison de tirer une conclusion défavorable du refus de la Commission de révéler le contenu des délibérations internes qui avaient eu lieu à sa réunion plénière. À son avis, une présomption de régularité s'appliquait puisqu'il n'y avait aucune preuve que la procédure sui-

Board meeting in question departed from its usual practice, whereby discussion was limited to the policy implications of a draft decision. The mere fact that the construction panel had changed its conclusion could not give rise to an inference that the Board had acted improperly during the consultation process.

V. The Issues

This appeal does not challenge the legality of an institutional consultation process within administrative bodies like the OLRB. Moreover, there has been no suggestion that the Court should revisit the rules established in *Consolidated-Bathurst, supra*, and *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952. At issue in this appeal is whether the Board complied with these rules when it held the full Board meeting and discussed the grievance against Ellis-Don. This requires us to discuss the nature of the evidentiary burden on a party applying for judicial review because of an alleged breach of natural justice.

The appellant submits several closely linked propositions. First, it asserts that the change in the final decision was of a factual nature and that this is sufficient to prove that factual matters were discussed at the full Board meeting. The appellant also contends that the Court should intervene as the change raises a reasonable apprehension of a breach of natural justice. It suggests that the refusal of the Board to offer evidence about its internal decision proceedings gave rise to the application of a presumption of irregularity that would permit courts to imply that there has been improper tampering with the evidence during the full Board conference.

The Court also has to decide whether the appellant's failure to ask for reconsideration of the Board's decision constitutes a bar to judicial review.

vie à la réunion plénière en question était différente de la pratique habituelle, en vertu de laquelle la discussion était limitée aux répercussions de principe d'un projet de décision. Le simple fait que la formation du secteur de la construction avait modifié sa conclusion ne pouvait pas entraîner la déduction que la Commission avait agi de façon inappropriée au cours du processus de consultation.

V. Les questions en litige

Le présent pourvoi ne conteste pas la légalité du processus de consultation institutionnelle des organismes administratifs comme la CRTO. De plus, on n'a pas prétendu que notre Cour devait réexaminer les règles établies dans les arrêts *Consolidated-Bathurst*, précité, et *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952. Est en litige dans le présent pourvoi la question de savoir si la Commission s'est conformée à ces règles lorsqu'elle a tenu sa réunion plénière pour discuter du grief déposé contre Ellis-Don. Nous devons donc examiner la nature du fardeau de présentation de la partie qui demande un contrôle judiciaire en raison d'une présumée violation des règles de justice naturelle.

L'appelante présente plusieurs arguments étroitement liés. Premièrement, elle affirme que la modification apportée dans la décision définitive était de nature factuelle et que cela suffit pour prouver que des questions de fait ont été abordées à la réunion plénière de la Commission. L'appelante soutient également que notre Cour doit intervenir puisque la modification soulève une crainte raisonnable de violation des règles de justice naturelle. Elle avance que le refus de la Commission de présenter des éléments de preuve relativement à son processus décisionnel interne entraîne l'application d'une présomption d'irrégularité qui permettrait aux tribunaux de déduire qu'il y a eu manipulation de la preuve au cours de la réunion plénière de la Commission.

Notre Cour doit également déterminer si l'omission de l'appelante de demander un nouvel examen de la décision de la Commission rend irrecevable sa demande de contrôle judiciaire.

23

24

25

VI. Analysis

A. *The Rules Concerning Institutional Consultation*

26 The problems relating to procedures of institutional consultation within administrative bodies have been thoroughly canvassed in the reasons of Gonthier J. in *Consolidated-Bathurst*, *supra*, and *Tremblay*, *supra*. A mere reminder of the principles set out in these decisions will suffice here to deal with the main legal issues presented by this case.

27 In the *Consolidated-Bathurst* case, the legality of institutional consultation procedures within administrative bodies had been put in doubt for two reasons. First, it was argued that these procedures created a reasonable apprehension of bias and lack of independence on the part of the adjudicators. The members of an administrative body hearing a case might be subject to undue pressure from other colleagues or from their hierarchical superiors. These pressures would come from persons who would not have heard the evidence nor the arguments of the parties, and would nevertheless be in a position to influence the final decision. Second, it was suggested that these consultations also breached the *audi alteram partem* rule, as new arguments might be raised during the full Board discussion without being communicated to the parties.

28 Writing for the majority, Gonthier J. recognized the legitimacy of institutional consultations to ensure consistency between decisions of different adjudicators or panels within an administrative body. Indeed, the critical nature of this procedure was underlined later by the judgment of this Court in *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756. Writing for a unanimous Court, L'Heureux-Dubé J. observed that ensuring the consistency of decisions of administrative bodies or tribunals was not a proper function of judicial review by superior courts. Inconsistencies or conflicts between different decisions of the same tribu-

VI. Analyse

A. *Les règles relatives à la consultation institutionnelle*

Les problèmes relatifs aux procédures de consultation institutionnelle des organismes administratifs ont été exposés de façon exhaustive dans les motifs du juge Gonthier dans les arrêts *Consolidated-Bathurst* et *Tremblay*, précités. Un simple rappel des principes établis dans ces décisions suffit pour les fins de l'examen des principales questions en litige soulevées par la présente affaire.

Dans l'affaire *Consolidated-Bathurst*, la légalité des procédures de consultation institutionnelle des organismes administratifs avait été mise en doute pour deux motifs. En premier lieu, on a prétendu que ces procédures créaient une crainte raisonnable de partialité et d'un manque d'indépendance de la part des arbitres. Les membres d'un organisme administratif qui entendent une affaire sont susceptibles de faire l'objet de pressions indues de la part de leurs collègues ou de leurs supérieurs hiérarchiques. Ces pressions proviendraient de personnes qui n'auraient pas entendu la preuve ni les arguments des parties et qui seraient néanmoins bien placées pour influencer la décision définitive. En second lieu, on a prétendu que ces consultations contrevenaient également à la règle *audi alteram partem*, puisque de nouveaux arguments pouvaient être soulevés pendant les discussions de la réunion plénière de la Commission sans être communiqués aux parties.

S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Gonthier a reconnu la légitimité des consultations institutionnelles en tant que moyen d'assurer la cohérence des décisions rendues par différents arbitres ou différentes formations au sein d'un organisme administratif. D'ailleurs, l'importance vitale de cette procédure a par la suite été soulignée par notre Cour dans l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756. S'exprimant au nom de notre Cour à l'unanimité, le juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer qu'il n'appartient pas aux cours de juridiction supérieure d'assurer la cohérence des décisions des organismes et

nal would not be reason to intervene, provided the decisions themselves remained within the core jurisdiction of the administrative tribunals and within the bounds of rationality. It lay on the shoulders of the administrative bodies themselves to develop the procedures needed to ensure a modicum of consistency between its adjudicators or divisions (*Domtar, supra*, at p. 798).

1. Apprehension of Bias or Lack of Independence

In *Consolidated-Bathurst, supra*, Gonthier J. examined whether the existence of this kind of institutional consultation procedure in itself created an apprehension of bias or lack of independence as Sopinka J. feared in his dissent. According to Gonthier J., such a procedure would not of itself raise such an apprehension, provided it was designed to safeguard the ability of the decision-maker to decide independently both on facts and law in the matter. Gonthier J. laid down a set of basic principles to ensure compliance with the rules of natural justice. First, the consultation proceeding could not be imposed by a superior level of authority within the administrative hierarchy, but could be requested only by the adjudicators themselves. Second, the consultation had to be limited to questions of policy and law. The members of the organization who had not heard the evidence could not be allowed to re-assess it. The consultation had to proceed on the basis of the facts as stated by the members who had actually heard the evidence. Finally, even on questions of law and policy, the decision-makers had to remain free to take whatever decision they deemed right in their conscience and understanding of the facts and the law, and not be compelled to adopt the views expressed by other members of the administrative tribunal. Provided these rules were respected, insti-

des tribunaux administratifs dans le cadre de leur fonction de contrôle judiciaire. Des incohérences ou des contradictions entre les différentes décisions du même tribunal ne constitueraient pas un motif d'intervention, pourvu que les décisions elles-mêmes relèvent de la compétence fondamentale du tribunal administratif et qu'elles soient raisonnables. Il incombait aux organismes administratifs eux-mêmes d'élaborer les procédures requises pour assurer un minimum de cohérence entre ses arbitres ou ses divisions (*Domtar, précité*, p. 798).

1. Crainte de partialité ou de manque d'indépendance

Dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst, précité*, le juge Gonthier a examiné la question de savoir si l'existence de ce genre de procédure de consultation institutionnelle créait en soi une crainte de partialité ou de manque d'indépendance, comme le redoutait le juge Sopinka dans sa dissidence. Selon le juge Gonthier, une telle procédure ne soulevait pas en soi cette crainte, pourvu qu'elle soit conçue de manière à protéger la capacité de l'arbitre de se prononcer de façon indépendante tant sur les faits que sur le droit dans l'affaire en cause. Il a formulé un ensemble de principes essentiels visant à assurer le respect des règles de justice naturelle. Premièrement, la procédure de consultation ne pouvait pas être imposée par un niveau d'autorité supérieur dans la hiérarchie administrative, mais ne pouvait être demandée que par les arbitres eux-mêmes. Deuxièmement, la consultation devait se limiter aux questions de principe et de droit. On ne pouvait pas permettre aux membres de l'organisation qui n'avaient pas entendu les témoignages de les réévaluer. La consultation devait reposer sur les faits énoncés par les membres qui avaient entendu les témoignages. Enfin, même relativement aux questions de droit et de principe, les arbitres devaient demeurer libres de prendre la décision qu'ils jugeaient juste selon leur conscience et selon leur compréhension des faits et du droit, et ne pas être forcés d'adopter les opinions exprimées par d'autres membres du tribunal administratif. Dans la mesure où ces règles étaient respectées, la consultation institutionnelle ne créait pas de crainte

tutional consultation would not create a reasonable apprehension of bias or lack of independence.

raisonnable de partialité ou de manque d'indépendance.

30 It is noteworthy that also at issue in the *Consolidated-Bathurst* case were the consultation proceedings followed within the OLRB. The majority decided that such procedures did not create a reasonable apprehension of bias or lack of independence.

Il importe de signaler que l'affaire *Consolidated-Bathurst* portait aussi sur la procédure de consultation suivie par la CTRO. Notre Cour a décidé à la majorité que les procédures de cette nature ne créaient pas de crainte raisonnable de partialité ou de manque d'indépendance.

31 The principles developed in *Consolidated-Bathurst* were also applied in the later case of *Tremblay, supra*. In the *Tremblay* case, the Supreme Court of Canada considered that the consultation procedures were imposed from above on the decision-makers and that they were so formalized that they became binding on the triers of facts, therefore compromising their independence.

Les principes élaborés dans *Consolidated-Bathurst* ont également été appliqués dans l'arrêt ultérieur *Tremblay*, précité. Dans *Tremblay*, notre Cour a jugé que les procédures de consultation étaient imposées aux décideurs par les autorités supérieures et qu'elles étaient si rigides qu'elles liaient les juges des faits et compromettaient donc leur indépendance.

2. Audi Alteram Partem

2. La règle audi alteram partem

32 The other issue in *Consolidated-Bathurst* concerned the impact of the consultation proceeding on the application of the *audi alteram partem* rule. The reasons of Gonthier J. conceded that there existed risks in that regard, but held that they could be addressed by ensuring that the parties be notified of any new issue raised during the discussion and allowed an opportunity to respond in an effective manner. The mere fact that issues already litigated between the parties were to be discussed again by the full Board would not amount to a breach of the *audi alteram partem* rule.

L'autre question en litige dans *Consolidated-Bathurst* portait sur l'effet de la procédure de consultation sur l'application de la règle *audi alteram partem*. Dans ses motifs, le juge Gonthier a admis qu'il existait des risques à cet égard, mais il était d'avis que ces risques pouvaient être éliminés si on veillait à ce que les parties soient avisées de toute nouvelle question soulevée pendant la discussion et qu'elles aient la possibilité de répondre de manière efficace. Le simple fait que des questions ayant déjà été débattues par les parties soient discutées de nouveau au cours d'une réunion plénière de la Commission ne constituait pas une violation de la règle *audi alteram partem*.

33 Provided these rules were complied with, the adjudicators retained the right to change their minds and to modify a first draft of a decision. Such changes would not create a presumption that something improper had occurred during the consultation process. In the absence of other evidence to the contrary, the presumption of regularity of administrative procedures would apply.

Dans la mesure où ces règles étaient respectées, les arbitres conservaient le droit de changer d'idée et de modifier un projet de décision initial. Une modification de cette nature ne donnait pas lieu à la présomption que quelque chose d'inapproprié s'était produit pendant le processus de consultation. En l'absence d'éléments de preuve contraires, la présomption de régularité des procédures administratives s'appliquait.

B. Application to the Case at Hand

These principles, as set out in *Consolidated-Bathurst, supra*, and applied in *Tremblay, supra*, govern the present case. As the appellant bears the burden of establishing that the rules of natural justice have been breached, so it must demonstrate that there was inappropriate tampering with the assessment of evidence.

1. Evidentiary Problems

The appellant faced difficult evidentiary problems when it launched its application for judicial review. The only facts it knew were that a draft decision dismissing the grievance had been circulated, that a full meeting of the OLRB had been called at the request of Vice-Chair Susan Tacon, that such a meeting had indeed been held and that the final arbitration award upheld the grievance.

The final decision was silent as to what had happened during the full Board meeting. As stated above, there has been no request for reconsideration, and thus, perhaps, an opportunity was lost to obtain information on the consultation process within the OLRB. From these facts, there is no direct evidence of improper tampering with the decision of the panel. Ellis-Don sought to strengthen its case by obtaining evidence of what had happened during the consultation process. The appellant tried to get this evidence through an interlocutory motion to examine certain members and officers of the OLRB. After the dismissal of its motion by the Divisional Court, Ellis-Don found itself in an impasse, as it could not obtain evidence of the process followed in the particular case from the OLRB through the interrogation of its members or officers.

The appellant then tried a new tack during the hearing of its application for judicial review. The purpose of its argument remained the same: to establish an improper interference by the full Board in the decision of the panel. Thus, it sought to convince the courts that the change in the deci-

B. Application à la présente affaire

Ces principes, énoncés dans *Consolidated-Bathurst*, précité, et appliqués dans *Tremblay*, précité, régissent la présente affaire. De la même manière que l'appelante a le fardeau de démontrer que les règles de justice naturelle n'ont pas été respectées, elle doit également démontrer que l'évaluation de la preuve a fait l'objet de manipulation.

1. Les problèmes de preuve

L'appelante faisait face à de difficiles problèmes de preuve lorsqu'elle a institué sa demande de contrôle judiciaire. Les seuls faits qu'elle connaissait étaient qu'un projet de décision rejetant le grief avait été diffusé, qu'une réunion plénière de la CRTO avait été convoquée à la demande de la vice-présidente Susan Tacon, que cette réunion avait effectivement eu lieu et que la décision arbitrale définitive avait confirmé le grief.

La décision définitive ne faisait pas état de ce qui s'était passé à la réunion plénière de la Commission. Comme je l'ai mentionné précédemment, aucune demande de nouvel examen n'a été présentée, de sorte que la possibilité d'obtenir des renseignements sur le processus de consultation de la CRTO a peut-être été perdue. À la lumière de ces faits, il n'existe aucune preuve directe de manipulation de la décision de la formation. Ellis-Don a tenté de renforcer sa preuve en obtenant des éléments de preuve sur ce qui s'était passé pendant le processus de consultation. Elle a cherché à obtenir ces éléments de preuve au moyen d'une requête interlocutoire pour interrogatoire de certains membres et de certains dirigeants de la CRTO. Sa requête ayant été rejetée par la Cour divisionnaire, Ellis-Don s'est trouvée dans une impasse, ne pouvant pas obtenir de la CRTO d'éléments de preuve sur le processus suivi dans son cas en interrogeant ses membres ou ses dirigeants.

L'appelante a alors emprunté une nouvelle avenue au cours de l'audition de sa demande de contrôle judiciaire. Le but de son argument est resté le même : démontrer l'ingérence inappropriée de l'ensemble des membres de la Commission dans la décision de la formation. Elle a donc cherché à

34

35

36

37

sion was of a factual nature and that it could properly be implied that a discussion of the facts had occurred at the full Board meeting. It also suggested that the threshold for judicial review in such a case was an apprehension of breach of natural justice and that there was no need to establish an actual breach of the *audi alteram partem* rule. It argued that such an apprehended breach of natural justice had been established through a displacement of the presumption of regularity of the administrative proceedings of the Board. According to the appellant, it fell to the respondents to establish that the proceedings had not been tainted by any breach of natural justice. Absent evidence to this effect, the Court should find that there was a breach of natural justice, that the Board had been biased and that the *audi alteram partem* rule had been violated. This un rebutted presumption would justify granting the application for judicial review and quashing the decision of the Board.

2. The Nature of the Change

38

The appeal rests on the argument that there was a change in the assessment of facts. It stressed that the only explanation for the change was the Board's acceptance of the factual theory advanced by the Union that had originally been rejected in the draft. Starting from that premise, Ellis-Don argued that in the circumstances, there were enough elements to reverse the presumption of regularity of the proceedings of the Board and to conclude that factual matters had been discussed at the full Board meeting. Thus, we first have to examine the nature of the change in question.

39

From the outset, it must be conceded that the distinction between mixed questions of fact and law as opposed to pure questions of law is difficult and that the lines between them are often blurred. Moreover, a consultation procedure will not take place in a purely abstract manner. Even if the factual background is accepted, it will be considered

convaincre les cours que la modification de la décision était de nature factuelle et qu'on pouvait à bon droit déduire que les faits avaient été abordés à la réunion plénière de la Commission. Elle a également avancé que le seuil permettant le contrôle judiciaire dans un tel cas était la crainte de violation des règles de justice naturelle et qu'il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence de violation de la règle *audi alteram partem*. Elle a prétendu que cette crainte de violation des règles de justice naturelle avait été établie au moyen du déplacement de la présomption de régularité des procédures administratives de la Commission. Selon l'appelante, il incombait aux intimées de démontrer que les procédures n'avaient été viciées par aucune violation des règles de justice naturelle. Faute de preuve en ce sens, notre Cour devait statuer qu'il y avait eu violation des règles de justice naturelle, que la Commission avait fait preuve de partialité et que la règle *audi alteram partem* n'avait pas été respectée. Cette présomption non réfutée devait justifier l'accueil de la demande de contrôle judiciaire et l'annulation de la décision de la Commission.

2. La nature de la modification

Le pourvoi repose sur l'argument qu'une modification de l'évaluation des faits a eu lieu. L'appelante a soutenu que cette modification ne s'expliquait que par l'acceptation par la Commission de la théorie factuelle avancée par le syndicat, qui avait initialement été rejetée dans le projet. À partir de cette prémisse, Ellis-Don a fait valoir que, dans les circonstances, il se trouvait assez d'éléments pour écarter la présomption de régularité de la procédure suivie par la Commission et conclure que des questions de fait avaient été discutées à sa réunion plénière. Par conséquent, nous devons en premier lieu examiner la nature de la modification en question.

D'entrée de jeu, il faut admettre que la distinction entre les questions de fait et de droit et les questions de droit pur est difficile à faire et que la frontière entre elles est souvent floue. De plus, une procédure de consultation ne se déroule pas d'une manière purement abstraite. Même si les faits sont acceptés, ils sont examinés et la discussion porte

and the discussion will take place in relation to it. Sometimes intricate questions may arise. There may be discussions of the legal characterization of facts or of fact selection itself. These are especially likely when a critical part of the evidence has been disregarded and when this error might change the whole appreciation of the law applicable to the case.

In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, an administrative law case, Iacobucci J. examined the difficulty of drawing distinctions between questions of law and fact and attempted to define them as follows (at paras. 35-37):

Briefly stated, questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal tests. A simple example will illustrate these concepts. In the law of tort, the question what “negligence” means is a question of law. The question whether the defendant did this or that is a question of fact. And, once it has been decided that the applicable standard is one of negligence, the question whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact. I recognize, however, that the distinction between law on the one hand and mixed law and fact on the other is difficult. On occasion, what appears to be mixed law and fact turns out to be law, or *vice versa*.

For example, the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Pezim, supra*, concluded that it was an error of law to regard newly acquired information on the value of assets as a “material change” in the affairs of a company. It was common ground in that case that the proper test was whether the information constituted a material change; the argument was about whether the acquisition of information of a certain kind qualified as such a change. To some extent, then, the question resembled one of mixed law and fact. But the question was one of law, in part because the words in question were present in a statutory provision and questions of statutory interpretation are generally questions of law, but also because the point in controversy was one that might potentially arise in many cases in the future; the argument was about kinds of information and not merely about the particular information that was at issue

sur ces faits. Des questions complexes peuvent parfois surgir. La qualification juridique des faits et le choix même des faits peuvent être abordés. Cela est particulièrement probable lorsqu’une partie essentielle de la preuve n’a pas été prise en considération et que cette erreur est susceptible de modifier toute l’appréciation du droit applicable à l’affaire.

Dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, une affaire de droit administratif, le juge Iacobucci a examiné la difficulté de distinguer entre les questions de droit et les questions de fait et il a tenté de les définir ainsi, aux par. 35-37 :

En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s’est réellement passé entre les parties; et, enfin, les questions de droit et de fait consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Un exemple simple permettra d’illustrer ces concepts. En droit de la responsabilité civile délictuelle, la question de savoir en quoi consiste la «négligence» est une question de droit. Celle de savoir si le défendeur a fait ceci ou cela est une question de fait. Une fois qu’il a été décidé que la norme applicable est la négligence, la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait. Toutefois, je reconnais que la distinction entre les questions de droit, d’une part, et celles de droit et de fait, d’autre part, est difficile à faire. Parfois, ce qui semble être une question de droit et de fait se révèle une question de droit, ou *vice versa*.

Par exemple, dans *Pezim*, précité, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique à la majorité a conclu que constituait une erreur de droit le fait de considérer que de nouveaux renseignements sur la valeur d’éléments d’actif étaient un «changement important» dans les affaires d’une société. Tous étaient d’accord pour dire, dans cette affaire, que le critère approprié était de déterminer si les renseignements constituaient un changement important; le débat portait sur la question de savoir si l’obtention d’un certain type de renseignements pouvait être qualifiée de changement de cette nature. Dans une certaine mesure, donc, la question ressemblait à une question de droit et de fait. Il s’agissait cependant d’une question de droit, en partie parce que les mots en cause se trouvaient dans une disposition législative et que les questions d’interprétation des lois sont généralement des questions de droit, mais aussi parce que le point liti-

in that case. The rule on which the British Columbia Securities Commission seemed to rely — that newly acquired information about the value of assets can constitute a material change — was a matter of law, because it had the potential to apply widely to many cases.

By contrast, the matrices of facts at issue in some cases are so particular, indeed so unique, that decisions about whether they satisfy legal tests do not have any great precedential value. If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future. [Emphasis added.]

(See also, in a criminal law context, the remarks of Arbour J. in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at paras. 21-22.)

gieux était susceptible de se présenter à nouveau dans bon nombre de cas dans le futur; le débat concernait les types de renseignements et non simplement les renseignements particuliers visés par l'instance. La règle sur laquelle la British Columbia Securities Commission semblait s'être appuyée — le fait que de nouveaux renseignements sur la valeur d'éléments d'actif peuvent constituer un changement important — était une question de droit, parce qu'elle était susceptible de s'appliquer à un grand nombre de cas.

À l'opposé, il arrive que les faits dans certaines affaires soient si particuliers, de fait qu'ils soient si uniques, que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents. Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir. [Je souligne.]

(Voir également, dans le contexte du droit criminel, les observations du juge Arbour dans l'arrêt *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 21-22.)

41

In the case at hand, it appears the change in the decision of the panel concerned a matter of law and policy. The general question in issue was the problem of abandonment of bargaining rights. The factual situation as such was well established. It was not disputed that when requested to list the employers for whose employees it held bargaining rights, the IBEW, Local 353 omitted the name of Ellis-Don. It was also conceded that the Union had

En l'espèce, il appert que la modification de la décision de la formation portait sur une question de droit et de principe. La question générale en litige était le problème de la renonciation aux droits de négociation. Les faits en soi étaient bien établis. Il n'était pas contesté que lorsqu'elle a dû énumérer les employeurs relativement auxquels elle avait des droits de négociation, la section locale 353 de la FIOE a omis d'inscrire le nom de Ellis-Don. Il était également admis que le syndicat n'avait présenté aucune preuve à l'audience devant

not offered any evidence at the hearing before the panel as to the reasons for this failure.

The position taken in the first draft was that the failure to list Ellis-Don in Schedule F created a rebuttable presumption of abandonment. The final decision discarded the idea that there was such a presumption and stated that the omission of Ellis-Don's name from the schedule merely constituted one of the factors to be considered in deciding the issue of abandonment. The change consists in a different conclusion as to the legal consequences to be derived from the facts, which is a pure question of law. Moreover, it does not constitute the application of an entirely new policy: the change in the final decision brought it more in line with a number of cases decided by the OLRB that made it very difficult to establish an abandonment of bargaining rights. (See, for example, *Lorne's Electric*, [1987] O.L.R.B. Rep. 1405, at pp. 1408-10.)

The appellant also argued that the change was prompted by a re-assessment of the particular facts and that it did not really concern a matter of policy and law. On the record before us, this amounts to little more than speculation.

3. The Standard for Judicial Review

The appellant relies heavily on the following statement of Gonthier J. in *Tremblay*, *supra*, at pp. 980-81:

A litigant who sees a "decision" favourable to him changed to an unfavourable one shall not think that there has been a normal consultation process. . . .

This comment is quoted out of context. It would be useful to quote at length the paragraph from which it was excerpted.

Finally, I would note that the procedure of early signature of draft decisions by members and assessors followed in the case at bar seems to me unadvisable. Although this procedure may be practical, it only adds to the appearance of bias when a decision maker decides to alter his opinion after free consultation with his col-

la formation du secteur de la construction relativement aux motifs de cette omission.

La position adoptée dans le projet initial était que l'omission d'inscrire Ellis-Don à l'annexe F avait donné naissance à une présomption réfutable de renonciation. La décision définitive a écarté l'idée d'une présomption de cette nature et a indiqué que l'absence du nom de Ellis-Don de l'annexe n'était qu'un des facteurs qui devaient être examinés pour trancher la question de la renonciation. La modification consiste en une conclusion différente quant aux effets juridiques découlant des faits, ce qui constitue une pure question de droit. De plus, elle ne constitue pas l'application d'un principe entièrement nouveau : la modification dans la décision définitive a rendu cette dernière plus compatible avec de nombreuses affaires tranchées par la CRTO qui ont fait en sorte qu'il est devenu très difficile de faire la preuve de la renonciation à des droits de négociation. (Voir, par exemple, *Lorne's Electric*, [1987] O.L.R.B. Rep. 1405, p. 1408 à 1410.)

L'appelante a également prétendu que la modification avait été causée par une réévaluation des faits en cause et qu'elle ne portait pas vraiment sur une question de principe et de droit. Le dossier dont nous sommes saisis indique que cet argument relève tout au plus d'une hypothèse.

3. La norme de contrôle judiciaire

L'appelante insiste beaucoup sur la déclaration suivante faite par le juge Gonthier dans l'arrêt *Tremblay*, précité, p. 980-981 :

Le justiciable qui voit une «décision» qui lui était favorable se changer en décision défavorable ne pensera pas qu'il s'agit du processus normal de consultation . . .

Comme ce commentaire est cité hors contexte, il serait bon de le replacer dans son contexte :

Je souligne finalement que la procédure de signature anticipée des projets de décisions par les membres et assesseurs suivie en l'espèce m'apparaît être à déconseiller. Même si cette procédure s'avère pratique, elle ne fait qu'ajouter à l'apparence de partialité lorsqu'un décideur décide de modifier son opinion après libre consul-

42

43

44

45

leagues. A litigant who sees a “decision” favourable to him changed to an unfavourable one will not think that there has been a normal consultation process; rather, he will have the impression that external pressure has definitely led persons who were initially favourable to his case to change their minds.

In this paragraph, it appears that Gonthier J. did not state a principle of law, but merely commented on the effect of an administrative practice that required the signature of draft reasons.

tation avec ses collègues. Le justiciable qui voit une «décision» qui lui était favorable se changer en décision défavorable ne pensera pas qu’il s’agit du processus normal de consultation; il aura plutôt l’impression qu’une pression extérieure a bel et bien fait changer d’avis les personnes d’abord favorables à sa cause.

Dans ce paragraphe, le juge Gonthier ne semble pas avoir énoncé un principe de droit, mais plutôt avoir simplement fait un commentaire sur l’effet d’une pratique administrative exigeant la signature d’un projet de motifs.

46 According to the appellant, a change from a favourable to an unfavourable result demonstrates an apparent failure of natural justice. The appellant asserts that its burden is limited to the demonstration of an apparent failure of natural justice and that this should suffice to justify the judicial review of the decision of the Board. The appellant would not have to establish an actual breach.

Selon l’appelante, modifier une décision favorable en une décision défavorable établit une apparence d’absence de justice naturelle. L’appelante affirme qu’elle ne doit démontrer que l’apparence d’absence de justice naturelle et que cela devrait suffire pour justifier le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Elle n’aurait pas à établir l’existence d’une violation réelle des règles de justice naturelle.

47 Such a test was never adopted by the law. Breaches of natural justice are grounds for judicial review, but this complex notion covers a number of very diverse situations, particularly bias and lack of independence of the adjudicator and the *audi alteram partem* rule in all its variations.

Le droit n’a jamais adopté ce critère. La violation des règles de justice naturelle constitue un motif de contrôle judiciaire, mais cette notion complexe s’applique à diverses situations très différentes, tout particulièrement la partialité et le manque d’indépendance de l’arbitre ainsi que la règle *audi alteram partem* sous toutes ses formes.

48 The appellant tries to extend to every case of breach of natural justice an approach limited to the problem of bias and lack of independence. The test of appearance of a breach was developed for the application of the concept of bias mainly in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394. This test was reaffirmed in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689, which dealt with reasonable apprehension of lack of independence. In the case of bias, the courts faced the problem of establishing the state of mind of the decision-maker, evidence of which is often difficult to apprehend directly. Therefore, the test adopted had to be usually limited to the demonstration of a reasonable apprehension that the mind of the adjudicator might be biased. If a requirement to establish actual bias had been adopted as a general principle,

L’appelante tente de rendre applicable à tous les cas de violation des règles de justice naturelle une démarche limitée au problème de la partialité et du manque d’indépendance. Le critère de l’apparence de violation a été élaboré en vue de l’application du concept de la partialité principalement dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394. Ce critère a été confirmé de nouveau dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689, qui portait sur la crainte raisonnable de manque d’indépendance. Dans le cas de la partialité, les tribunaux étaient placés devant le problème d’établir l’état d’esprit de l’arbitre, preuve souvent difficile à saisir directement. Par conséquent, le critère adopté devait généralement se limiter à la preuve d’une crainte raisonnable que l’esprit de l’arbitre était susceptible d’être biaisé. Si l’on avait adopté

judicial review for bias would have been a rare event indeed.

In the case of an alleged violation of the *audi alteram partem* rule, even if it can be difficult to obtain evidence to that effect in certain cases, the applicant for judicial review must establish an actual breach. There is no authority for the proposition put forward by the appellant that an “apprehended” breach is sufficient to trigger judicial review. In *Consolidated-Bathurst, supra*, the reasons of Gonthier J. clearly distinguished the two problems: bias and *audi alteram partem*. On the one hand, Gonthier J. examined whether the process of institutional consultation created an apprehension of bias. While reviewing the application of the *audi alteram partem* rule, he never indicated that an apprehension of breach was sufficient to justify intervention. Indeed, he found that the record before the Court revealed no evidence that any other issues or arguments had been discussed at the full Board meeting. Therefore, he held that the appellant had failed to prove a breach of the *audi alteram partem* rule: see *Consolidated-Bathurst*, at pp. 339-40. Thus, one has to look at the nature of the natural justice problem involved to determine the threshold for judicial review. *Consolidated-Bathurst* does not stand as authority for the assertion that the threshold for judicial review in every case of alleged breach of natural justice is merely an apprehended breach of natural justice.

In support of its argument, the appellant also invoked the ruling of this Court in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, where Dickson J. (as he then was) wrote at p. 1116:

We [i.e., the Court] are not concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

comme principe général l’obligation de prouver l’existence d’une partialité réelle, le contrôle judiciaire pour motif de partialité aurait vraiment été un événement rare.

Dans le cas d’une présumée violation de la règle *audi alteram partem*, même s’il peut s’avérer difficile de prouver ce fait dans certains cas, celui qui demande le contrôle judiciaire doit démontrer l’existence d’une violation réelle. Aucune décision n’appuie la proposition avancée par l’appelante, selon laquelle une « crainte » de violation suffit pour donner lieu au contrôle judiciaire. Dans *Consolidated-Bathurst*, précité, le juge Gonthier a fait une distinction claire entre les deux problèmes : la partialité et la règle *audi alteram partem*. D’une part, il a examiné la question de savoir si le processus de consultation institutionnelle avait donné lieu à une crainte de partialité. En étudiant l’application de la règle *audi alteram partem*, il n’a jamais indiqué qu’une crainte de violation suffisait pour justifier une intervention. En fait, il était d’avis que le dossier dont notre Cour était saisie ne révélait aucune preuve que d’autres questions ou arguments avaient été abordés à la réunion plénière de la Commission. Il a donc conclu que l’appelant n’avait pas réussi à démontrer l’existence d’une violation de la règle *audi alteram partem* : voir *Consolidated-Bathurst*, p. 339-340. Par conséquent, il faut examiner la nature du problème de justice naturelle en cause pour déterminer le seuil justifiant le contrôle judiciaire. L’arrêt *Consolidated-Bathurst* n’appuie pas l’affirmation que le seuil justifiant le contrôle judiciaire dans tous les cas de présumée violation des règles de justice naturelle est simplement la crainte de violation de ces règles.

À l’appui de son argument, l’appelante a également invoqué la décision rendue par notre Cour dans *Kane c. Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, où le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a écrit à la p. 1116 :

Nous [c.-à-d., notre Cour] ne sommes pas concernés ici par la preuve de l’existence d’un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu’aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

However, this excerpt does not have the meaning ascribed to it by the appellant. In *Kane*, the applicant had established an actual breach of the *audi alteram partem* rule: during the deliberations of the Board of Governors of UBC on a disciplinary matter, the President of the University had provided the decision-makers with supplementary facts in the absence of the parties. Dickson J., writing for the majority, simply said that once a breach of the *audi alteram partem* rule had been made out, it was not necessary to prove that this breach had caused an actual prejudice to the litigant, but only the likelihood of it.

51

In the present case, the Court must apply the normal standards of judicial review in matters involving the *audi alteram partem* rule. In support of its allegation of a breach of the *audi alteram partem* rule, Ellis-Don had to demonstrate an actual breach. As stated above, it could not get directly at the evidence after the dismissal of its interlocutory motion. The record as such does not indicate any breach of this nature. The only information available is that discussions took place at the full Board meeting and that a change was made on a question of law and policy in the draft decision. This is not sufficient to warrant judicial review.

52

The case reveals a tension between the fairness of the process and the principle of deliberative secrecy. The existence of this tension was conceded by Gonthier J. in *Tremblay*, *supra*, at pp. 965-66. Undoubtedly, the principle of deliberative secrecy creates serious difficulties for parties who fear that they may have been the victims of inappropriate tampering with the decision of the adjudicators who actually heard them. Even if this Court has refused to grant the same level of protection to the deliberations of administrative tribunals as to those of the civil and criminal courts, and would allow interrogation and discovery as to the process followed, Gonthier J. recognized that this principle of deliberative secrecy played an impor-

Cet extrait n'a toutefois pas la signification que lui attribue l'appelante. Dans *Kane*, le demandeur avait démontré l'existence d'une violation réelle de la règle *audi alteram partem* : au cours des délibérations du Conseil d'administration de l'U.C.-B. dans une affaire disciplinaire, le président de l'université avait fait part aux arbitres de faits supplémentaires en l'absence des parties. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Dickson a simplement affirmé qu'une fois la violation de la règle *audi alteram partem* établie, il n'était pas nécessaire de prouver que cette violation avait causé un préjudice réel au justiciable, mais seulement de démontrer la probabilité de préjudice.

Dans la présente affaire, notre Cour doit appliquer les normes de contrôle judiciaire habituelles dans les questions portant sur la règle *audi alteram partem*. Pour étayer son allégation de violation de la règle *audi alteram partem*, Ellis-Don devait démontrer l'existence d'une violation réelle. Comme je l'ai mentionné précédemment, elle n'a pas pu obtenir de preuve directe à la suite du rejet de sa requête interlocutoire. À sa face même, le dossier n'indique aucune violation de cette nature. Les seuls renseignements disponibles sont que des discussions ont eu lieu à la réunion plénière de la Commission et qu'une modification a été apportée relativement à une question de droit et de principe qui figurait dans le projet de décision. Cela n'est pas suffisant pour justifier un contrôle judiciaire.

La présente affaire révèle l'existence d'une tension entre le caractère équitable du processus et le principe du secret du délibéré. L'existence de cette tension a été admise par le juge Gonthier dans *Tremblay*, précité, p. 965-966. Il ne fait aucun doute que le principe du secret du délibéré crée de graves difficultés aux parties qui craignent avoir été victimes de manipulation de la décision des arbitres qui les ont entendues. Bien que notre Cour ait refusé d'accorder le même niveau de protection aux délibérations des tribunaux administratifs qu'à celles des cours de justice civile et criminelle et qu'elle n'ait pas permis l'interrogatoire et l'interrogatoire préalable relativement au processus suivi, le juge Gonthier a reconnu que ce principe du

tant role in safeguarding the independence of administrative adjudicators.

Deliberative secrecy also favours administrative consistency by granting protection to a consultative process that involves interaction between the adjudicators who have heard the case and the members who have not, within the rules set down in *Consolidated-Bathurst*, *supra*. Without such protection, there could be a chilling effect on institutional consultations, thereby depriving administrative tribunals of a critically important means of achieving consistency.

Satisfying those requirements of consistency and independence comes undoubtedly at a price, this price being that the process becomes less open and that litigants face tough hurdles when attempting to build the evidentiary foundation for a successful challenge based on alleged breaches of natural justice (see, e.g., H. N. Janisch, "Consistency, Rulemaking and *Consolidated-Bathurst*" (1991), 16 *Queen's L.J.* 95; D. Lemieux, "L'équilibre nécessaire entre la cohérence institutionnelle et l'indépendance des membres d'un tribunal administratif: *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 734). The present case provides an excellent example of those difficulties.

After the dismissal of its interlocutory motion, the appellant could not examine the officers of the Board on the process that had been followed. In the absence of any further evidence, this Court cannot reverse the presumption of regularity of the administrative process simply because of a change in the reasons for the decision, especially when the change is limited on its face to questions of law and policy, as discussed above. A contrary approach to the presumption would deprive administrative tribunals of the independence that the principle of deliberative secrecy assures them in their decision-making process. It could also jeopardize institutionalized consultation proceedings that have become more necessary than ever to

secret du délibéré jouait un rôle important dans la protection de l'indépendance des arbitres administratifs.

Le secret du délibéré favorise également la cohérence administrative au moyen de la protection qu'il confère à un processus consultatif qui comporte une interaction entre les arbitres qui ont entendu l'affaire et les membres qui ne l'ont pas entendue, dans le cadre des règles établies dans *Consolidated-Bathurst*, précité. Sans cette protection, il risque d'y avoir un effet paralysant sur les consultations institutionnelles, ce qui priverait les tribunaux administratifs d'un moyen essentiel d'assurer la cohérence.

Il ne fait aucun doute que le respect de ces exigences de cohérence et d'indépendance est assorti d'un prix, ce prix étant que le processus devient moins ouvert et que les justiciables font face à de grands obstacles lorsqu'ils tentent de bâtir le fondement probatoire permettant d'avoir gain de cause dans une contestation fondée sur de présumées violations des règles de justice naturelle (voir, p. ex., H. N. Janisch, « Consistency, Rulemaking and *Consolidated-Bathurst* » (1991), 16 *Queen's L.J.* 95; D. Lemieux, « L'équilibre nécessaire entre la cohérence institutionnelle et l'indépendance des membres d'un tribunal administratif : *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)* » (1992), 71 *R. du B. can.* 734). La présente affaire fournit un excellent exemple de ces difficultés.

Après le rejet de sa requête interlocutoire, l'appelante n'a pu interroger les responsables de la Commission au sujet du processus suivi. En l'absence de toute preuve additionnelle, notre Cour ne peut pas écarter la présomption de régularité du processus administratif simplement en raison d'une modification dans les motifs de la décision, surtout lorsque la modification est limitée à sa face même à des questions de droit et de principe, comme je l'ai mentionné précédemment. Une méthode contraire relative à la présomption priverait les tribunaux administratifs de l'indépendance que le principe du secret du délibéré leur confère dans le cadre de leur processus décisionnel. Cela pourrait également compromettre des procédures

53

54

55

ensure the consistency and predictability of the decisions of administrative tribunals.

4. Conclusion on the Grounds for Judicial Review

56

The record shows no indication of a change on the facts, of impropriety or of a violation of the principles governing institutional consultation. Any intervention would have to be based on mere speculation about what might have happened during the consultation with the full Board. The judicial review of a decision of an administrative body may not rest on speculative grounds. Thus, the Divisional Court and the Court of Appeal of Ontario correctly applied the rules governing judicial review when they dismissed the appellant's application.

5. Failure to Ask for Reconsideration

57

There was also some discussion in this Court about the failure of the appellant to ask for reconsideration. However, even the Board conceded that in the circumstances, reconsideration did not constitute an absolute prerequisite to judicial review. In the present case, it might have been a good tactical move that would perhaps have elicited some information from the Board about its consultation process, but the principles of judicial review did not require the use or exhaustion of this particular remedy. Of course, in some cases, failure to seek reconsideration might be a factor to be weighed by superior courts when determining whether to grant a remedy in an application for judicial review.

VII. Conclusion

58

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

de consultation institutionnelle, devenues plus nécessaires que jamais pour assurer la cohérence et la prévisibilité des décisions des tribunaux administratifs.

4. Conclusion relative aux motifs de contrôle judiciaire

Le dossier ne donne aucune indication d'une modification quant aux faits, d'une irrégularité ou d'une violation des principes régissant la consultation institutionnelle. Toute intervention serait nécessairement fondée sur de simples hypothèses au sujet de ce qui a pu se passer pendant la consultation à la réunion plénière de la Commission. Le contrôle judiciaire de la décision d'un organisme administratif ne peut pas reposer sur des motifs hypothétiques. Par conséquent, la Cour divisionnaire et la Cour d'appel de l'Ontario ont correctement appliqué les règles régissant le contrôle judiciaire lorsqu'elles ont rejeté la demande de l'appelante.

5. L'omission de demander un nouvel examen

L'omission de l'appelante de demander un nouvel examen a également été abordée devant notre Cour. Toutefois, même la Commission a admis que, dans les circonstances, un nouvel examen ne constituait pas un préalable obligatoire au contrôle judiciaire. En l'espèce, cela aurait pu constituer une bonne tactique qui aurait peut-être permis de tirer des renseignements de la Commission au sujet de son processus de consultation, mais les principes applicables au contrôle judiciaire n'exigeaient pas l'usage ou l'épuisement de ce recours particulier. Il va sans dire que, dans certains cas, l'omission de demander un nouvel examen pourrait constituer un facteur qu'une cour de juridiction supérieure devrait prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'accorder un redressement dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

The reasons of Major and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — It is occasionally observed that the most important person in the hearing room is the party that has just lost a case. Whatever may be the loser's bitterness or incredulity at the outcome, the overriding imperative is that the outcome was — and was seen to be — reached impartially under a fair procedure. That is the overriding issue in this appeal.

The appellant, a general contractor in the Ontario construction industry, claims that 30 years ago the respondent union abandoned whatever bargaining rights it held for the employees of the appellant and its subcontractors. It complains that a panel of the Ontario Labour Relations Board that had heard weeks of evidence and argument and which reached an initial decision in the appellant's favour, subsequently abdicated its adjudicative responsibilities in favour of a full Board meeting. The Chair of the Board, the Alternate Chair, the 20 Vice-Chairs and about 40 other members were invited to the meeting to discuss the decision before its release in the absence of the parties whose interests were directly at stake. The appellant was given no opportunity to address evidence or argument to this wider audience.

The appellant's complaint is thus that a decision in its favour, based on what the Board itself characterized as an issue of fact, was changed to one against it immediately following a full Board meeting called specifically to consider the reasons for decision in this specific case. It further complains that the Board resisted every legal avenue for the appellant to shed further light on how or why that change occurred. The appellant says it has been unfairly dealt with.

Version française des motifs des juges Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — On fait parfois remarquer que la personne la plus importante dans la salle d'audience est la partie qui vient tout juste de perdre une cause. Malgré l'amertume ou l'incredulité du perdant face à l'issue de l'affaire, l'exigence prédominante est que la conclusion ait été, et ait paru être, tirée de façon impartiale dans le cadre d'une procédure équitable. Il s'agit de la question prédominante dans le présent pourvoi.

L'appelante, un entrepreneur général œuvrant dans l'industrie de la construction en Ontario, prétend qu'il y a 30 ans le syndicat intimé a renoncé aux droits de négociation qu'il pouvait détenir relativement à ses employés et à ses sous-traitants. Elle se plaint qu'une formation de la Commission des relations de travail de l'Ontario, qui a examiné des éléments de preuve et entendu des arguments pendant des semaines et a rendu une décision initiale en faveur de l'appelante, a ensuite abandonné ses responsabilités décisionnelles en faveur de la Commission en réunion plénière. Le président de la Commission, le président suppléant, les 20 vice-présidents et quelque 40 autres membres ont été invités à la réunion, avant que la décision ne soit rendue publique, pour en discuter en l'absence des parties dont les intérêts étaient directement touchés. Aucune possibilité n'a été offerte à l'appelante de présenter des éléments de preuve ou des arguments à cet auditoire plus nombreux.

La plainte de l'appelante réside donc dans le fait qu'une décision avait été rendue en sa faveur, à la lumière de ce que la Commission elle-même qualifiait de question de fait, pour ensuite être modifiée à son désavantage suivant immédiatement une réunion plénière de la Commission convoquée précisément en vue de l'examen des motifs de la décision rendue dans cette affaire. L'appelante se plaint également du fait que la Commission a contesté tous les moyens légaux qui lui auraient permis d'en connaître davantage sur la façon dont ce changement s'est produit ou sur les raisons pour lesquelles il s'est produit. L'appelante dit avoir été traitée inéquitablement.

59

60

61

62

When this Court decided in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, that panel members could consult with the full Board on matters of policy as opposed to issues of fact, it was feared in some quarters that the integrity of administrative decision-making could appear to be compromised without effective redress. This appeal tests the limits of the *Consolidated-Bathurst* rule. It also tests the availability of effective redress for non-observance of those limits.

Lorsque notre Cour a décidé dans l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, que les membres d'une formation pouvaient consulter la Commission dans son ensemble sur des questions de principe, par opposition à des questions de fait, certains craignaient que l'intégrité du processus de décision administrative puisse paraître compromise sans qu'il n'y ait de redressement efficace. Le présent pourvoi amène la Cour à se pencher sur les limites de la règle établie dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*. Il l'amène également à examiner la possibilité de redressement efficace en cas de non-respect de ces limites.

63

The Board has long treated abandonment of bargaining rights as a question of fact. In its initial decision prepared by the Vice-Chair, which the Board acknowledged to be authentic, the panel wrote that it "has found unequivocal evidence of abandonment by the applicant [union] of its bargaining rights prior to 1978" (para. 55), being the date when the Ontario construction industry went to province-wide bargaining. In its revised decision, the Vice-Chair wrote that "considering all the circumstances, the Board does not find that Local 353 abandoned its bargaining rights prior to the introduction of province-wide bargaining" ([1992] OLRB Rep. 147, at para. 54). The evidence discloses no explanation for the change other than the full Board meeting. In my view, *Consolidated-Bathurst* should not be interpreted to authorize the full Board to micro-manage the output of particular panels to the extent evident in this case. The concept of "policy" has been stretched beyond its breaking point. The principle that "he who hears must decide" should be vindicated. I would therefore allow the appeal and return the issue to be addressed by a different panel of the Board.

La Commission a longtemps considéré la renonciation aux droits de négociation comme une question de fait. Dans sa décision initiale préparée par la vice-présidente et dont la Commission a reconnu l'authenticité, la formation a écrit qu'elle [TRADUCTION] « a conclu à l'existence d'une preuve sans équivoque que la demanderesse [la FIOE] a renoncé à ses droits de négociation avant 1978 » (par. 55), soit la date à laquelle l'industrie de la construction en Ontario est passée à un régime de négociation à l'échelle de la province. Dans la décision révisée de la formation, la vice-présidente a écrit que [TRADUCTION] « vu l'ensemble des circonstances, la Commission estime que la section locale 353 n'a pas renoncé à ses droits de négociation avant la mise en œuvre du régime de négociation à l'échelle de la province » ([1992] OLRB Rep. 147, par. 54). Aucune explication pour le changement ne ressort de la preuve autre que la tenue de la réunion plénière de la Commission. Je suis d'avis que l'arrêt *Consolidated-Bathurst* ne doit pas être interprété comme permettant à la Commission dans son ensemble de faire la micro-gestion des conclusions tirées par des formations particulières d'une façon aussi évidente que dans la présente affaire. La notion de « principe » a été démesurément étendue. Le principe voulant que « celui qui entend doit trancher » doit être défendu. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer la question pour qu'elle soit examinée par une formation différente de la Commission.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague LeBel J. and will not duplicate his description of the events leading to the present controversy or his review of the leading authorities. I will elaborate only as may be necessary to identify my points of disagreement.

Standard of Review

The respondent union argues that the Board's decision should be set aside only if it is "patently unreasonable". This presupposes that the error was made within the Board's jurisdiction. The appellant contends that the panel of the Board lost jurisdiction when it called for a full Board meeting to discuss what it regards as a question of fact. Compliance with the rules of natural justice is a legal issue. The standard of review is correctness as noted in D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), vol. 2, at para. 14:2300, pp. 14-14 and 14-15:

... whether the administrative decision-maker has breached the rules of natural justice or the duty of procedural fairness by failing to permit any, or adequate, participation by the person concerned will usually be assessed on the basis of "correctness." And the presence of a privative clause will be of no consequence in this regard.

I think this is a correct statement of the law.

He Who Hears Must Decide

Nothing is more fundamental to administrative law than the principle that he who hears must decide. *Consolidated-Bathurst, supra*, affirmed the vigour of this general rule while recognizing an exception for a full board meeting to give "quality and coherence" in matters of Board policy (p. 324). Policy issues were thought to be different from fact finding, and the latter was ruled off-

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge LeBel, et je ne reprendrai pas sa description des événements qui ont mené au présent litige ni son examen des précédents. J'apporterai des précisions seulement dans la mesure où cela m'est nécessaire pour indiquer les points sur lesquels je suis en désaccord.

La norme de contrôle

Le syndicat intimé prétend que la décision de la Commission ne doit être écartée que si elle est « manifestement déraisonnable ». Cela suppose que l'erreur a été commise dans le cadre de la compétence de la Commission. L'appelante soutient que la formation a perdu compétence lorsqu'elle a demandé la tenue d'une réunion plénière de la Commission pour discuter de ce qu'elle considère comme une question de fait. La conformité aux règles de justice naturelle est une question de droit. La norme de contrôle est celle de la décision correcte, comme l'ont souligné D. J. M. Brown et J. M. Evans dans *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), vol. 2, par. 14:2300, p. 14-14 et 14-15 :

[TRADUCTION]... la question de savoir si le décideur administratif a contrevenu aux règles de justice naturelle ou à l'obligation d'équité procédurale en ne permettant pas à la personne concernée d'apporter sa participation ou une participation adéquate est généralement évaluée selon la norme de la « décision correcte ». Et la présence d'une clause privative n'a aucune conséquence à cet égard.

J'estime qu'il s'agit d'un énoncé correct du droit.

Celui qui entend doit trancher

Rien n'est plus fondamental en droit administratif que le principe voulant que celui qui entend doit décider. L'arrêt *Consolidated-Bathurst*, précité, a confirmé l'importance de cette règle générale tout en reconnaissant l'existence d'une exception s'appliquant aux réunions plénières de la Commission et visant à donner de la « qualité et de [la] cohérence » à ses politiques (p. 324). Les questions de principe ont été jugées différentes de l'appréciation des faits, qui, a-t-on estimé, ne pouvait même pas

64

65

66

limits even for discussion at the full Board meeting, *per* Gonthier J., at p. 335:

Full board meetings held on an *ex parte* basis do entail some disadvantages from the point of view of the *audi alteram partem* rule because the parties are not aware of what is said at those meetings and do not have an opportunity to reply to new arguments made by the persons present at the meeting. In addition, there is always the danger that the persons present at the meeting may discuss the evidence. [Emphasis added.]

At p. 339, Gonthier J. stressed that the *Consolidated-Bathurst* principle is limited to “legal or policy arguments *not* raising issues of fact” (emphasis added):

It is true that on factual matters the parties must be given a “fair opportunity . . . for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view”. . . . However, the rule with respect to legal or policy arguments not raising issues of fact is somewhat more lenient because the parties only have the right to state their case adequately and to answer contrary arguments. [Emphasis added.]

67

It appears more probable than not that at the full Board meeting in this case there was a discussion about factual matters which likely included “statement[s] prejudicial to [the appellant’s] view” because the panel subsequently reversed itself on the appropriateness of an adverse inference against the union for its failure to lead relevant evidence, reversed itself on the issue of abandonment, and thus reversed itself on the outcome of the hearing.

The Issue of Abandonment

68

The Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1 (“the Act”) does not speak of abandonment of bargaining rights. The concept was developed in the Board’s jurisprudence to allow termination of the bargaining rights of a union that fails to “actively promote those rights”. These principles were adopted by the panel, citing earlier cases,

être abordée à la réunion plénière de la Commission, le juge Gonthier, à la p. 335 :

Les réunions plénières de la Commission tenues *ex parte* comportent certains inconvénients sur le plan de la règle *audi alteram partem* parce que les parties ne savent pas ce qui a été dit à ces réunions et n’ont pas la possibilité de répliquer aux nouveaux arguments soumis par les personnes qui y ont assisté. De plus, il y a toujours le risque que les personnes présentes à la réunion discutent de la preuve. [Je souligne.]

À la p. 339, le juge Gonthier a souligné que le principe établi dans l’arrêt *Consolidated-Bathurst* se limitait aux « arguments juridiques ou de politique qui *ne* soulèvent *pas* de questions de fait » (italiques ajoutés) :

Il est vrai que relativement aux questions de fait, les parties doivent obtenir une [TRADUCTION] «possibilité raisonnable [. . .] de corriger ou de contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue» [. . .] Cependant, la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait est un peu moins sévère puisque les parties n’ont que le droit de présenter leur cause adéquatement et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables. [Je souligne.]

Il paraît plus probable que des questions factuelles comprenant vraisemblablement des « énoncé[s] [. . .] qui nui[sent au] point de vue [de l’appelante] » ont été abordées à la réunion plénière de la Commission en l’espèce, parce que la formation a par la suite renversé sa propre décision sur l’opportunité d’une conclusion défavorable au syndicat en raison de son omission de produire une preuve pertinente et qu’elle l’a renversée sur la question de la renonciation et quant à l’issue de l’audience.

La question de la renonciation

La *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, ch. 1 (« la Loi ») ne traite pas de la renonciation aux droits de négociation. Cette notion a été élaborée dans la jurisprudence de la Commission en vue de permettre l’abolition des droits de négociation d’un syndicat qui fait défaut de faire la [TRADUCTION] « promotion active de ces droits ». Citant des décisions antérieures, la formation a adopté ces principes en utilisant des termes

in identical terms in para. 43 of its initial decision and para. 43 of its final decision:

Over the last 20 years the principle of abandonment has been deeply entrenched in the Board's jurisprudence. Once a union has obtained bargaining rights either through certification or voluntary recognition it is expected that it will actively promote those rights. If a union declines to pursue bargaining rights it may lose them through disuse. Whether a union has abandoned its bargaining rights is a matter which must be assessed on the facts of each individual case, but once the Board is satisfied that a union has failed to preserve its rights, the union may no longer rely on them to support the appointment of a Conciliation Officer under section 15 of the Act. . . . [Emphasis added.]

The issue for the panel, therefore, was whether the respondent union had "actively promote[d]" its bargaining rights with the appellant, or had lost them "through disuse".

The Initial Decision

I take the following events from the initial decision prepared for the panel dated December 1991. (It seems to be more than a draft. It appears from the "true copy" in the record that the original was signed by the presiding Vice-Chair.)

On January 12, 1990, IBEW Local 894 grieved the appellant's subcontract of electrical work to a non-union contractor. It claimed that the appellant was bound by the current province-wide agreement between the Electrical Contractors Association of Ontario and the IBEW Construction Council of Ontario. The appellant took the position that it was not party to that agreement. In response, the union reached back almost 30 years to a "working agreement" the IBEW, Local 353 had signed with the appellant in 1962. The appellant's position was that if there was voluntary recognition of IBEW bargaining rights at that time (which it denied), such bargaining rights had been abandoned no later than the early 1970s when the Electrical Contractors Association of Toronto sought accreditation as bargaining agent for employers with whom

identiques au par. 43 de sa décision initiale et au par. 43 de sa décision définitive :

[TRADUCTION] Au cours des 20 dernières années, le principe de la renonciation s'est profondément enraciné dans la jurisprudence de la Commission. Une fois qu'un syndicat a obtenu des droits de négociation par voie d'accréditation ou de reconnaissance volontaire, on s'attend à ce qu'il fasse la promotion active de ces droits. Si un syndicat néglige d'exercer des droits de négociation, il peut les perdre par inaction. La question de savoir si un syndicat a renoncé à ses droits de négociation doit être examinée à la lumière des faits de chaque affaire particulière, mais une fois que la Commission est convaincue qu'un syndicat a omis de préserver ses droits, le syndicat ne peut plus les invoquer pour demander la nomination du conciliateur prévu par l'article 15 de la Loi. . . . [Je souligne.]

La question que devait donc trancher la formation était de savoir si le syndicat intimé avait fait la « promotion active » de ses droits de négociation envers l'appelante ou s'il les avait perdus « par inaction ».

La décision initiale

Je tire les événements suivants de la décision initiale préparée pour la formation et datée de décembre 1991. (Il semble s'agir de plus qu'une ébauche. Il ressort de la « copie certifiée conforme » figurant au dossier que l'original a été signé par la vice-présidente.)

Le 12 janvier 1990, la section locale 894 de la FIOE a déposé un grief visant le marché de sous-traitance de travaux d'électricité conclu par l'appelante avec un entrepreneur dont les employés n'étaient pas syndiqués. Elle a prétendu que l'appelante était liée par la convention en cours à l'échelle de la province entre l'Electrical Contractors Association of Ontario et le conseil des métiers de la construction de la FIOE pour l'Ontario. L'appelante a soutenu ne pas être partie à cette convention. En réponse, le syndicat a fait un recul de 30 ans environ dans le passé pour invoquer une [TRADUCTION] « convention de travail » que la section locale 353 de la FIOE avait signée avec l'appelante en 1962. L'appelante a avancé que s'il y avait eu reconnaissance volontaire des droits de négociation de la FIOE à cette époque (ce qu'elle a

69

70

the IBEW, Local 353 asserted bargaining rights. The statutory form ("schedule F") and regulations required the union to list "all employers" in the unit with whom the respondent union "is entitled to bargain as a result of a collective agreement, a recognition agreement or a certificate of The Labour Relations Board that has not yet resulted in a collective agreement" but who had not directly employed electricians in the year prior to the application. The IBEW, Local 353 had filed such a list. It did not include the name of the appellant. The appellant argued that if any bargaining rights had been acquired under what the Board regarded as the 1962 "recognition agreement", such rights had been abandoned by the time the union filed the accreditation documents in 1971. The accreditation exercise was subsequently extended to province-wide bargaining.

nié), ces droits avaient fait l'objet d'une renonciation au plus tard au début des années 70, lorsque l'Electrical Contractors Association of Toronto a sollicité l'accréditation en tant qu'agent de négociation envers les employeurs au sujet desquels la section locale 353 de la FIOE faisait valoir des droits de négociation. Le formulaire prévu par la loi (« l'annexe F ») ainsi que le règlement exigeaient que le syndicat dresse la liste de [TRADUCTION] « tous les employeurs » de l'unité avec laquelle le syndicat intimé [TRADUCTION] « a le droit de négocier en vertu d'une convention collective, d'une entente de reconnaissance ou d'un certificat de la Commission des relations de travail qui n'a pas encore donné lieu à une convention collective », mais qui n'avaient pas directement employé d'électriciens dans l'année précédant la demande. La section locale 353 de la FIOE avait déposé une telle liste. Le nom de l'appelante n'y figurait pas. L'appelante a prétendu que si des droits de négociation avaient été acquis en vertu de ce que la Commission considérait comme l'« entente de reconnaissance » de 1962, ces droits avaient fait l'objet d'une renonciation au moment où le syndicat avait déposé les documents d'accréditation en 1971. L'exercice d'accréditation a ensuite été étendu à la négociation à l'échelle de la province.

71

The initial decision included a description of the 1971 accreditation process:

What is important is that, as part of an accreditation application, the respondent trade union files with the Board a "schedule F" wherein the union lists those employers with whom it asserts it has bargaining rights but who did not have employees within one year prior to the accreditation application date. In reviewing Board File 1469-71-R, wherein an accreditation order was issued on January 9, 1975, it is apparent that Ellis-Don's name does not appear on the final schedule F. Nor was Ellis-Don's name struck off an initial schedule F as were other employers who challenged their inclusion on schedule F by the respondent trade union. Quite simply, it appears that Local 353 did not include Ellis-Don's name on schedule F which the union filed with the Board.

La décision initiale comportait une description du processus d'accréditation de 1971 :

[TRADUCTION] Ce qui compte, c'est que dans le cadre de sa demande d'accréditation, le syndicat intimé dépose auprès de la Commission une « annexe F », dans laquelle il énumère les employeurs au sujet desquels il affirme avoir des droits de négociation mais qui n'avaient aucun employé dans l'année précédant la date de la demande d'accréditation. Il ressort du dossier 1469-71-R de la Commission, dans lequel une ordonnance d'accréditation a été rendue le 9 janvier 1975, que le nom de Ellis-Don ne figure pas à l'annexe F finale. Le nom de Ellis-Don n'avait pas non plus été radié d'une annexe F initiale comme l'avait été celui d'autres employeurs ayant contesté leur inclusion dans cette annexe par le syndicat intimé. Il semble tout simplement que la section locale 353 n'a pas inscrit le nom de Ellis-Don à l'annexe F que le syndicat a déposée auprès de la Commission.

An accreditation order was made on January 9, 1975. It is important to emphasize that the union's grievance in this case is based on its view that the appellant is bound by the subcontracting clause in the provincial agreement between the Electrical Contractors Association of Ontario and the IBEW Construction Council of Ontario, which is the present version of the agreement which grew out of the accreditation process in the 1970s, in which the union failed to assert bargaining rights against the appellant.

The appellant raised a variety of objections and arguments against the union's contention, most of which were rejected. In particular, in its initial decision the panel refused to draw any adverse inference from the failure of various unions (apart from the "civil trades") to attempt to enforce the province-wide agreements against the appellant prior to 1990, despite evidence of limited subcontracting of work to non-union firms over the years. The respondent union explained that if it did not appear to be "actively promot[ing]" its rights, it was because there was no need to. The appellant invariably gave work to electrical subcontractors who were unionized. The only point on which the panel concluded that union action may have been called for was the accreditation process which led to the predecessor agreement to the agreement it now sues upon:

Local [8]94, the applicant herein, called no evidence to explain the failure of Local 353 to include Ellis-Don on schedule F, as would be expected if the union in the accreditation application thought it possessed bargaining rights vis-a-vis Ellis-Don. Absent an explanation, the most reasonable inference is that the union in the accreditation application assumed it did not possess such bargaining rights in 1971, when the accreditation application was filed. [Emphasis added.]

Whether or not an adverse inference is warranted on particular facts is bound up inextricably with the adjudication of the facts. The union, though

Une ordonnance d'accréditation a été rendue le 9 janvier 1975. Il est important de souligner que le grief du syndicat en l'espèce est fondé sur son opinion que l'appelante est liée par la clause de sous-traitance figurant dans la convention provinciale conclue entre l'Electrical Contractors Association of Ontario et le conseil des métiers de la construction de la FIOE pour l'Ontario, la version actuelle de la convention qui a découlé du processus d'accréditation des années 70, où le syndicat a omis de faire valoir l'existence de droits de négociation à l'égard de l'appelante.

L'appelante a soulevé un éventail d'oppositions et d'arguments contre la prétention du syndicat, dont la plupart ont été rejetés. En particulier, dans sa décision initiale, la formation a refusé de tirer une conclusion défavorable du fait que différents syndicats (à l'exception de ceux des « métiers ») n'avaient pas tenté de faire appliquer les conventions provinciales à l'appelante avant 1990, malgré la preuve que, au fil des ans, quelques marchés de sous-traitance avaient été conclus avec des entreprises dont les employés n'étaient pas syndiqués. Le syndicat intimé a expliqué qu'il n'avait pas paru faire la « promotion active » de ses droits parce que cela n'était pas nécessaire. L'appelante confiait continuellement des travaux à des sous-traitants en électricité dont les employés étaient syndiqués. Le seul point sur lequel la formation a conclu que le syndicat aurait pu devoir agir était le processus d'accréditation qui a mené à la convention précédant celle sur laquelle il s'appuie maintenant pour poursuivre :

[TRADUCTION] La section locale [8]94, la demanderesse en l'espèce, n'a présenté aucun élément de preuve pour expliquer l'omission de la section locale 353 d'inclure Ellis-Don à l'annexe F, ce à quoi on s'attendrait si le syndicat visé par la demande d'accréditation croyait avoir des droits de négociation vis-à-vis Ellis-Don. Faute d'explication, la conclusion la plus raisonnable à tirer est que le syndicat visé par la demande d'accréditation a tenu pour acquis qu'il n'avait pas de droits de négociation en 1971, au moment du dépôt de la demande d'accréditation. [Je souligne.]

La question de savoir si une conclusion défavorable est justifiée ou non par les faits particuliers est inextricablement liée à la détermination des faits.

challenged to do so, declined to call any witness with knowledge of the events of 1971. “Such failure amounts to an implied admission that the evidence of the absent witness would be contrary to the party’s case, or at least would not support it”, J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 297; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29, at para. 28.

Même si on l’a mis au défi de le faire, le syndicat n’a cité aucun témoin connaissant les événements de 1971. [TRADUCTION] « Une telle omission équivaut à l’aveu implicite que la déposition du témoin absent serait défavorable à la cause de la partie ou, du moins, qu’elle ne l’appuierait pas », J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 297; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29, par. 28.

74 In sum, the panel, in its initial decision, reasoned as follows:

1. A union that was actively pursuing bargaining rights against the appellant under the predecessor agreement to the one now sued upon was required by the Act and Regulations to list the appellant on schedule F.
2. Unless explained away by the union, the failure afforded *some* evidence of abandonment.
3. The union called witnesses, but nobody who could speak to its failure to include the appellant in schedule “F”.
4. There was no other evidence of “active” assertion of bargaining rights by the union that could tilt the panel’s conclusion in the union’s favour.

75 In the result, having regard to the union’s failure to “actively promote” its bargaining rights, the panel in its initial decision found “unequivocal evidence of abandonment by the applicant [IBEW] of its bargaining rights prior to 1978”.

76 My colleague LeBel J. concludes at para. 42 that this initial decision turns on a “rebuttable presumption” which was subsequently discarded, as a matter of policy, by the full Board. It is therefore necessary to examine in some detail what changes to the decision were made following the full Board meeting.

En bref, la formation a suivi le raisonnement suivant dans sa décision initiale :

1. Un syndicat faisant activement valoir des droits de négociation contre l’appelante en vertu de la convention antérieure à celle qui fait maintenant l’objet de la poursuite était tenu par la Loi et le Règlement d’inscrire l’appelante à l’annexe F.
2. Cette omission constituait une *certaine* preuve de renonciation, sauf si elle avait fait l’objet d’une explication de la part du syndicat.
3. Le syndicat a fait entendre des témoins, mais aucun n’a pu expliquer son omission d’inscrire l’appelante à l’annexe F.
4. Il n’y avait aucune autre preuve d’affirmation « active » de droits de négociation par le syndicat, qui pourrait faire pencher la conclusion de la formation en faveur du syndicat.

Par conséquent, compte tenu de l’omission du syndicat de faire la « promotion active » de ses droits de négociation, la formation a conclu dans sa décision initiale à l’existence d’une [TRADUCTION] « preuve sans équivoque que la demanderesse [la FIOE] a renoncé à ses droits de négociation avant 1978 ».

Mon collègue le juge LeBel conclut au par. 42 que cette décision initiale repose sur une « présumption réfutable » qui a ensuite été écartée pour des raisons de principe par l’ensemble des membres de la Commission. Il est donc nécessaire d’examiner plus en détail les modifications qui ont été apportées à la décision à la suite de la réunion plénière de la Commission.

The Full Board Meeting

For reasons which are not explained, the Vice-Chair requested a full Board meeting to discuss the panel's initial decision. The Vice-Chair did not formulate a policy issue or notify colleagues that there would be a general review of the policy implications of abandonment. The Vice-Chair just referenced this particular pending decision as the topic for full Board discussion.

Consolidated-Bathurst holds that convening a full board meeting while a particular case is pending is permissible so long as (i) the question for discussion is one of policy rather than fact, (ii) that in the end the panel is free to make its own decision, and (iii) that if the discussion at the full board raises matters not addressed by the parties, that the parties be put on notice and permitted to make representations before a decision is made.

In my view, the procedure adopted in the present case violates only the first of these limitations. There is no evidence that the second limitation was not observed, and as to the third limitation, the appellant had the opportunity to address the panel on every aspect of the abandonment issue. Its proper complaint is that the initial decision ought not to have been referred to the full Board meeting at all.

Fact versus Policy

I agree with my colleague LeBel J. that one of the conditions precedent to the validity of a full board meeting is that "the consultation had to be limited to questions of policy and law. The members of the organization who had not heard the evidence could not be allowed to re-assess it. The consultation had to proceed on the basis of the facts as stated by the members who had actually heard the evidence" (para. 29). This limitation is based on what was said by Gonthier J. for the majority in *Consolidated-Bathurst*, *supra*, at

La réunion plénière de la Commission

Pour des motifs qui ne sont pas expliqués, la vice-présidente a demandé la tenue d'une réunion plénière de la Commission pour discuter de la décision initiale de la formation. La vice-présidente n'a formulé aucune question de principe ni avisé ses collègues qu'il y aurait un examen général des conséquences de la renonciation sur le plan des principes. Elle s'est contentée d'indiquer que cette décision à venir serait le sujet de discussion de la réunion plénière.

L'arrêt *Consolidated-Bathurst* conclut qu'il est permis de convoquer une réunion plénière de la Commission pendant qu'une affaire particulière est en cours dans la mesure où (i) la question à discuter est une question de politique plutôt qu'une question de fait, (ii) la formation est libre en bout de ligne de rendre sa propre décision, et (iii) si la discussion ayant lieu à la réunion plénière soulève des questions non abordées par les parties, celles-ci sont avisées et peuvent faire des observations avant qu'une décision ne soit prise.

Je suis d'avis que la procédure adoptée dans la présente affaire ne viole que la première de ces restrictions. Il n'y a aucune preuve indiquant que la deuxième restriction n'a pas été respectée et, quant à la troisième, l'appelante a eu la possibilité de présenter ses arguments à la formation relativement à toutes les facettes de la question de la renonciation. L'appelante prétend à bon droit que la décision initiale n'aurait jamais dû être renvoyée à la réunion plénière de la Commission.

Les faits par opposition aux principes

Je conviens avec mon collègue le juge LeBel que l'une des conditions préalables à la validité d'une réunion plénière de la Commission veut que « la consultation devait se limiter aux questions de principe et de droit. On ne pouvait pas permettre aux membres de l'organisation qui n'avaient pas entendu les témoignages de les réévaluer. La consultation devait reposer sur les faits énoncés par les membres qui avaient entendu les témoignages » (par. 29). Cette restriction est fondée sur ce qu'a dit le juge Gonthier, au nom de la majorité, dans

77

78

79

80

pp. 335-36. In that case, the issue was the scope of the employer's duty to bargain in good faith imposed by what is now s. 17 of the Ontario *Labour Relations Act*. More specifically, the question was whether the duty to bargain in good faith included a duty of candour to disclose without being asked future plans of the employer that would have a significant impact on the economic lives of bargaining unit employees (*Consolidated-Bathurst, supra*, at p. 311). A discussion about the relationship between the obligation to bargain in good faith and a duty of candour raised an abstract policy issue that *could* be segregated from the facts of that case. Here, the Board's policy had been authoritatively established, i.e., the "active promotion" test. It was for the panel to determine in the factual context of this particular case whether or not this standard was met.

Consolidated-Bathurst, précité, p. 335-336. Dans cette affaire, la question était de savoir quelle était la portée de l'obligation de négocier de bonne foi imposée à l'employeur par ce qui est maintenant l'art. 17 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario. Plus particulièrement, la question était de savoir si l'obligation de négocier de bonne foi comprenait l'obligation de franchise relativement à la divulgation des projets de l'employeur qui auraient des conséquences importantes sur la situation économique des employés de l'unité de négociation (*Consolidated-Bathurst*, précité, p. 311). Une analyse de la relation entre l'obligation de négocier de bonne foi et une obligation de franchise a soulevé une question de principe abstraite qui *pouvait* être dissociée des faits de cette affaire. En l'espèce, la politique de la Commission avait été établie par les précédents, c.-à-d., le critère de la [TRADUCTION] « promotion active ». Il incombe à la formation de déterminer dans le contexte factuel de la présente affaire si cette norme était respectée ou non.

81 I agree with my colleague LeBel J. that the issue of "abandonment", when considered in the abstract, has a policy component. As I will attempt to demonstrate, however, what happened following the full Board meeting was not a change in policy but a re-assessment of the facts.

Je conviens avec mon collègue le juge LeBel que, si elle est examinée de façon abstraite, la question de la « renonciation » comporte un aspect principe. Comme je tente de le démontrer, cependant, ce qui s'est produit à la suite de la réunion plénière de la Commission ne constituait pas un changement de principe, mais une réévaluation des faits.

Mixed Questions of Policy and Fact

Les questions de principe et de fait

82 Counsel for the Board argues that *primary* facts are those "observed by the witnesses and proved by testimony. Whether established primary facts satisfy some legal definition or requirement is a question of law, which is an entirely proper subject for a full board meeting". There is, of course, an intermediate category between "primary facts" and "law" which is that of mixed law (or policy) and fact. Within this intermediate category there are gradations from the factual end of the spectrum, where the legal content may be uncontroversial or minimal, to the legal end, where the facts may be of little consequence and, as the Board's counsel notes, a decision will have "an impact which goes beyond the resolution of the dispute between the

L'avocate de la Commission prétend que les faits *essentiels* sont ceux qui [TRADUCTION] « sont observés par les témoins et prouvés par les témoignages. La question de savoir si les faits essentiels établis satisfont à une définition ou à une exigence légales est une question de droit, qui peut parfaitement faire l'objet d'une réunion plénière de la Commission ». Il y a évidemment une catégorie intermédiaire entre les « faits essentiels » et le « droit », soit la catégorie des questions de droit (ou de principe) et de fait. Dans cette catégorie intermédiaire se trouvent des échelons qui partent de l'extrémité factuelle de l'échelle, où le contenu juridique est non contesté ou minime, pour se rendre à l'extrémité juridique, où les faits ont peu

parties”. This spectrum was recognized by the Court in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, per Iacobucci J., at paras. 35-38. In the present case, the legal or policy content of “abandonment” was defined in a portion of the decision that was unchanged from the initial decision to the final rewrite, as mentioned above. The test was not whether the union intended to throw away rights (which, as the Divisional Court noted, is an unlikely scenario), but whether it *actively* promoted those rights in circumstances where it would reasonably be expected to do so.

In my view, the question here is not whether a policy issue can be teased out of the adjudicative facts. The question is whether, taking the law (or policy) as the Board has defined it, the reference to the full Board descends so far into the adjudicative process as to violate the principle that he who hears must decide and he who decides must hear. This depends, I think, on whether the policy issue can be *segregated* sufficiently from the facts of the particular dispute to avoid interfering with fact adjudication, as indeed Gonthier J. contemplated in *Consolidated-Bathurst* at p. 337:

These discussions can be segregated from the factual decisions which will determine the outcome of the case once a test is adopted by the panel. [Emphasis added.]

Where no such segregation can safely be made, the reference to the full Board of a decision before its release risks putting at risk the integrity of its decision-making process, as noted by Professor H. N. Janisch in his commentary, “Consistency, Rulemaking and *Consolidated Bathurst*” (1991), 16 *Queen’s L.J.* 95, at p. 104.

d’importance et, comme l’avocate de la Commission le souligne, où la décision a [TRADUCTION] « un effet allant au-delà du règlement du litige entre les parties ». Cette échelle a été reconnue par notre Cour dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, le juge Iacobucci, par. 35-38. Dans la présente affaire, l’aspect juridique ou de principe de la « renonciation » a été décrit dans une partie de la décision qui n’a fait l’objet d’aucune modification entre la décision initiale et la révision définitive, comme je l’ai mentionné précédemment. Le critère ne consistait pas à déterminer si le syndicat avait l’intention d’abandonner des droits (ce qui est un scénario improbable, comme la Cour divisionnaire l’a souligné), mais plutôt à savoir s’il avait fait la promotion *active* de ces droits dans des circonstances où on s’attendrait raisonnablement à ce qu’il le fasse.

J’estime que la question qui se pose en l’espèce n’est pas de savoir si l’on peut extirper une question de principe des faits en litige. Il s’agit de savoir si, à la lumière de l’interprétation par la Commission du droit (ou du principe), le renvoi à la Commission dans son ensemble s’insère dans le processus décisionnel au point de violer le principe voulant que celui qui entend doit trancher et que celui qui tranche doit entendre. J’estime que cela dépend de la question de savoir si la question de principe peut être suffisamment *dissociée* des faits du litige particulier pour qu’elle n’intervienne pas dans la décision sur les faits, comme l’envisageait d’ailleurs le juge Gonthier dans *Consolidated-Bathurst*, p. 337 :

Il est possible de dissocier ces discussions des décisions sur les faits qui déterminent l’issue du litige après que le banc a adopté un critère. [Je souligne.]

Lorsqu’il est impossible de faire cette dissociation avec certitude, le renvoi d’une décision à la Commission dans son ensemble avant qu’elle ne soit rendue risque de menacer l’intégrité du processus décisionnel, comme l’a fait remarquer le professeur H. N. Janisch dans son article intitulé « Consistency, Rulemaking and *Consolidated Bathurst* » (1991), 16 *Queen’s L.J.* 95, p. 104.

The implications of the Court's acceptance of what was done in this case are extensive. Under s. 9(1) of the Act, for example, the Board is required to determine an appropriate bargaining unit. Over the years, the Board has developed extensive policies on the topic which individual panels are expected to apply to the facts: see J. Sack, C. M. Mitchell and S. Price, *Ontario Labour Relations Board Law and Practice* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 3.121. Frequently, the evidence on this issue is extensive. Generally speaking, I think it would be inappropriate for a panel to refer a particular case for *ad hoc* policy making by the full board in relation to the specific facts in the absence of the parties. Equally, s. 76 prohibits the use of "intimidation or coercion to compel any person" to belong or not to belong to collective bargaining organizations, etc. This requires a definition of "intimidation or coercion", but whether or not a particular situation meets the definition should be determined by the panel charged with the decision. Similarly, s. 69 regulates successor rights on the "sale of a business". One test of this is whether "the business continues to function": *Marvel Jewellery Ltd.*, [1975] OLRB Rep. 733, at p. 735, and this too is considered by the Board to be a question of fact: *Accomodex Franchise Management Inc.*, [1993] OLRB Rep. 281. It is evident that all of these determinations, and many others, are predicated on a legal or policy interpretation of a concept or statutory provision, as the case may be. *Consolidated-Bathurst* did not licence wholesale full board consultations on those fact-dependent adjudications. This is especially the case where the Board's jurisprudence on the policy point is already well established. In this case, as stated, the Board's policy on abandonment in terms of active promotion of rights was never in doubt and was defined in the same language in the final decision as it had been in the initial decision.

L'acceptation par notre Cour de ce qui a été fait dans la présente affaire a des conséquences importantes. En vertu du par. 9(1) de la Loi, par exemple, la Commission est tenue de déterminer l'unité de négociation appropriée. Au fil des ans, la Commission a élaboré des politiques détaillées sur le sujet pour que chaque formation les applique aux faits : voir J. Sack, C. M. Mitchell et S. Price, *Ontario Labour Relations Board Law and Practice* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 3.121. Il arrive fréquemment que la preuve relative à cette question soit considérable. De façon générale, j'estime qu'il serait inapproprié de la part d'une formation de renvoyer une affaire à la Commission dans son ensemble pour que celle-ci prenne, en l'absence des parties, une décision *ad hoc* relativement aux faits en cause. En outre, l'art. 76 interdit l'usage de « la menace de contraindre quiconque » à appartenir ou à ne pas appartenir à des organisations de négociation collective, etc. Cela exige que l'on définisse la « menace », mais la question de savoir si une situation donnée est visée ou non par la définition doit être tranchée par la formation chargée de rendre la décision. De la même manière, l'art. 69 régit les droits de succession afférents à la vente d'une entreprise. L'un des critères applicables à cet égard consiste à savoir si [TRADUCTION] « l'entreprise continue de fonctionner » : *Marvel Jewellery Ltd.*, [1975] OLRB Rep. 733, p. 735, et il s'agit là également, selon la Commission, d'une question de fait : *Accomodex Franchise Management Inc.*, [1993] OLRB Rep. 281. Il est évident que toutes ces décisions ainsi que de nombreuses autres reposent sur une interprétation juridique ou de principe d'une notion ou d'une disposition législative, selon le cas. L'arrêt *Consolidated-Bathurst* n'a pas permis la tenue de consultations générales en réunion plénière relativement aux décisions reposant sur les faits. Cela est particulièrement vrai lorsque la jurisprudence de la Commission sur la politique en question est déjà bien établie. Dans la présente affaire, comme je l'ai mentionné précédemment, la politique de la Commission sur la renonciation, qui repose sur la promotion active des droits, n'a jamais été mise en doute et a été décrite dans les mêmes termes tant dans la décision définitive que dans la décision initiale.

Reversal of a Finding of Fact

The panel made it clear both in its initial decision and in the rewrite that it considered abandonment to be an issue of fact. It explained in both at para. 43:

Prior to the introduction of province-wide bargaining in the ICI sector, the Board has on several occasions determined, as a matter of fact, that a trade union has abandoned its bargaining rights through inaction. . . . A useful summary of the caselaw and the factors influencing the Board's assessment is found in *R. Reusse Co. Ltd.* . . . [Emphasis added.]

In the case cited, *R. Reusse Co.*, [1988] OLRB Rep. 523, the Board set out its policy as follows at paras. 13 and 15:

It was not disputed that the question of abandonment is a matter of fact to be resolved by the Board in the circumstances of each case. . . .

What is most striking about this application is that, having attained bargaining rights in 1965, Local 397 did *nothing* for almost 15 years (just to the advent of province-wide bargaining) to negotiate renewals of the collective agreement, administer those "existing" agreements or otherwise contact the respondent. Given such an extended passage of time, the Board must carefully scrutinize the reasons proffered by the union as explanation for its inactivity in order to avoid the reasonable inference that the union has abandoned its bargaining rights. [Emphasis in original.]

The Board's decision in the present case (both initial and final) simply repeated the language in *Reusse, supra*:

It was not disputed that the question of abandonment is a matter of fact to be resolved by the Board in the circumstances of each case: *J. S. Mechanical, supra*; *Inducon Construction (Northern) Inc., supra*; *John Entwistle Construction Limited, supra*; *Re Carpenters' District Council of Lake Ontario and Hugh Murray (1974) et al., Re Labourers' International Union of*

L'infirmité d'une conclusion de fait

La formation a indiqué clairement, tant dans sa décision initiale que dans sa version révisée, qu'elle considérait la renonciation comme une question de fait. Elle a expliqué dans les deux décisions, au par. 43 :

[TRADUCTION] Avant l'introduction de la négociation à l'échelle de la province dans le secteur de la construction industrielle, commerciale et institutionnelle, la Commission avait conclu à plusieurs reprises que, dans les faits, un syndicat avait renoncé à ses droits de négociation par inaction. [. . .] Un résumé utile de la jurisprudence et des facteurs influençant l'évaluation de la Commission est fait dans *R. Reusse Co. Ltd.* . . . [Je souligne.]

Dans la décision citée *R. Reusse Co.*, [1988] OLRB Rep. 523, la Commission a énoncé ainsi sa politique, aux par. 13 et 15 :

[TRADUCTION] Il n'a pas été contesté que la question de la renonciation est une question de fait que la Commission doit résoudre selon les circonstances de chaque affaire . . .

Ce qui est le plus frappant au sujet de la présente demande, c'est que, ayant obtenu des droits de négociation en 1965, la section locale 397 n'a *rien* fait pendant presque 15 ans (jusqu'à l'arrivée de la négociation collective à l'échelle de la province) en vue de négocier des renouvellements de la convention collective, d'appliquer les conventions « existantes » ou de communiquer de quelque autre façon avec l'intimée. Étant donné l'écoulement d'une aussi longue période, la Commission doit examiner avec soin les raisons fournies par le syndicat à titre d'explication pour son inaction afin d'éviter la conclusion raisonnable que le syndicat a renoncé à ses droits de négociation. [Italiques dans l'original.]

La décision de la Commission en l'espèce (tant initiale que définitive) n'a fait que reprendre les termes utilisés dans *Reusse, précité* :

[TRADUCTION] Il n'a pas été contesté que la question de la renonciation est une question de fait que la Commission doit résoudre selon les circonstances de chaque affaire : *J. S. Mechanical, précité*; *Inducon Construction (Northern) Inc., précité*; *John Entwistle Construction Limited, précité*; *Re Carpenters' District Council of Lake Ontario and Hugh Murray (1974) et al., Re*

North America, Local 527 et al. and John Entwistle Construction Ltd. et al., supra; Twin City Plumbing and Heating, [1982] OLRB Rep. Apr. 631. [Emphasis added.]

and then continued (at para. 44):

It is in the above jurisprudential context that the Board must analyse the evidence in the instant case.

86 Indeed, the panel concluded in its final version of the decision in this case at para. 54 that “[it] is not satisfied, as a matter of fact, that the bargaining rights of Local 353 were abandoned because of the omission of Ellis-Don’s name from schedule F” (emphasis added). We are not bound by the characterization placed on its own decision by the panel, but in this respect I think the panel was correct.

The Controlling Issue Was Whether the Union had “Actively Promoted” its Bargaining Rights

87 The initial decision accepted the respondent union’s position that it could hardly be faulted for lack of “active promotion” when its intervention proved not to be necessary to ensure that electrical work was subcontracted to union subcontractors, albeit the Board also found that the appellant did not consider itself under any obligation to do so. The important exception was the panel’s expectation that a union that was “actively” promoting its bargaining rights would have included the appellant on schedule F in the accreditation process that led to the predecessor to the one now invoked by the union. The panel noted that the union might well have had a plausible explanation for its lack of “active” promotion in the accreditation process but had not put any such evidence forward. In its initial decision the panel was not prepared to act on the unsupported hypotheses offered up by counsel for the respondent union. In its final decision, however, the panel seemingly accepted the same

Labourers’ International Union of North America, Local 527 et al. et John Entwistle Construction Ltd. et al., précité; *Twin City Plumbing and Heating*, [1982] OLRB Rep. Apr. 631. [Je souligne.]

Et elle a poursuivi au par. 44 :

[TRADUCTION] C’est dans le contexte jurisprudenciel ci-dessus que la Commission doit analyser la preuve en l’espèce.

D’ailleurs, la formation a conclu dans la version définitive de la décision en l’espèce, au par. 54, qu’elle [TRADUCTION] « n’est pas convaincue que, en tant que question de fait, la section locale 353 a renoncé aux droits de négociation en raison de l’omission du nom de Ellis-Don à l’annexe F » (je souligne). Nous ne sommes pas liés par la façon dont la formation a qualifié sa propre décision, mais j’estime qu’elle avait raison à cet égard.

La question dominante était de savoir si le syndicat avait fait la « promotion active » de ses droits de négociation

La décision initiale acceptait la position du syndicat intimé selon laquelle on pouvait difficilement le blâmer pour l’absence de « promotion active » alors qu’il s’était avéré non nécessaire qu’il intervienne pour veiller à ce que les travaux d’électricité soient confiés à des sous-traitants dont les employés sont syndiqués, quoique la Commission a également conclu que l’appelante ne considérait pas avoir l’obligation de le faire. L’exception importante était le fait que la formation s’attendait à ce qu’un syndicat qui faisait la promotion « active » de ses droits de négociation ait inscrit l’appelante à l’annexe F lors du processus d’accréditation qui a mené à la convention antérieure à celle maintenant invoquée par le syndicat. La formation a fait remarquer que le syndicat pouvait fort bien avoir une explication plausible pour son manque de promotion « active » dans le cadre du processus d’accréditation, mais qu’il n’en avait présentée aucune en preuve. Dans sa décision initiale, la formation n’était pas prête à agir en s’appuyant sur les hypothèses non étayées faites par l’avocat du syndicat intimé. Dans sa décision définitive, toutefois, la formation a semblé considérer les mêmes hypothèses non étayées comme l’expli-

unsupported speculation to be the adequate explanation that it had earlier found not to exist.

The panel initially concluded that in the particular circumstances of the case an adverse inference *should* be drawn against the union for its decision not to call the evidence. I do not say that the panel was obliged to draw an adverse inference. The fact is that following a lengthy hearing, it did so. The correctness of that determination was bound up with the evidence:

It is perfectly appropriate for a jury to infer, although they are not obliged to do so, that the failure to call material evidence which was particularly and uniquely available to the Vieczoreks was an indication that such evidence would not have been favourable to them. It is a common sense conclusion that may be reached by any trier of fact. There are no authorities which cast any doubt upon the proposition. [Emphasis added.]

(*Vieczorek v. Piersma* (1987), 36 D.L.R. (4th) 136 (Ont. C.A.), *per* Cory J.A., at pp. 140-41)

To the same effect is the statement found in Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 97:

A presumption of fact is a deduction of fact that may logically and reasonably be drawn from a fact or group of facts found or otherwise established. Put differently, it is a common sense logical inference that is drawn from proven facts. [Emphasis added.]

To characterise this “common sense conclusion . . . by [a] trier of fact” as a “rebuttable presumption” does not, in my view, transform this issue of factual adjudication into a question of law, as my colleague LeBel J. concludes at para. 42. In any event, with respect, a debate about labels should not detract us from the more fundamental inquiry about whether in this case the full board consultation intruded into adjudicative matters of fact the panel itself was required to decide.

cation adéquate qu’elle avait auparavant jugée inexistante.

La formation a initialement estimé qu’à la lumière des faits particuliers de l’affaire, une conclusion défavorable au syndicat *devrait* être tirée en raison de sa décision de ne présenter aucune preuve à cet égard. Je ne dis pas que la formation était obligée de tirer une conclusion défavorable. Il n’en demeure pas moins que c’est ce qu’elle a fait à la suite d’une longue audience. Le bien-fondé de cette décision était lié à la preuve :

[TRADUCTION] Il est parfaitement approprié qu’un jury déduise, même s’il n’est pas obligé de le faire, que l’omission de produire des éléments de preuve substantielle dont seuls les Vieczorek disposaient était une indication que ces éléments de preuve ne leur auraient pas été favorables. Il s’agit d’une conclusion fondée sur le bon sens qui peut être tirée par tout juge des faits. Aucune décision ne met en doute cette proposition. [Je souligne.]

(*Vieczorek c. Piersma* (1987), 36 D.L.R. (4th) 136 (C.A. Ont.), le juge Cory, p. 140 et 141)

Voir dans le même sens l’énoncé figurant dans Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 97 :

[TRADUCTION] Une présomption de fait est une déduction de fait qui peut logiquement et raisonnablement être tirée à partir d’un fait ou d’un groupe de faits dont on a conclu à l’existence ou qui ont été autrement établis. Autrement dit, il s’agit d’une conclusion logique fondée sur le bon sens qui est tirée à partir de faits prouvés. [Je souligne.]

Qualifier cette « conclusion fondée sur le bon sens [. . .] tirée par [un] juge des faits » de « présomption réfutable » ne change pas selon moi cette question de conclusion factuelle en question de droit, comme mon collègue le juge LeBel le conclut au par. 42. Quoi qu’il en soit, j’estime, en toute déférence, que nous ne devrions pas laisser un débat terminologique nous écarter de l’examen plus fondamental de la question de savoir si, en l’espèce, la consultation de l’ensemble des membres de la Commission a empiété sur des faits sur lesquels la formation elle-même était tenue de se prononcer.

90

The Vice-Chair's reasons, rewritten after the full Board meeting, now said, at para. 54:

The absence of evidence to explain the omission of Ellis-Don from the schedule F filed by Local 353, IBEW in the accreditation application is of concern to the Board. The question for the Board is whether this omission, of itself, is sufficient, in the context of all the other circumstances, to cause the Board to conclude that Local 353 has abandoned the bargaining rights it had earlier obtained. The omission of Ellis-Don's name is not inconsistent with abandonment and, thus, may signify what respondent counsel asserts. However, that omission is also consistent with an assumption on the part of the Local that the accreditation application affected only specialty contractors or that schedule F speaks only to employers for whom the Local held bargaining rights but who had had employees in the past (albeit not within the previous year). It appears (and there is no cogent evidence to suggest otherwise) that the employer association represented specialty electrical contractors, not general contractors. In that context, the name of Ellis-Don may have been omitted, in the respondent union's reply, as apparently were the names of other general contractors who had signed the working agreement, to reflect the framing of the original application. The question is not what is the most reasonable or a reasonable inference from the omission of Ellis-Don's name but whether the omission signifies abandonment. In the Board's opinion, it is more probable than not that the omission of Ellis-Don's name from schedule F did not reflect an abandonment of bargaining rights. [Emphasis added.]

The test applied by the panel ("it is more probable than not that the omission . . . did not reflect an abandonment of bargaining rights") is typical for a finding of fact. The rewrite does not reflect any change in policy or legal principle governing the weight to be given to the evidence. It simply multiplies speculation about why the union might (or might not) have acted as it did. The Board thus chose to put less weight on the union's failure to list the appellant on schedule F and more weight on speculative factors. In other words, the evidence was reweighed or re-assessed, apparently as

Les motifs de la vice-présidente, réécrits après la réunion plénière de la Commission, se lisaient ainsi, au par. 54 :

[TRADUCTION] L'absence de preuve expliquant l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F déposée par la section locale 353 de la FIOE dans le cadre de la demande d'accréditation préoccupe la Commission, qui estime qu'il s'agit de savoir si cette omission est suffisante en soi, dans le contexte de l'ensemble des autres circonstances, pour lui permettre de conclure que la section locale 353 avait renoncé aux droits de négociation qu'elle avait obtenus auparavant. L'omission du nom de Ellis-Don n'est pas incompatible avec une renonciation et peut donc signifier ce que l'avocat de l'intimée affirme. Cependant, cette omission est compatible également avec le fait que la section locale aurait tenu pour acquis que la demande d'accréditation ne touchait que les entrepreneurs spécialisés ou que l'annexe F ne s'appliquait qu'aux employeurs relativement auxquels la section locale avait des droits de négociation mais qui avaient eu des employés dans le passé (quoique pas dans l'année précédente). Il semble (et il n'y a aucune preuve convaincante du contraire) que l'association d'employeurs représentait les entrepreneurs électriciens spécialisés, et non pas les entrepreneurs généraux. Dans ce contexte, le nom de Ellis-Don peut avoir été omis dans la réponse du syndicat intimé, comme l'ont apparemment été les noms d'autres entrepreneurs généraux qui avaient signé la convention de travail, compte tenu du cadre de la demande initiale. La question n'est pas de savoir quelle est la conclusion la plus raisonnable ou quelle serait une conclusion raisonnable à tirer de l'omission du nom de Ellis-Don, mais bien de savoir si cette omission équivaut à une renonciation. La Commission est d'avis qu'il est plus probable que l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F n'indiquait pas une renonciation aux droits de négociation. [Je souligne.]

Le critère appliqué par la formation (« il est plus probable que l'omission [. . .] n'indiquait pas une renonciation aux droits de négociation ») est typique d'une conclusion de fait. La révision ne révèle aucune modification de la question de principe ou du principe juridique régissant le poids à accorder à la preuve. Elle multiplie simplement les hypothèses au sujet des raisons pour lesquelles le syndicat aurait (ou n'aurait pas) agi comme il l'a fait. La Commission a donc choisi d'accorder moins d'importance à l'omission du syndicat d'inscrire l'appelante à l'annexe F et davantage

a result of the full Board meeting. This is contrary to *Consolidated-Bathurst*.

The Divisional Court's Rationalization of the Board's Decision

It was left to Adams J. in the Ontario Divisional Court ((1995), 89 O.A.C. 45) to offer a suggestion about how to rationalize the panel's initial decision with its ultimate decision, at para. 31:

The Board had several policy options open to it on the facts as found: (i) the absence of Ellis-Don on Schedule F constituted per se evidence of bargaining right abandonment; (ii) the omission gave rise to a rebuttable presumption of abandonment, thus requiring an explanation from Local 353; (iii) the omission was a factor to be considered along with all the other evidence before the Board; or, finally, (iv) the failure of Local 353 to place Ellis-Don's name on Schedule F was irrelevant, in the circumstances, to the issue of abandonment. Ultimately, the Board concluded the failure of Local 353 to include Ellis-Don on Schedule F was a factor to be considered and was not determinative in the circumstances.

The options are presented as a menu of policy choices, but the passage does no more than describe transition stages from a strong inference to a weak inference to no inference at all. The question of what weight should be attached to the union's conduct in light of all the evidence heard over several weeks seems to me, quintessentially, for the trier of fact. The appellant was not dealing with the Ministry of Labour, where departmental procedures are not expected to conform to a judicial or quasi-judicial method of making decisions. The Ontario *Labour Relations Act* holds out the promise of a quasi-judicial tribunal where union and management are eyeball-to-eyeball with the decision-makers. So long as the legislative promise

d'importance à des facteurs hypothétiques. En d'autres termes, la preuve a été réévaluée apparemment par suite de la réunion plénière de la Commission. Cela est contraire à l'arrêt *Consolidated-Bathurst*.

La justification de la décision de la Commission par la Cour divisionnaire

Il revenait au juge Adams, de la Cour divisionnaire de l'Ontario ((1995), 89 O.A.C. 45), de suggérer une manière de justifier la décision définitive de la formation par rapport à sa décision initiale, au par. 31 :

[TRADUCTION] Plusieurs choix de principe s'offraient à la Commission quant aux faits tenus pour avérés: (i) l'absence de Ellis-Don à l'annexe F constituait en soi la preuve de la renonciation aux droits de négociation; (ii) l'omission a donné lieu à une présomption réfutable de renonciation, ce qui obligeait la section locale 353 à fournir une explication; (iii) l'omission constituait un facteur à examiner au même titre que tous les autres éléments de preuve soumis à la Commission; ou enfin, (iv) l'omission de la section locale 353 d'inscrire le nom de Ellis-Don à l'annexe F n'avait aucune pertinence, dans les circonstances, quant à la question de la renonciation. En fin de compte, la Commission a déterminé que l'omission de la part de la section locale 353 d'inscrire Ellis-Don à l'annexe F constituait un facteur à prendre en considération et n'était pas déterminante dans les circonstances.

Les options sont présentées comme un menu de choix de principes, mais l'extrait ne fait rien de plus que décrire les étapes de transition, à partir d'une forte conclusion, en passant par une faible conclusion, jusqu'à l'absence de conclusion. La question de savoir quelle importance devrait être accordée à la conduite du syndicat à la lumière de l'ensemble de la preuve entendue pendant plusieurs semaines me semble, de par sa nature même, relever du juge des faits. L'appelante n'avait pas affaire au ministère du Travail, où l'on ne s'attend pas à ce que les procédures ministérielles soient conformes à une méthode judiciaire ou quasi judiciaire de prise de décisions. La *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario renferme la promesse d'un tribunal quasi judiciaire où syndicats et patrons font face aux décideurs. Tant que la promesse

is there the relevant constraints should be observed in factual adjudications.

législative existe, les contraintes pertinentes en matière de conclusions relatives aux faits doivent être respectées.

93

The panel's initial decision, as I read it, did not suggest that the absence of the appellant on schedule F *per se* constituted abandonment. The initial decision concluded that the union's decision not to include the appellant on schedule F "was a factor to be considered along with all the other evidence" but that in the absence of any explanation, or contrary evidence from the union that bargaining rights had in fact been actively asserted at some point between 1962 and 1971, there was nothing opposable to the common sense inference of abandonment.

La décision initiale de la formation, selon mon interprétation, ne donnait pas à entendre que l'absence de l'appelante à l'annexe F constituait en soi une renonciation. Il a été conclu dans la décision initiale que la décision du syndicat de ne pas inscrire l'appelante à l'annexe F [TRADUCTION] « constituait un facteur à examiner au même titre que tous les autres éléments de preuve », mais que, en l'absence d'explication ou de preuve contraire de la part du syndicat selon laquelle les droits de négociation avaient en fait été affirmés activement à un certain moment entre 1962 et 1971, rien ne pouvait être opposé à la conclusion fondée sur le bon sens selon laquelle il y avait eu renonciation.

94

The Divisional Court also faulted the appellant for its failure to seek a reconsideration by the Board under s. 114(1) of the Act. Apparently the court was not pleased with appellant counsel's somewhat triumphal rejoinder that the Board had been "caught . . . with [its] hand in the cookie jar" and he was not disposed to give it an opportunity to extricate itself. While a motion for reconsideration was an option, it was not equivalent to an internal appeal for purposes of an "exhaustion of administrative remedies" argument. The Board's position advanced with ingenuity and vigour in these proceedings no doubt reflects what the panel would have said on a reconsideration, namely the assertion that *Consolidated-Bathurst* sanctioned the procedure adopted in this case.

La Cour divisionnaire a également blâmé l'appelante d'avoir omis de demander un nouvel examen par la Commission aux termes du par. 114(1) de la Loi. Apparemment, la cour n'a pas aimé la réplique quelque peu triomphale de l'avocat de l'appelante selon laquelle la Commission avait été [TRADUCTION] « pris[e] la main dans le sac », ni le fait qu'il n'était pas prêt à lui donner la possibilité de se sortir de cet embarras. Même si la requête en nouvel examen constituait une option, elle n'équivalait pas à un appel interne pour les fins de l'argument fondé sur [TRADUCTION] « l'épuisement des recours administratifs ». La position que la Commission a fait valoir avec ingéniosité et insistance en l'espèce reflète sans aucun doute ce que la formation aurait dit lors d'un nouvel examen, à savoir l'affirmation que *Consolidated-Bathurst* a sanctionné la procédure adoptée dans la présente affaire.

Failure to Obtain Evidence from Board Witnesses

L'omission d'obtenir la déposition de témoins membres de la Commission

95

The appellant obtained an order from Steele J. of the Ontario Court (General Division) ((1992), 95 D.L.R. (4th) 56) compelling the attendance of the Chair of the Board, the Vice-Chair who presided over the panel, and the Registrar of the Board "to obtain information with respect to the procedures implemented by the O.L.R.B. in arriv-

L'appelante a obtenu une ordonnance du juge Steele, de la Cour de l'Ontario (Division générale) ((1992), 95 D.L.R. (4th) 56), qui obligeait le président de la Commission, la vice-présidente qui a présidé la formation, et le registrateur de la Commission à comparaître [TRADUCTION] « afin d'obtenir des renseignements sur la procédure mise en

ing at its final decisions” (p. 58). The motions judge was reversed by the Ontario Divisional Court ((1994), 16 O.R. (3d) 698) on the basis of s. 111 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2 (now s. 117), which grants testimonial immunity in the following terms:

Except with the consent of the Board, no member of the Board, nor its registrar, nor any of its other officers, nor any of its clerks or servants shall be required to give testimony in any civil proceeding or in any proceeding before the Board or in any proceeding before any other tribunal respecting information obtained in the discharge of their duties or while acting within the scope of their employment under this Act.

The Ontario Court of Appeal and subsequently this Court ([1995] 1 S.C.R. vii), denied leave to appeal from this interlocutory decision.

The legislative grant of testimonial immunity in s. 111 may be justified on various policy grounds, as pointed out by my colleague LeBel J. at paras. 52-53. However, it creates the following problem in the present context:

Safeguards are of no use if they cannot be enforced. How can judicial review be used to police the safeguards built into the decision-making process if the operation of that process is veiled behind a cloak of deliberative secrecy? Just as at the substantive level, there exists a need for safeguards to reconcile natural justice with institutional decision-making; at an operational level some mechanism must be found to reconcile the need for judicial review with the privilege of deliberative secrecy.

(R. E. Hawkins, “Behind Closed Doors II: The Operational Problem — Deliberative Secrecy, Statutory Immunity and Testimonial Privilege” (1996), 10 *C.J.A.L.P.* 39, at p. 40)

This Court in *Consolidated-Bathurst* contemplated meaningful redress when full board meetings exceed their proper role. This was demonstrated in *Tremblay v. Quebec (Commission des*

œuvre par la CRTO pour en arriver à ses décisions définitives » (p. 58). La décision du juge des requêtes a été infirmée par la Cour divisionnaire de l’Ontario ((1994), 16 O.R. (3d) 698) sur le fondement de l’art. 111 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2 (maintenant l’art. 117), qui accorde l’exonération de l’obligation de témoigner dans les termes suivants :

Sauf si la Commission y consent, ses membres, son registraire, et les autres membres de son personnel sont exemptés de l’obligation de témoigner dans une instance civile ou dans une instance devant la Commission ou devant toute autre commission, en ce qui concerne des renseignements obtenus dans le cadre de leurs fonctions ou en rapport avec celles-ci dans le cadre de la présente loi.

La Cour d’appel de l’Ontario et, par la suite, notre Cour ([1995] 1 R.C.S. vii) ont refusé la permission d’interjeter appel de cette décision interlocutoire.

Le fait que l’art. 111 accorde l’exonération de l’obligation de témoigner peut se justifier par différentes raisons de principe, comme l’a souligné mon collègue le juge LeBel aux par. 52-53. Cela crée toutefois le problème suivant dans le contexte actuel :

[TRADUCTION] Les mesures de protection ne sont d’aucune utilité si elles ne peuvent pas être appliquées. Comment peut-on utiliser le contrôle judiciaire pour vérifier les mesures de protection intégrées au processus décisionnel si le fonctionnement de ce processus se cache derrière le voile du secret du délibéré? Tout comme il y a au niveau du fond la nécessité de mesures de protection pour concilier la justice naturelle et la prise de décision institutionnelle, il faut trouver au niveau opérationnel un mécanisme conciliant la nécessité du contrôle judiciaire et le privilège du secret du délibéré.

(R. E. Hawkins, « Behind Closed Doors II : The Operational Problem — Deliberative Secrecy, Statutory Immunity and Testimonial Privilege » (1996), 10 *C.J.A.L.P.* 39, p. 40)

Dans l’arrêt *Consolidated-Bathurst* notre Cour a examiné la possibilité de redressement significatif lorsque les réunions plénières vont au-delà du rôle qui leur revient. Cela a été démontré dans l’arrêt

96

97

98

affaires sociales), [1992] 1 S.C.R. 952, in which Gonthier J. wrote, at p. 965:

The institutionalization of the decisions of administrative tribunals creates a tension between on one hand the traditional concept of deliberative secrecy and on the other the fundamental right of a party to know that the decision was made in accordance with the rules of natural justice Paradoxically, it is the public nature of these rules which, while highly desirable, may open the door to an action in nullity or an evocation. It may be questioned whether justice is seen to be done. Accordingly, the very special way in which the practice of administrative tribunals has developed requires the Court to become involved in areas into which, if a judicial tribunal were in question, it would probably refuse to venture. . . . [Emphasis added.]

and at p. 966:

. . . by the very nature of the control exercised over their decisions administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals.

99

Here the undisputed evidence is that the initial decision of the panel held as a fact that the union had abandoned its bargaining rights. The final decision held as a fact that it had not, and the intervening event was the full Board meeting. In *Tremblay*, Gonthier J. observed at p. 980:

. . . the procedure of early signature of draft decisions by members and assessors followed in the case at bar seems to me unadvisable. Although this procedure may be practical, it only adds to the appearance of bias when a decision maker decides to alter his opinion after free consultation with his colleagues.

(While, as stated, an original signed copy of the initial decision in the present case is not in the Court record, the “true copy” that was filed indicates that the original was signed.) Gonthier J. continued at pp. 980-81:

A litigant who sees a “decision” favourable to him changed to an unfavourable one will not think that there has been a normal consultation process; rather, he will have the impression that external pressure has definitely

Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales), [1992] 1 R.C.S. 952, dans lequel le juge Gonthier a écrit, à la p. 965 :

L’institutionnalisation des décisions des tribunaux administratifs crée une tension entre, d’une part, le traditionnel concept du secret du délibéré et, d’autre part, le droit fondamental d’une partie de savoir que la décision a été rendue en conformité avec les principes de justice naturelle. [. . .] Le caractère public de ces règles, par ailleurs fort souhaitable, est paradoxalement ce qui peut donner prise à une action en nullité ou à une évocation. L’apparence de justice peut être mise en cause. L’évolution bien particulière de la pratique des tribunaux administratifs oblige donc la Cour à s’immiscer dans des domaines où, s’il s’agissait d’un tribunal judiciaire, elle refuserait probablement de s’aventurer . . . [Je souligne.]

et à la p. 966 :

. . . de par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne [peuvent] invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires.

En l’espèce, la preuve non contestée révèle que dans sa décision initiale, la formation a tiré la conclusion de fait que le syndicat avait renoncé à ses droits de négociation. Dans sa décision définitive, elle a tiré la conclusion de fait que le syndicat n’avait pas renoncé à ses droits, et l’événement qui s’est produit entre ces deux décisions est la réunion plénière de la Commission. Dans l’arrêt *Tremblay*, le juge Gonthier a fait remarquer à la p. 980 :

. . . la procédure de signature anticipée des projets de décisions par les membres et assesseurs suivie en l’espèce m’apparaît être à déconseiller. Même si cette procédure s’avère pratique, elle ne fait qu’ajouter à l’apparence de partialité lorsqu’un décideur décide de modifier son opinion après libre consultation avec ses collègues.

(Même si, comme je l’ai mentionné, le dossier de notre Cour ne contient aucun exemplaire original signé de la décision initiale en l’espèce, la « copie certifiée conforme » qui a été déposée indique que l’original a été signé.) Le juge Gonthier a poursuivi aux p. 980-981 :

Le justiciable qui voit une « décision » qui lui était favorable se changer en décision défavorable ne pensera pas qu’il s’agit du processus normal de consultation; il aura plutôt l’impression qu’une pression extérieure a bel et

led persons who were initially favourable to his case to change their minds.

The appellant does not need to establish “external pressure” in this case. It merely has to establish a basis for a reasonable inference that factual matters were referred for discussion at the full Board meeting that ought to have been left to the undisturbed deliberations of the panel.

Section 111 prevented the appellant from getting to the bottom of the Board’s decision-making process in this case. The result, in my view, is not that the appellant is thereby prevented from establishing a basis for judicial review. The Court ought not to be blind to the difficulties of proof in determining whether the appellant has made out its case. Otherwise the limitation imposed by *Consolidated-Bathurst* becomes a pious sentiment rather than an enforceable rule of law, which indeed is a question raised by Professor David J. Mullan in his case comment:

... it is possible to see the judgment as simply drawing the attention of members to their responsibilities without any real expectation that there will be consistent monitoring of behaviour.

(D. J. Mullan, “Policing the *Consolidated-Bathurst* Limits — Of Whistleblowers and Other Assorted Characters” (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 241, at p. 242)

I think *Tremblay* showed that the Court *did* have a “real expectation” that the limits on the scope of full board meetings would be enforceable. In that case, the Court quashed the decision of the Quebec *Commission des affaires sociales* because its equivalent of the full board meeting procedure compromised the ability of individual panels to reach their own decision free of constraints imposed by colleagues.

The Board is responsible for maintaining its deliberative secrecy, and it will generally be assisted by the courts in that regard. However,

bien fait changer d’avis les personnes d’abord favorables à sa cause.

L’appelante n’a pas à établir l’existence d’une « pression extérieure » en l’espèce. Il suffit qu’elle établisse le fondement d’une conclusion raisonnable que des questions factuelles ont été renvoyées pour fins de discussions à la réunion plénière de la Commission et qu’il aurait fallu que ces questions soient laissées à la formation pour qu’elle délibère en toute quiétude à leur sujet.

Vu l’article 111 l’appelante n’a pu aller au fond du processus décisionnel de la Commission en l’espèce. J’estime que cela n’empêche pas l’appelante d’établir le fondement d’un contrôle judiciaire. Notre Cour ne devrait pas fermer les yeux sur la difficulté de déterminer si l’appelante a établi sa preuve. Autrement, la restriction imposée par l’arrêt *Consolidated-Bathurst* devient un vœu pieux plutôt qu’une règle de droit exécutoire, question que soulève d’ailleurs le professeur David J. Mullan dans son commentaire d’arrêt :

[TRADUCTION] ... il est possible de considérer que le jugement ne fait qu’attirer l’attention des membres sur leurs responsabilités sans qu’il n’y ait d’attente réelle que leur conduite fasse l’objet d’une surveillance continue.

(D. J. Mullan, « Policing the *Consolidated-Bathurst* Limits — Of Whistleblowers and Other Assorted Characters » (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 241, p. 242)

J’estime que l’arrêt *Tremblay* a montré que notre Cour avait *effectivement* l’« attente réelle » que les limites imposées à la portée des réunions plénières soient exécutoires. Dans cette affaire, notre Cour a annulé la décision de la Commission des affaires sociales du Québec parce que son équivalent de la procédure de la réunion plénière compromettrait la capacité de chaque formation de rendre sa propre décision à l’abri des contraintes imposées par des collègues.

La Commission est responsable du maintien du secret de ses délibérations et les tribunaux l’appuieront généralement à cet égard. Toutefois, lors-

100

101

102

103

where there is a breach of that secrecy from within the Board itself, whether by reason of a whistleblower or otherwise, the inconvenient information cannot be wished out of existence. The appellant is not to be faulted for coming into possession of information volunteered by a retired member of the Board.

104 The Board in its submissions cautions the Court against “lowering the bar” for judicial review, and worries that once “an allegation of wrongdoing was made, an administrative tribunal would have no choice but to reveal its deliberations so as to rebut the ‘reasonable apprehension’”. The Board construes “deliberations” broadly to include process as well as substance, and says that it embraces not only the decision makers (the panel) but all attendees at the full board meeting as well. However, it is in the nature of judicial review that the secrecy as to the process may have to be relaxed by the Board to dispel legitimate concerns about the integrity of its decision-making process. The alternative for the Board in a case where an applicant has met the threshold evidentiary onus (as here) is to allow the decision to be vacated as the price of preserving intact the secrecy surrounding its formation.

105 In my view, the Board cannot have it both ways. It cannot, with the assistance of the legislature, deny a person in the position of the appellant all legitimate access to relevant information, then rely on the absence of this same information as a conclusive answer to the appellant’s complaint. We are not in the business of playing Catch 22. The record discloses a change of position by the panel on an issue of fact. This runs counter to *Consolidated-Bathurst* and has to be dealt with properly if confidence in the integrity of the Board’s decision making is to be maintained. The exigencies of

qu’une violation de ce secret provient de la Commission elle-même, que ce soit en raison de la présence d’un dénonciateur ou pour d’autres raisons, les renseignements embarrassants ne peuvent pas disparaître comme par enchantement. On ne peut pas blâmer l’appelante d’avoir obtenu des renseignements qu’un membre retraité de la Commission a pris l’initiative de lui fournir.

Dans ses arguments, la Commission met notre Cour en garde contre le fait [TRADUCTION] « [d’]abaïsser la barre » en matière de contrôle judiciaire et elle craint que dès [TRADUCTION] « qu’une allégation de faute serait faite, un tribunal administratif n’aurait pas d’autre choix que de révéler ses délibérations pour réfuter la “crainte raisonnable” ». La Commission interprète largement le mot « délibérations », qui comporte selon elle le processus de même que le fond, et elle dit que ce mot vise non seulement les décideurs (la formation), mais aussi tous ceux qui ont participé à la réunion plénière. Toutefois, la nature du contrôle judiciaire fait en sorte qu’il se peut que la Commission ait à lever le secret afin de dissiper des craintes légitimes au sujet de l’intégrité de son processus décisionnel. Dans un cas où le demandeur s’est acquitté de la charge initiale de présentation (comme en l’espèce), la solution de rechange pour la Commission consiste à permettre que la décision soit annulée pour que soit préservé le secret entourant son élaboration.

À mon avis, la Commission ne peut pas jouer sur les deux plans. Elle ne peut pas, avec l’aide du législateur, priver une personne dans la position de l’appelante de tout accès légitime aux renseignements pertinents, pour ensuite invoquer l’absence de ces mêmes renseignements en tant que réponse déterminante à la plainte de l’appelante. Nous ne sommes pas ici devant une situation sans issue. Le dossier révèle que la formation a modifié sa position sur une question de fait. Cela va à l’encontre de l’arrêt *Consolidated-Bathurst* et il faut prendre les mesures appropriées pour que la confiance dans l’intégrité du processus décisionnel de la Commission soit préservée. Les exigences applicables en matière de contrôle judiciaire ont été expressément

judicial review were specifically affirmed by Gonthier J. in *Tremblay* at pp. 965-66:

... when there is no appeal from the decision of an administrative tribunal, as is the case with the Commission, that decision can only be reviewed in one way: as to legality by judicial review. It is of the very nature of judicial review to examine *inter alia* the decision maker's decision-making process. Some of the grounds on which a decision may be challenged even concern the internal aspect of that process: for example, was the decision made at the dictate of a third party? Is it the result of the blind application of a previously established directive or policy? All these events accompany the deliberations or are part of them.

Accordingly, it seems to me that by the very nature of the control exercised over their decisions administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals. Of course, secrecy remains the rule, but it may nonetheless be lifted when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice. [Emphasis added.]

In *Tremblay*, of course, the Court was not confronted with a testimonial immunity provision comparable to s. 111 of the Ontario *Labour Relations Act*. Nevertheless, it could not have been intended by the Court to make a distinction between fact and policy, only to have its enforcement rendered impracticable. Where such difficulties of proof are presented, as here, they will have to be factored into the evidentiary burden of proof placed on the appellant.

The Presumption of Regularity

The Ontario Court of Appeal considered the Board's proceedings to be protected by the "presumption of regularity" ((1998), 38 O.R. (3d) 737, at p. 740). This presumption, like any rebuttable presumption, yields to contrary evidence. Here again the Board relies on its successful denial of access to relevant information to feed the presumption and defeat the appellant's complaint. Not only were subpoenas set aside, as mentioned, but attempts by the appellant to obtain relevant information through the provincial *Freedom of Infor-*

énoncées par le juge Gonthier dans *Tremblay*, p. 965-966 :

... lorsque les décisions d'un tribunal administratif sont sans appel, comme c'est le cas à la Commission, il n'existe qu'une seule façon de réviser celles-ci: le contrôle de la légalité. Or, il relève de la nature même du contrôle judiciaire d'examiner, entre autres, le processus décisionnel du décideur. Certains des motifs pour lesquels une décision peut être attaquée portent même sur l'aspect interne de ce processus décisionnel: par exemple, la décision a-t-elle été prise sous la dictée d'un tiers? Résulte-t-elle de l'application aveugle d'une directive ou d'une politique pré-établie? Tous ces événements sont concomitants au délibéré ou en font partie.

Il me semble donc que, de par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne puissent invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires. Le secret demeure bien sûr la règle, mais il pourra néanmoins être levé lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n'a pas respecté les règles de justice naturelle. [Je souligne.]

Il est évident que dans *Tremblay* notre Cour ne faisait pas face à une disposition d'exonération de l'obligation de témoigner comparable à l'art. 111 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario. Néanmoins, notre Cour n'a pas pu avoir l'intention de faire une distinction entre fait et principe, pour voir ensuite l'application de cette distinction rendue impossible. Lorsque de telles difficultés en matière de preuve se présentent, comme en l'espèce, elles doivent être considérées comme faisant partie du fardeau de présentation de la preuve reposant sur l'appelante.

La présomption de régularité

La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que la procédure de la Commission était protégée par la « présomption de régularité » ((1998), 38 O.R. (3d) 737, p. 740). Comme toute présomption réfutable, cette présomption s'efface devant une preuve contraire. Encore une fois en l'espèce, la Commission s'appuie sur le fait qu'elle a réussi à interdire à l'appelante l'accès aux renseignements pertinents pour renforcer la présomption et faire rejeter la plainte de l'appelante. Non seulement des assignations de témoins ont été annulées, mais la Com-

mation and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, were successfully resisted. Building on this success, the Board relies upon the statement of Gonthier J. in *Consolidated-Bathurst* at p. 336:

The appellant does not claim that new evidence was adduced at the meeting and the record does not disclose any such breach of the *audi alteram partem* rule. The defined practice of the Board at full board meetings is to discuss policy issues on the basis of the facts as they were determined by the panel. The benefits to be derived from the proper use of this consultation process must not be denied because of the mere concern that this established practice might be disregarded, in the absence of any evidence that this has occurred. In this case, the record contains no evidence that factual issues were discussed by the Board at the September 23, 1983 meeting. [Emphasis added.]

108 Where, as here, a serious question is raised on material emanating from the Board itself as to whether the *Consolidated-Bathurst* limits were respected, I do not think it is for the Board to claim that the failure of the party to obtain the additional evidence that the Board itself has fought to withhold is a complete answer to the claim. The strength of the evidence necessary to displace the presumption of regularity depends on the nature of the case: W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (7th ed. 1994), at p. 334. Having regard to the difficulties put in the way of the appellant to obtain evidence to which at common law it would have been entitled (*Tremblay*, at pp. 965-66), I think the appellant discharged its evidentiary onus to displace the “presumption” of regularity.

109 The Board relies on the public interest in the effective operation of its docket, but that is not the only public interest at stake here. Public confidence in the integrity of decision making by courts and adjudicative tribunals is of the highest importance. Parties coming before the Board should not

mission a résisté avec succès aux tentatives de l'appelante d'obtenir des renseignements pertinents au moyen de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, de la province. Partant de ce succès, la Commission se fonde sur l'énoncé du juge Gonthier dans *Consolidated-Bathurst*, p. 336 :

L'appelante ne soutient pas que de nouveaux éléments de preuve ont été soumis à la réunion et le dossier ne révèle aucune violation de la règle *audi alteram partem* pour ce motif. La pratique définie par la Commission lors de ces réunions plénières consiste précisément à discuter des questions de politique en tenant pour avérés les faits établis par le banc. Il ne faut pas refuser les avantages que l'utilisation valable de ce processus de consultation peut procurer, uniquement à cause de la simple crainte que cette pratique établie ne soit pas respectée, en l'absence de toute preuve que la chose s'est produite. En l'espèce, le dossier ne contient aucune preuve que des questions de fait ont été discutées par la Commission lors de la réunion du 23 septembre 1983. [Je souligne.]

Lorsque, comme en l'espèce, une question sérieuse est soulevée à partir de documents émanant de la Commission même quant à savoir si les limites imposées par l'arrêt *Consolidated-Bathurst* ont été respectées, je ne crois pas que la Commission puisse prétendre que l'omission de la partie d'obtenir la preuve supplémentaire que la Commission elle-même a cherché à ne pas communiquer constitue une réponse complète à la plainte. La force de la preuve nécessaire pour réfuter la présomption de régularité varie selon la nature de l'affaire : W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (7^e éd. 1994), p. 334. Quant aux difficultés qu'a éprouvées l'appelante à obtenir des éléments de preuve auxquels elle aurait eu droit en common law (*Tremblay*, p. 965-966), j'estime qu'elle s'est acquittée de sa charge de présentation consistant à déplacer la « présomption » de régularité.

La Commission se fonde sur l'intérêt public relatif à la gestion efficace de ses dossiers, mais il ne s'agit pas du seul intérêt public en jeu en l'espèce. La confiance du public dans l'intégrité du processus décisionnel des cours de justice et des tribunaux administratifs est de la plus haute impor-

come away with a *reasonable* apprehension that they were subject to a rogue process. Once it was determined here that the change between the initial decision and the final decision related to an issue that was almost entirely factual, and was nevertheless put up for discussion at a full Board meeting, I think the appellant has made out a *prima facie* basis for judicial review which in this case the Board chose not to rebut. To hold otherwise would suggest that the Court in *Consolidated-Bathurst* affirmed procedural limitations on full board meetings for breach of which there is no effective remedy.

I do not think it is necessary in this case to address the possibility of relief against an “apparent” breach of fair hearing rights. I note, however, that many of the justifications my colleague, LeBel J. lists, at para. 48, for resort to “appearances” in bias cases apply here, principally the difficulty of proof and the need to vindicate the integrity of the adjudicative process. In the normal case it will be apparent whether someone has received the sort of hearing to which he or she is entitled. Did he or she know the case to meet? Was there proper disclosure? Was there a hearing? Were reasons given? Were those reasons adequate? Generally, unlike cases of bias, a participant has enough information in the ordinary course to determine the content of procedural fairness in a particular case and to assess whether it was received. For the most part, it will be “seen” by all whether fair hearing rights have been respected. This type of case is different. The statute bars access to the information relevant to a determination whether the full Board meeting was contrary to natural justice. The problems of information and proof inherent in bias cases, which contributed to the creation of the “appearances” standard, are present here.

tance. Les parties comparissant devant la Commission ne doivent pas repartir avec la crainte *raisonnable* d’avoir été soumise à un processus irrégulier. Une fois qu’il a été déterminé en l’espèce que le changement intervenu entre la décision initiale et la décision définitive portait sur une question qui était presque entièrement factuelle et qui a néanmoins été soulevée à une réunion plénière de la Commission, j’estime que l’appelante a établi à première vue un fondement pour le contrôle judiciaire, que la Commission a décidé de ne pas réfuter en l’espèce. Conclure autrement indiquerait que notre Cour a confirmé, dans *Consolidated-Bathurst*, l’existence de restrictions procédurales relatives aux réunions plénières sans qu’il n’y ait une réparation efficace pour la violation de ces restrictions.

Je ne pense pas qu’il soit nécessaire en l’espèce d’examiner la possibilité de réparation en matière de violation « apparente » du droit à une audience équitable. Je souligne toutefois que plusieurs des justifications que mon collègue le juge LeBel énumère, au par. 48, pour le recours aux « apparences » dans les affaires de partialité s’appliquent en l’espèce, tout particulièrement la difficulté de la preuve et la nécessité de défendre l’intégrité du processus décisionnel. Il sera généralement apparent qu’une personne a reçu ou non le genre d’audience à laquelle elle a droit. Connaissait-elle la preuve invoquée contre elle? Y a-t-il eu communication appropriée? Y a-t-il eu une audience? Des motifs ont-ils été fournis? Ces motifs étaient-ils adéquats? Généralement et contrairement aux affaires de partialité, un participant a suffisamment de renseignements pour déterminer le contenu de l’équité procédurale dans une affaire particulière et s’il en a bénéficié. En majeure partie, tous « verront » si le droit à une audience équitable a été respecté. Il s’agit en l’espèce d’une affaire différente. La loi interdit l’accès aux renseignements pertinents pour déterminer si la réunion plénière de la Commission était contraire à la justice naturelle. Les problèmes de renseignements et de preuve inhérents aux affaires de partialité, qui ont contribué à la création de la norme des « apparences », sont présents en l’espèce.

111

However, it is not necessary in this case to step into such controversial jurisprudential waters. The evidence shows a reference of the case to the full Board, and a change in the factual adjudication. This brings the appellant within the principle enunciated by Gonthier J. in *Consolidated-Bathurst* at pp. 335-36:

The determination and assessment of facts are delicate tasks which turn on the credibility of the witnesses and an overall evaluation of the relevancy of all the information presented as evidence. As a general rule, these tasks cannot be properly performed by persons who have not heard all the evidence and the rules of natural justice do not allow such persons to vote on the result. Their participation in discussions dealing with such factual issues is less problematic when there is no participation in the final decision. However, I am of the view that generally such discussions constitute a breach of the rules of natural justice because they allow persons other than the parties to make representations on factual issues when they have not heard the evidence. [Emphasis added.]

On this point, there seems to have been no disagreement between Gonthier J. and Sopinka J., dissenting in the result, who wrote at p. 296:

... in matters affecting the integrity of the decision-making process, it is sufficient if there is an appearance of injustice. The tribunal will not be heard to deny what appears as a plausible objective conclusion. [Emphasis added.]

Once the likelihood is established that the full Board meeting trespassed on adjudicative matters properly left to the panel, the further question of prejudice is properly dealt with in accordance with the observation of Dickson J. in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1116: "We are not here concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons."

112

In my view, subject to the privative clause issue, the appellant is entitled to a new hearing before a different panel of the Board. This is not an easy

Il n'est cependant pas nécessaire en l'espèce de pénétrer sur ce territoire jurisprudentiel controversé. La preuve indique l'existence d'un renvoi de l'affaire à la réunion plénière et d'un changement de décision quant aux faits. Cela fait en sorte que l'appelante est visée par le principe énoncé par le juge Gonthier dans *Consolidated-Bathurst*, p. 335-336 :

La détermination et l'évaluation des faits sont des tâches délicates qui dépendent de la crédibilité des témoins et de l'évaluation globale de la pertinence de tous les renseignements présentés en preuve. En général, les personnes qui n'ont pas entendu toute la preuve ne sont pas à même de bien remplir cette tâche et les règles de justice naturelle ne permettent pas à ces personnes de voter sur l'issue du litige. Leur participation aux discussions portant sur ces questions de fait pose moins de problèmes quand elles ne participent pas à la décision définitive. Cependant, j'estime que ces discussions violent généralement les règles de justice naturelle parce qu'elles permettent à des personnes qui ne sont pas parties au litige de faire des observations sur des questions de fait alors qu'elles n'ont pas entendu la preuve. [Je souligne.]

Sur ce point, il ne semble y avoir eu aucun désaccord entre le juge Gonthier et le juge Sopinka, dissident quant à l'issue, qui a écrit à la p. 296 :

... en matière d'atteinte à l'intégrité du processus décisionnel, il suffit qu'il y ait apparence d'injustice. On ne peut accepter que le tribunal nie ce qui paraît être une conclusion objective plausible. [Je souligne.]

Dès que l'on démontre la probabilité que la réunion plénière de la Commission ait empiété sur des questions décisionnelles devant être laissées à la formation, la question suivante du préjudice doit être examinée conformément à l'observation faite par le juge Dickson dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, p. 1116 : « Nous ne sommes pas concernés ici par la preuve de l'existence d'un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice. »

À mon avis, sous réserve de la question de la clause privative, l'appelante a droit à une nouvelle audience devant une formation différente de la

order to make given the fact that this case has been before the Board and the courts for many years. However, the courts in Ontario refused to stay the Board's original order upholding the respondent union's bargaining rights, and the union and its members have not on that account been prejudiced by the delay.

The Privative Clauses

Decisions of the Board are protected by a considerable armoury of statutory provisions including a "finality clause" and a "privative clause":

114. (1) [Jurisdiction] The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

116. [Board's orders not subject to review] No decision, order, direction, declaration or ruling of the Board shall be questioned or reviewed in any court, and no order shall be made or process entered, or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, declaratory judgment, certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board or any of its proceedings.

The effect of such clauses was explained by Dickson J. (as he then was), speaking for the Court in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, at p. 389:

A tribunal may, on the one hand, have jurisdiction in the narrow sense of authority to enter upon an inquiry but, in the course of that inquiry, do something which takes the exercise of its powers outside the protection of the privative or preclusive clause. Examples of this type of error would include acting in bad faith, basing the decision on extraneous matters, failing to take relevant

Commission. Il ne s'agit pas d'une ordonnance facile à rendre compte tenu du fait que la présente affaire est devant la Commission et les tribunaux depuis de nombreuses années. Toutefois, les tribunaux ontariens ont refusé de suspendre l'ordonnance originale de la Commission confirmant les droits de négociation du syndicat intimé, de sorte que le délai n'a causé aucun préjudice au syndicat et à ses membres.

Les clauses privatives

Les décisions de la Commission sont protégées par une armée de dispositions législatives qui comprennent une « clause d'irrévocabilité » et une « clause privative » :

114. (1) [Compétence exclusive] La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente loi ou qui lui sont conférés en vertu de celle-ci et trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise. Ses décisions ont force de chose jugée. Toutefois, la Commission peut à l'occasion, si elle estime que la mesure est opportune, réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, ordonnances, directives ou déclarations.

116. [La décision de la Commission n'est pas susceptible de révision] Sont irrecevables devant un tribunal les demandes en contestation ou en révision des décisions, ordonnances, directives ou déclarations de la Commission ou les instances visant la contestation, la révision, la limitation ou l'interdiction de ses activités, par voie notamment d'injonctions, de jugement déclaratoire, de brefs de *certiorari*, *mandamus*, prohibition ou *quo warranto*.

L'effet de ces dispositions a été expliqué par le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, p. 389 :

Un tribunal peut, d'une part, avoir compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête mais, au cours de cette enquête, faire quelque chose qui retire l'exercice de ce pouvoir de la sauvegarde de la clause privative ou limitative de recours. Des exemples de ce genre d'erreur seraient le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la ques-

113

114

factors into account, breaching the provisions of natural justice or misinterpreting provisions of the Act so as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it. [Emphasis added.]

To the same effect see *Université du Québec à Trois-Rivières v. Laroque*, [1993] 1 S.C.R. 471, at pp. 491 and 494; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, at p. 435; Brown and Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, *supra*, at para. 13:5440, p. 13-78; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 4.100, p. 4-6. The Board lies at the judicial end of the spectrum of administrative tribunals discussed in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at pp. 628-29. Where, as here, the Board upholds a grievance and orders the payment of damages under a procedure that violated the principles of natural justice, the order is made without jurisdiction and will be set aside despite the private clause.

Disposition

115 I would allow the appeal with costs and remit the union's application to the Ontario Labour Relations Board for a rehearing before a different panel. The appellant should have its costs on a party and party basis here and in the courts below.

Appeal dismissed with costs, MAJOR and BINNIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the respondent Ontario Labour Relations Board: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local 894: Koskie Minsky, Toronto.

tion, d'omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d'enfreindre les règles de la justice naturelle ou d'interpréter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont il n'est pas saisi. [Je souligne.]

Dans le même sens, voir *Université du Québec à Trois-Rivières c. Laroque*, [1993] 1 R.C.S. 471, p. 491 et 494; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, p. 435; Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, *op. cit.*, par. 13:5440, p. 13-78; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par. 4.100, p. 4-6. La Commission se situe à l'extrémité judiciaire de l'échelle des tribunaux administratifs mentionnée dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 628-629. Lorsque, comme en l'espèce, la Commission accueille un grief et ordonne le versement de dommages-intérêts en vertu d'une procédure qui a contrevenu aux principes de justice naturelle, l'ordonnance est rendue en l'absence de compétence et sera annulée malgré la clause privative.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de renvoyer la demande du syndicat à la Commission des relations de travail de l'Ontario pour une nouvelle audience devant une formation différente. L'appelante a droit aux dépens sur une base de frais entre parties en notre Cour et dans les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges MAJOR et BINNIE sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 894: Koskie Minsky, Toronto.

Kenneth Deane *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DEANE

Neutral citation: 2001 SCC 5.

File No.: 27776.

2001: January 26.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Police officer charged with criminal negligence causing death — Police officer's statement to commanding officer admitted into evidence without voir dire — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Statutes and Regulations Cited*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 143 C.C.C. (3d) 84, 129 O.A.C. 335, [2000] O.J. No. 403 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of criminal negligence causing death. Appeal dismissed.

Alan D. Gold and *Maureen J. McGuire*, for the appellant.

Milan Rupic, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — This appeal comes to us as of right. Assuming without deciding that a *voir dire* should have been held, we all agree that this is a proper case to apply the proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Kenneth Deane *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. DEANE

Référence neutre : 2001 CSC 5.

N° du greffe : 27776.

2001 : 26 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Appel — Absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave — Policier accusé de négligence criminelle ayant causé la mort — Déclaration du policier à son supérieur admise en preuve sans voir-dire — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en appliquant la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Lois et règlements cités*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 143 C.C.C. (3d) 84, 129 O.A.C. 335, [2000] O.J. No. 403 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé qui avait été déclaré coupable de négligence criminelle. Pourvoi rejeté.

Alan D. Gold et *Maureen J. McGuire*, pour l'appellant.

Milan Rupic, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Le présent appel nous a été soumis de plein droit. En supposant, sans toutefois trancher la question, qu'un voir-dire aurait dû être tenu, nous sommes tous d'avis qu'il s'agit d'un cas où il convient d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

2

The appeal is dismissed.

L'appel est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Lorie Ferguson *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FERGUSON

Neutral citation: 2001 SCC 6.

File No.: 27800.

2001: January 26.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Jury — Deliberations — Jury requesting transcript of Crown's closing address — Whether trial judge erred in complying with request.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 35 C.R. (5th) 290, 130 O.A.C. 253, [2000] O.J. No. 346 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal allowed.

M. David Lepofsky and Gregory J. Tweney, for the appellant.

Alan D. Gold and Maureen J. McGuire, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MAJOR J. — Mr. Gold, there are days like this in the lives of counsel. However, in spite of your admirable argument, we are all of the opinion that this appeal as of right be allowed, substantially for the reasons of Laskin J.A. in the Ontario Court of Appeal.

*Judgment accordingly.***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

Lorie Ferguson *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. FERGUSON

Référence neutre : 2001 CSC 6.

N° du greffe : 27800.

2001 : 26 janvier.

Présents : Les juges Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Jury — Délibérations — Transcription de l'exposé final du ministère public demandée par le jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en accédant à cette demande?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 35 C.R. (5th) 290, 130 O.A.C. 253, [2000] O.J. No. 346 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusée contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli.

M. David Lepofsky et Gregory J. Tweney, pour l'appelante.

Alan D. Gold et Maureen J. McGuire, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MAJOR — Monsieur Gold, il y a des jours comme ça dans la vie d'un avocat. En effet, malgré votre admirable plaidoyer, nous sommes tous d'avis que le présent appel de plein droit doit être accueilli, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'appelante : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the respondent: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Gold & Fuerst, Toronto.

Minister of Justice *Appellant*

v.

**Glen Sebastian Burns and Atif Ahmad
Rafay** *Respondents*

and

**Amnesty International, the International
Centre for Criminal Law & Human Rights,
the Criminal Lawyers' Association
(Ontario), the Washington Association of
Criminal Defence Lawyers and the Senate of
the Republic of Italy** *Intervenors*

INDEXED AS: UNITED STATES v. BURNS

Neutral citation: 2001 SCC 7.

File No.: 26129.

Hearing: March 22, 1999.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,
Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and
Binnie JJ.

Rehearing: May 23, 2000; February 15, 2001.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour
and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Mobility
rights — Extradition — Surrender of Canadian fugitives
to foreign state — Fugitives wanted in connection with
triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to
extradite fugitives without obtaining assurances from
U.S. authorities that death penalty would not be
imposed — Whether extradition without assurances
infringed fugitives' constitutional rights to remain in or
enter Canada — Canadian Charter of Rights and Free-
doms, s. 6(1) — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23,
s. 25.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Applica-
tion — Cruel and unusual punishment — Extradition —
Surrender of Canadian fugitives to foreign state —*

Ministre de la Justice *Appelant*

c.

**Glen Sebastian Burns et Atif Ahmad
Rafay** *Intimés*

et

**Amnistie Internationale, International
Centre for Criminal Law & Human Rights,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Washington Association of Criminal Defence
Lawyers et Sénat de la République
italienne** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ÉTATS-UNIS c. BURNS

Référence neutre : 2001 CSC 7.

N° du greffe : 26129.

Audition : 22 mars 1999.

Présents : Le juge en chef Lamer et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

Nouvelle audition : 23 mai 2000; 15 février 2001.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
de circulation — Extradition — Remise de fugitifs
canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à
l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du
ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir
d'assurances de la part des autorités américaines que la
peine de mort ne serait pas infligée — L'extradition des
fugitifs sans les assurances prévues violerait-elle le
droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer que leur
garantit la Constitution? — Charte canadienne des
droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'extradition,
L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 25.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Applica-
tion — Peines cruelles et inusitées — Extradition —
Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugi-*

Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Whether constitutional guarantee against cruel and unusual punishment engaged — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 32(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state — Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Fugitives deprived of their rights to liberty and security of person by extradition order — Whether threatened deprivation of fugitives' rights in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether extradition without assurances justifiable as reasonable in free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

The respondents are each wanted on three counts of aggravated first degree murder in the State of Washington. If found guilty, they will face either the death penalty or life in prison without the possibility of parole. The respondents are both Canadian citizens and were 18 years old when the father, mother and sister of the respondent Rafay were found bludgeoned to death in their home in Bellevue, Washington, in July 1994. Both Burns and Rafay, who had been friends at high school in British Columbia, admit that they were at the Rafay home on the night of the murders. They claim to have gone out on the evening of July 12, 1994 and when they returned, they say, they found the bodies of the three murdered Rafay family members. Thereafter, the respondents returned to Canada. As a result of investigative work by undercover RCMP officers, they were eventually arrested. The Attorney General of British Columbia decided against a prosecution in that province. United States authorities commenced proceedings to extradite the respondents to the State of Washington for trial. The Minister of Justice for Canada, after evaluating the respondents' particular circumstances, including their age and their Canadian nationality, ordered their extradition pursuant to s. 25 of the *Extradition Act* without seeking assurances from the United States under Article 6 of the extradition treaty between the two countries that the death penalty would not be imposed, or, if

tifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — La garantie constitutionnelle contre les peines cruelles et inusitées s'applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 32(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — Fugitifs privés par l'arrêt d'extradition de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne — Ce risque de privation des droits des fugitifs est-il compatible avec les principes de justice fondamentale? — Si la réponse est négative, est-ce que l'extradition sans les assurances prévues peut être justifiée en tant que mesure raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

Les intimés sont tous les deux recherchés dans l'État de Washington pour trois chefs de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes. S'ils sont déclarés coupables, les intimés sont passibles soit de la peine de mort soit de l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle. Les intimés sont tous deux citoyens canadiens et ils étaient âgés de 18 ans lorsque le père, la mère et la sœur de l'intimé Rafay ont été trouvés battus à mort dans leur domicile de Bellevue, dans l'État de Washington, en juillet 1994. Burns et Rafay, qui s'étaient liés d'amitié lorsqu'ils fréquentaient l'école secondaire en Colombie-Britannique, admettent qu'ils se trouvaient au domicile de Rafay le soir des meurtres. Ils disent être sortis le soir du 12 juillet 1994 et que, à leur retour, ils ont trouvé les corps des trois membres de la famille Rafay qui ont été assassinés. Par la suite, les intimés sont retournés au Canada. À la suite d'une enquête menée par des agents d'infiltration de la GRC, ils ont finalement été arrêtés. Le procureur de la Colombie-Britannique a décidé de ne pas intenter de poursuite contre eux dans la province. Les autorités américaines ont entamé des procédures en vue d'obtenir leur extradition vers l'État de Washington pour qu'ils y soient jugés. Après avoir évalué les circonstances particulières de la situation des intimés, notamment leur âge et leur nationalité canadienne, le ministre de la Justice du Canada a ordonné leur extradition conformément à

imposed, would not be carried out. The British Columbia Court of Appeal, in a majority decision, ruled that the unconditional extradition order would violate the mobility rights of the respondents under s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal therefore set aside the Minister's decision and directed him to seek assurances as a condition of surrender.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 25 of the *Extradition Act* creates a broad ministerial discretion whether to surrender a fugitive, and if so, on what terms. While constitutionally valid, the Minister's discretion is limited by the *Charter*. The authority of the Minister under s. 25 is predicated on the existence of an extradition treaty. In respect of seeking assurances under Article 6 of the treaty, the Minister took the position that assurances were not to be sought routinely in every case in which the death penalty was applicable; such assurances should be sought only in circumstances where the particular facts of the case warranted that special exercise of discretion. Although it is generally for the Minister, not the court, to assess the weight of competing considerations in extradition policy, the availability of the death penalty opens up a different dimension. Death penalty cases are uniquely bound up with basic constitutional values and the court is the guardian of the Constitution.

The death penalty is a justice issue and is only marginally a mobility rights issue. Section 6(1) of the *Charter*, standing alone, does not invalidate an extradition without assurances. Although extradition is a *prima facie* infringement of the s. 6(1) right of every Canadian citizen to "remain in" Canada, efforts to stretch mobility rights to cover the death penalty controversy are misplaced.

Nor is s. 12 of the *Charter* ("cruel and unusual treatment or punishment") the most appropriate head of relief. The *Charter* guarantees certain rights and freedoms from infringement by "the Parliament and govern-

l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* sans demander aux États-Unis, en vertu de l'article 6 du traité d'extradition entre les deux pays, des assurances que la peine de mort ne serait pas infligée ou que, si elle l'était, elle ne serait pas appliquée. Dans une décision rendue à la majorité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que l'arrêté d'extradition inconditionnel violerait le droit à la liberté de circulation garanti aux intimés par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour a infirmé la décision du ministre et ordonné à celui-ci de demander des assurances à titre de condition de remise.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'article 25 de la *Loi sur l'extradition* confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire l'habilitant à décider si un fugitif doit ou non être livré à l'État requérant et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Bien que valide sur le plan constitutionnel, le pouvoir discrétionnaire du ministre est limité par la *Charte*. Le pouvoir conféré au ministre par l'art. 25 repose sur l'existence d'un traité d'extradition. En ce qui concerne les demandes d'assurances prévues par l'article 6 du traité, le ministre a affirmé que de telles assurances ne devaient pas être systématiquement demandées dans tous les cas où la peine de mort était applicable et qu'elles ne devraient être demandées que dans les cas où les faits particuliers de l'affaire justifient cet exercice spécial du pouvoir discrétionnaire. Quoique ce soit généralement au ministre, et non aux tribunaux, qu'il incombe de soupeser les considérations qui s'opposent dans l'application de la politique d'extradition, le fait que la peine de mort puisse être infligée fait intervenir une dimension particulière. Les affaires de peine de mort sont liées à des valeurs constitutionnelles fondamentales de façon exceptionnelle et les tribunaux sont les gardiens de la Constitution.

La peine de mort est une question qui a trait à la justice et qui ne touche qu'accessoirement la liberté de circulation. Le paragraphe 6(1) de la *Charte* n'invalide pas à lui seul l'extradition sans les assurances prévues. Quoique l'extradition constitue à première vue une atteinte au droit que garantit le par. 6(1) à tout citoyen canadien de « demeurer au » Canada, les efforts déployés en vue d'élargir le champ d'application du droit à la liberté de circulation à la controverse entourant la peine de mort sont mal inspirés.

L'article 12 de la *Charte* (« traitements ou peines cruels et inusités ») n'est pas non plus la disposition qu'il convient d'invoquer. La *Charte* protège certains droits et libertés contre les atteintes susceptibles d'y être

ment of Canada” and “the legislature and government of each province” (s. 32(1)). The Canadian government would not itself inflict capital punishment, although its decision to extradite without assurances would be a necessary link in the chain of causation to that potential result. However, the degree of causal remoteness between the extradition order to face trial and the potential imposition of capital punishment as one of many possible outcomes to this prosecution makes this a case more appropriately reviewed under s. 7 of the *Charter*. The values underlying various sections of the *Charter*, including s. 12, form part of the balancing process engaged in under s. 7.

Section 7 (“fundamental justice”) applies because the extradition order would, if implemented, deprive the respondents of their rights of liberty and security of the person since their lives are potentially at risk. The issue is whether the threatened deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 is concerned not only with the act of extradition, but also with its potential consequences. The balancing process set out in *Kindler* and *Ng* is the proper analytical approach. The “shocks the conscience” language signals the possibility that even though the rights of the fugitive are to be considered in the context of other applicable principles of fundamental justice, which are normally of sufficient importance to uphold the extradition, a particular treatment or punishment may sufficiently violate our sense of fundamental justice as to tilt the balance against extradition. The rule is not that departures from fundamental justice are to be tolerated unless in a particular case it shocks the conscience. An extradition that violates the principles of fundamental justice will always shock the conscience.

The important inquiry is to determine what constitutes the applicable principles of fundamental justice in the extradition context. The outcome of the appeal turns on an appreciation of these principles, which in turn are derived from the basic tenets of our legal system. While these basic tenets have not changed since 1991 when *Kindler* and *Ng* were decided, their application 10 years later must take note of factual developments in Canada and in relevant foreign jurisdictions.

In this case, it is said that a number of factors favour extradition without assurances: (1) individuals accused

portées par le « Parlement et [le] gouvernement du Canada » et par « la législature et [le] gouvernement de chaque province » (par. 32(1)). Le gouvernement canadien n’infligerait pas lui-même la peine capitale, mais sa décision d’extrader sans les assurances prévues serait un maillon nécessaire du lien de causalité conduisant à ce résultat potentiel. Toutefois, il s’agit d’un cas qu’il convient d’examiner au regard de l’art. 7 de la *Charte*, compte tenu du degré de proximité causale entre, d’une part, l’arrêté d’extradition pris en vue de permettre la tenue du procès et, d’autre part, l’infliction potentielle de la peine capitale qui constitue l’une des nombreuses issues possibles des poursuites en cause. Les valeurs qui sont à la base de divers articles de la *Charte*, notamment l’art. 12, font partie du processus de pondération fondé sur l’art. 7.

L’article 7 (« justice fondamentale ») s’applique puisque, s’il était exécuté, l’arrêté d’extradition aurait pour effet de priver les intimés de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne étant donné que leur vie pourrait être en danger. La question est de savoir si ce risque de privation est compatible avec les principes de justice fondamentale. L’article 7 ne s’attache pas seulement à l’acte d’extradition, mais aussi à ses conséquences potentielles. Le processus de pondération décrit dans les arrêts *Kindler* et *Ng* est la démarche analytique applicable. Les mots « choc de la conscience » indiquent que, — bien que les droits du fugitif doivent être examinés au regard d’autres principes de justice fondamentale applicables qui sont en règle générale suffisamment importants pour justifier l’extradition —, il est possible qu’un traitement ou une peine donnée viole notre sens de la justice fondamentale au point de faire pencher la balance à l’encontre de la décision d’extrader. La règle ne dit pas que les dérogations aux principes de justice fondamentale doivent être tolérées à moins que, dans un cas donné, la dérogation ne choque la conscience. Une extradition qui viole les principes de justice fondamentale choquera toujours la conscience.

Ce qu’il importe de déterminer, ce sont les principes de justice fondamentale qui s’appliquent dans le contexte de l’extradition. L’issue du pourvoi dépend d’une appréciation de ces principes, qui eux-mêmes découlent des préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ces préceptes fondamentaux n’ont pas changé depuis que les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus en 1991, mais leur application, 10 ans plus tard, doit tenir compte des faits nouveaux survenus au Canada et dans des ressorts étrangers pertinents.

En l’espèce, on affirme qu’un certain nombre de principes de justice fondamentale militent en faveur de l’ex-

of a crime should be brought to trial to determine the truth of the charges, the concern being that if assurances are sought and refused, the Canadian government could face the possibility that the respondents might avoid a trial altogether; (2) justice is best served by a trial in the jurisdiction where the crime was allegedly committed and the harmful impact felt; (3) individuals who choose to leave Canada leave behind Canadian law and procedures and must generally accept the local law, procedure and punishments which the foreign state applies to its own residents; and (4) extradition is based on the principles of comity and fairness to other cooperating states in rendering mutual assistance in bringing fugitives to justice, subject to the principle that the fugitive must be able to receive a fair trial in the requesting state.

Countervailing factors favour extradition only with assurances. First, in Canada, the death penalty has been rejected as an acceptable element of criminal justice. Capital punishment engages the underlying values of the prohibition against cruel and unusual punishment. It is final and irreversible. Its imposition has been described as arbitrary and its deterrent value has been doubted. Second, at the international level, the abolition of the death penalty has emerged as a major Canadian initiative and reflects a concern increasingly shared by most of the world's democracies. Canada's support of international initiatives opposing extradition without assurances, combined with its international advocacy of the abolition of the death penalty itself, leads to the conclusion that in the Canadian view of fundamental justice, capital punishment is unjust and should be stopped. While the evidence does not establish an international law norm against the death penalty, or against extradition to face the death penalty, it does show significant movement towards acceptance internationally of a principle of fundamental justice Canada has already adopted internally — namely, the abolition of capital punishment. International experience thus confirms the validity of concerns expressed in the Canadian Parliament about capital punishment. It also shows that a rule requiring that assurances be obtained prior to extradition in death penalty cases not only accords with Canada's principled advocacy on the international level, but also is consistent with the practice of other countries with which

tradition sans les assurances prévues : (1) les personnes accusées d'un crime doivent être traduites en justice pour qu'il soit statué sur la véracité des accusations pesant contre elles, la crainte étant que, si des assurances sont demandées et refusées, le gouvernement canadien pourrait voir les intimés éviter tout procès; (2) les intérêts de la justice sont mieux servis par la tenue du procès dans le ressort où le crime aurait été commis et où les effets préjudiciables se seraient fait sentir; (3) les personnes qui décident de quitter le Canada laissent derrière elles le droit canadien et ses procédures et doivent généralement accepter les lois, procédures et peines que l'État étranger où elles se trouvent applique à ses propres citoyens; (4) l'extradition est fondée sur les principes de courtoisie et d'équité envers les autres États qui collaborent afin de traduire en justice les fugitifs, sous réserve du principe que le fugitif doit pouvoir compter sur un procès équitable dans l'État requérant.

Voici les facteurs opposés qui militent en faveur de l'extradition seulement si elle est assortie des assurances prévues. Premièrement, au Canada, la peine de mort a été rejetée en tant qu'aspect acceptable de la justice criminelle. La peine capitale fait intervenir les valeurs qui sont à la base de l'interdiction des peines cruelles et inusitées. La peine capitale a un caractère définitif et irréversible. Son infliction a été qualifiée d'arbitraire et sa valeur dissuasive mise en doute. Deuxièmement, l'abolition de la peine de mort est l'objet d'une importante initiative canadienne à l'échelle internationale et reflète une préoccupation croissante dans la plupart des démocraties. L'appui donné par le Canada aux initiatives internationales contestant les extraditions non assorties des assurances prévues, conjugué au fait que le Canada préconise, à l'échelle internationale, l'abolition de la peine de mort elle-même, amène à conclure que, selon la vision canadienne de la justice fondamentale, la peine capitale est injuste et devrait être abolie. Bien que les éléments de preuve n'établissent pas l'existence d'une norme de droit international prohibant la peine de mort ou l'extradition de personnes vers des pays où elles sont passibles d'une telle peine, ils témoignent de l'existence, à l'échelle internationale, d'un important mouvement favorable à l'acceptation d'un principe de justice fondamentale déjà adopté par le Canada sur le plan interne, l'abolition de la peine capitale. L'expérience à l'échelle internationale confirme donc la validité des inquiétudes exprimées au sein du Parlement canadien au sujet de la peine capitale. Elle montre également que la règle exigeant l'obtention d'assurances préalablement à l'extradition dans les affaires de peine de mort est compatible non seulement avec la position de principe

Canada generally invites comparison, apart from the retentionist jurisdictions in the United States.

Third, almost all jurisdictions treat some personal characteristics of the fugitive as mitigating factors in death penalty cases. Canada's ratification of various international instruments prohibiting the execution of individuals who were under the age of 18 at the time of the commission of the offence, and the language of the new *Extradition Act* which permits the Minister in certain circumstances to refuse to surrender persons who were under 18 at the time of the offence, support the conclusion that some degree of leniency for youth is an accepted value in the administration of justice. Accordingly, even though the respondents were 18 at the time of the crime, their relative youth constitutes a mitigating circumstance in this case, albeit of limited weight.

Fourth, the accelerating concern about potential wrongful convictions is a factor of increased weight since *Kindler* and *Ng* were decided. The avoidance of conviction and punishment of the innocent has long been in the forefront of "the basic tenets of our legal system". The recent and continuing disclosures of wrongful convictions for murder in Canada and the United States provide tragic testimony to the fallibility of the legal system, despite its elaborate safeguards for the protection of the innocent. This history weighs powerfully in the balance against extradition without assurances when fugitives are sought to be tried for murder by a retentionist state, however similar in other respects to our own legal system.

Fifth, the "death row phenomenon" is another factor that weighs against extradition without assurances. The finality of the death penalty, combined with the determination of the criminal justice system to try to satisfy itself that the conviction is not wrongful, inevitably produces lengthy delays, and the associated psychological trauma to death row inhabitants, many of whom may ultimately be shown to be innocent. The "death row phenomenon" is not a controlling factor in the s. 7 balance, but even many of those who regard its horrors

défendue par le Canada sur la scène internationale, mais également avec la pratique observée dans d'autres pays auxquels on compare généralement le Canada, exception faite des États qui appliquent encore la peine de mort aux États-Unis.

Troisièmement, pratiquement tous les États considèrent certaines caractéristiques personnelles des fugitifs comme des facteurs atténuants. La ratification par le Canada d'instruments internationaux qui interdisent l'exécution de personnes qui avaient moins de 18 ans à l'époque où l'infraction a été commise et le texte de la nouvelle *Loi sur l'extradition* qui permet au ministre de refuser, dans certaines circonstances, d'extrader des personnes qui avaient moins de 18 ans au moment de l'infraction étayent la conclusion qu'un certain degré de clémence envers les jeunes accusés est une valeur acceptée dans l'administration de la justice. Par conséquent, même si les intimés étaient âgés de 18 ans au moment des infractions, leur relative jeunesse constitue une circonstance atténuante en l'espèce, bien qu'il s'agisse d'un facteur dont le poids est limité.

Quatrièmement, la crainte grandissante à l'égard du risque de déclaration de culpabilité erronée est un facteur de plus en plus important depuis les arrêts *Kindler* et *Ng*. Le désir d'éviter que des innocents soient déclarés coupables et punis est depuis longtemps à l'avant plan des « préceptes fondamentaux de notre système juridique ». La découverte incessante, au cours des dernières années, de déclarations de culpabilité pour meurtre erronées au Canada et aux États-Unis fait tragiquement ressortir la faillibilité du système juridique, et ce malgré les garanties étendues qui existent afin de protéger les innocents. Lorsque l'extradition de fugitifs recherchés pour meurtre est demandée par un État qui applique encore la peine de mort, ces erreurs militent fortement contre l'extradition des intéressés sans les assurances prévues et ce, aussi similaire à notre système juridique que puisse être, à d'autres égards, le système juridique de l'État requérant.

Cinquièmement, le « syndrome du couloir de la mort » est un autre facteur qui milite à l'encontre de l'extradition sans les assurances prévues. Le caractère définitif de la peine de mort, conjugué à la détermination du système de justice criminelle à s'assurer pleinement que la condamnation n'est pas erronée, semble entraîner inévitablement des délais considérables qui, à leur tour, sont sources de traumatismes psychologiques chez les résidents du couloir de la mort, dont bon nombre pourraient en définitive être déclarés innocents. Le « syndrome du couloir de la mort » n'est pas un facteur déterminant dans la pondération fondée sur l'art. 7, mais

as self-inflicted concede that it is a relevant consideration.

Factors for and against extradition without assurances must be balanced under s. 7. The objectives sought to be advanced by extradition without assurances would be as well served by extradition with assurances. There is no convincing argument that exposure of the respondents to death in prison by execution advances Canada's public interest in a way that the alternative, eventual death in prison by natural causes, would not. Other abolitionist countries do not, in general, extradite without assurances.

Extradition of the respondents without assurances cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. While the government objective of advancing mutual assistance in the fight against crime is entirely legitimate, the Minister has not shown that extraditing the respondents to face the death penalty without assurances is necessary to achieve that objective. There is no suggestion in the evidence that asking for assurances would undermine Canada's international obligations or good relations with neighbouring states. The extradition treaty between Canada and the United States explicitly provides for a request for assurances and Canada would be in full compliance with its international obligations by making it. As well, while international criminal law enforcement including the need to ensure that Canada does not become a "safe haven" for dangerous fugitives is a legitimate objective, there is no evidence that extradition to face life in prison without release or parole provides a lesser deterrent to those seeking a "safe haven" than does the death penalty. Whether fugitives are returned to a foreign country to face the death penalty or to face eventual death in prison from natural causes, they are equally prevented from using Canada as a "safe haven". Elimination of a "safe haven" depends on vigorous law enforcement rather than on infliction of the death penalty by a foreign state after the fugitive has been removed from this country.

A review of the factors for and against unconditional extradition therefore leads to the conclusion that assur-

même bon nombre de ceux qui estiment que les condamnés n'ont qu'eux-mêmes à blâmer pour les horreurs de ce syndrome considèrent qu'il s'agit d'une considération pertinente.

Les facteurs favorables et défavorables à l'extradition sans les assurances prévues doivent être soupesés au regard de l'art. 7. L'extradition assortie des assurances prévues servirait tout aussi bien que l'extradition sans ces assurances les objectifs visés par cette seconde solution. Il n'a été présenté aucun argument établissant de façon convaincante que le fait d'exposer les intimés à la peine de mort par exécution dans une prison favoriserait l'intérêt général du Canada d'une façon que ne favoriserait pas la solution de rechange, soit leur mort éventuelle en prison par suite de causes naturelles. D'autres pays abolitionnistes n'extradent généralement pas les personnes recherchées sans requérir les assurances prévues.

L'extradition des intimés sans les assurances prévues ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif poursuivi par le gouvernement, c'est-à-dire soutenir l'entraide dans la lutte contre le crime, soit tout à fait légitime, la ministre n'a pas établi que l'extradition des intimés sans les assurances prévues vers un pays où ils risquent la peine de mort soit nécessaire pour réaliser cet objectif. Rien dans la preuve ne tend à indiquer que le fait de demander cette garantie nuirait au respect par le Canada de ses obligations internationales ou aux bonnes relations qu'il entretient avec des États voisins. Le traité d'extradition que le Canada et les États-Unis ont conclu pourvoit explicitement à la présentation de telles demandes et le Canada respecterait pleinement ses obligations internationales s'il en présentait une. De même, quoique l'application du droit criminel à l'échelle internationale, y compris la nécessité de veiller à ce que le Canada ne devienne pas un « refuge sûr » pour les fugitifs dangereux, soit un objectif légitime, il n'y a aucune preuve que l'extradition d'une personne vers un pays où elle risque l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle ait un effet dissuasif moins grand que la peine de mort sur les personnes à la recherche d'un « refuge sûr ». Peu importe si le fugitif est renvoyé vers un pays étranger où il risque soit la peine de mort soit la mort en prison de causes naturelles, il ne peut, dans un cas comme dans l'autre, utiliser le Canada comme « refuge sûr ». L'élimination du « refuge sûr » dépend de l'application vigoureuse de la loi plutôt que de l'infliction de la peine de mort une fois que le fugitif a été renvoyé hors du pays.

L'examen des facteurs favorables et défavorables à l'extradition sans condition amène par conséquent à

ances are constitutionally required in all but exceptional cases. This case does not present the exceptional circumstances that must be shown. A balance which tilted in favour of extradition without assurances in *Kindler* and *Ng* now tilts against the constitutionality of such an outcome.

Cases Cited

Explained: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Reference re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858; **referred to:** *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Re Burley (1865)*, 1 U.C.L.J. 34; *Re Federal Republic of Germany and Rauca (1983)*, 41 O.R. (2d) 225; *Whitley v. United States of America (1994)*, 20 O.R. (3d) 794, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467; *Swystun v. United States of America (1987)*, 40 C.C.C. (3d) 222; *Re Decter and United States of America (1983)*, 5 C.C.C. (3d) 364; Eur. Court H.R., *Soering case*, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *Ross v. United States of America (1994)*, 93 C.C.C. (3d) 500; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Pratt v. Attorney General for Jamaica*, [1993] 4 All E.R. 769; *R. v. Milgaard (1971)*, 2 C.C.C. (2d) 206, leave to appeal refused (1971), 4 C.C.C. (2d) 566n; *Reference re Milgaard (Can.)*, [1992] 1 S.C.R. 866; *R. v. Bentley (Deceased)*, [1998] E.W.J. No. 1165 (QL); *R. v. Mattan*, [1998] E.W.J. No. 4668 (QL); *Solesbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950); *Elledge v. Florida*, 119 S. Ct. 366 (1998); *Knight v. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

conclure que, sauf cas exceptionnels, les assurances prévues sont requises par la Constitution. La présente affaire ne présente aucune des circonstances exceptionnelles dont l'existence doit être démontrée. La balance, qui penchait en faveur de l'extradition sans les assurances prévues dans les arrêts *Kindler* et *Ng*, penche maintenant en faveur de l'inconstitutionnalité d'un tel résultat.

Jurisprudence

Arrêts expliqués : *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858; **arrêts mentionnés :** *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Furman c. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); *Gregg c. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Re Burley (1865)*, 1 U.C.L.J. 34; *Re Federal Republic of Germany and Rauca (1983)*, 41 O.R. (2d) 225; *Whitley c. United States of America (1994)*, 20 O.R. (3d) 794, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *Swystun c. United States of America (1987)*, 40 C.C.C. (3d) 222; *Re Decter and United States of America (1983)*, 5 C.C.C. (3d) 364; Cour eur. D. H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *S. c. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *Ross c. United States of America (1994)*, 93 C.C.C. (3d) 500; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Pratt c. Attorney General for Jamaica*, [1993] 4 All E.R. 769; *R. c. Milgaard (1971)*, 2 C.C.C. (2d) 206, autorisation de pourvoi refusée (1971), 4 C.C.C. (2d) 566n; *Renvoi relatif à Milgaard (Can.)*, [1992] 1 R.C.S. 866; *R. c. Bentley (Deceased)*, [1998] E.W.J. No. 1165 (QL); *R. c. Mattan*, [1998] E.W.J. No. 4668 (QL); *Solesbee c. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950); *Elledge c. Florida*, 119 S. Ct. 366 (1998); *Knight c. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 6(1), 7, 11(d), 12, 32(1).
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 37(a).
- Criminal Appeal Act 1995* (U.K.), 1995, c. 35.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.
- Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105.
- European Convention on Extradition*, Eur. T.S. No. 24, Art. 11.
- Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, ss. 3, 25 [rep. & sub. 1992, c. 13, s. 5].
- Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 47.
- Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6, 17 bis [ad. Can. T.S. 1991 No. 37, Art. VII].
- International Covenant on Civil and Political Rights with Optional Protocol*, Can. T.S. 1976 No. 47, Art. 6(5).
- Protocol amending the Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1991 No. 37, Art. VII.
- Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty*, Eur. T.S. No. 114.
- Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty*, 29 I.L.M. 1447.
- Rome Statute of the International Criminal Court*, A/CONF.183/9, 17 July, 1998.
- Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty*, G.A. Res. 44/128 (December 15, 1989).
- Wash. Rev. Code Ann. §§10.95.030 [am. 1993, c. 479 §1], 10.95.040, 10.95.070 [am. *idem*, §2], 10.95.180 [am. 1996, c. 251 §1] (West 1990 & Supp. 1999).

Authors Cited

- Armstrong, Ken, and Steve Mills. "Death Row Justice Derailed: First of a Five-Part Series". *Chicago Tribune*, November 14, 1999.
- Associated Press. "New Hampshire Veto Saves Death Penalty". *The New York Times*, May 20, 2000.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 6(1), 7, 11d), 12, 32(1).
- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.
- Convention européenne d'extradition*, S.T.E. n° 24, art. 11.
- Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 37a).
- Criminal Appeal Act 1995* (R.-U.), 1995, ch. 35.
- Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, Rés. A.G. 44/128 (15 décembre 1989).
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105.
- Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35.
- Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 3, 25 [abr. & rempl. 1992, ch. 13, art. 5].
- Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, art. 47.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques avec Protocole facultatif*, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 6(5).
- Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort* (1990).
- Protocole modifiant le Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1991 n° 37, art. VII.
- Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, S.T.E. n° 114.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, A/CONF.183/9, 17 juillet 1998.
- Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6, 17 bis [aj. R.T. Can. 1991 n° 37, art. VII].
- Wash. Rev. Code Ann. §§10.95.030 [mod. 1993, ch. 479 §1], 10.95.040, 10.95.070 [mod. *idem*, §2], 10.95.180 [mod. 1996, ch. 251 §1] (West 1990 & Supp. 1999).

Doctrine citée

- Armstrong, Ken, and Steve Mills. « Death Row Justice Derailed: First of a Five-Part Series ». *Chicago Tribune*, 14 novembre 1999.
- Associated Press. « New Hampshire Veto Saves Death Penalty ». *The New York Times*, 20 mai 2000.

- Bienen, Leigh B. "The Quality of Justice in Capital Cases: Illinois as a Case Study" (1998), 61 *Law & Contemp. Probs.* 193.
- Chicago Tribune*. "Fixing the Death Penalty", December 29, 2000, p. N22.
- Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Resolution 1044 (1994) on the Abolition of Capital Punishment*, October 4, 1994.
- Council of Europe. *The Death Penalty: Abolition in Europe*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1999.
- "Dead Man Walking Out", *The Economist*, June 10-16, 2000, p. 21.
- European Parliament. Resolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 and 0542/97 (1997).
- Haines, Herbert H. *Against Capital Punishment: The Anti-Death Penalty Movement in America, 1972-1994*. New York: Oxford University Press, 1996.
- Kifner, John. "A State Votes to End Its Death Penalty: New Hampshire Legislature Acts, but Governor Pledges to Veto Bill". *The New York Times*, May 19, 2000, p. 16.
- Lacey, Marc, and Raymond Bonner. "Reno Troubled by Death Penalty Statistics". *The New York Times*, September 12, 2000, p. 17.
- Liebman, James S., Jeffrey Fagan and Valerie West. *A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995*, June 12, 2000.
- Liebman, James S., Jeffrey Fagan, Valerie West and Jonathan Lloyd. "Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995" (2000), 78 *Tex. L. Rev.* 1839.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Digest of Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.
- Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *Report*, vol. 2. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.
- Schabas, William A. *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Scheck, Barry, Peter Neufeld and Jim Dwyer. *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted*. New York: Random House, 2000.
- United Kingdom. Royal Commission on Criminal Justice. *Report*. London: HMSO, 1993.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Press Release: Human Rights Commission Acts on Texts Related to Unilateral Coercive Measures, Toxic Wastes, Right to Food and Extreme Poverty*, U.N. Doc. HR/CN/788, April 7, 1997.
- Bienen, Leigh B. « The Quality of Justice in Capital Cases: Illinois as a Case Study » (1998), 61 *Law & Contemp. Probs.* 193.
- Chicago Tribune*. « Fixing the Death Penalty », 29 décembre 2000, p. N22.
- Conseil de l'Europe. Assemblée parlementaire. *Résolution 1044 (1994) relative à l'abolition de la peine de mort*, 4 octobre 1994.
- Conseil d'Europe. *The Death Penalty: Abolition in Europe*. Strasbourg : Council of Europe Publishing, 1999.
- « Dead Man Walking Out », *The Economist*, 10-16 juin 2000, p. 21.
- Haines, Herbert H. *Against Capital Punishment: The Anti-Death Penalty Movement in America, 1972-1994*. New York : Oxford University Press, 1996.
- Kifner, John. « A State Votes to End Its Death Penalty: New Hampshire Legislature Acts, but Governor Pledges to Veto Bill ». *The New York Times*, 19 mai 2000, p. 16.
- Lacey, Marc, and Raymond Bonner. « Reno Troubled by Death Penalty Statistics ». *The New York Times*, 12 septembre 2000, p. 17.
- Liebman, James S., Jeffrey Fagan and Valerie West. *A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995*, 12 juin 2000.
- Liebman, James S., Jeffrey Fagan, Valerie West and Jonathan Lloyd. « Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995 » (2000), 78 *Tex. L. Rev.* 1839.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Note du Secrétaire général*, N.U. Doc. A/51/457, 7 octobre 1996.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Report of the Human Rights Committee*, N.U. Doc. A/46/40, 10 octobre 1991.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Traité type d'extradition*, N.U. Doc. A/RES/45/116, 14 décembre 1990, art. 3, 4.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Press Release: Human Rights Commission Acts on Texts Related to Unilateral Coercive Measures, Toxic Wastes, Right to Food and Extreme Poverty*, N.U. Doc. HR/CN/788, 7 avril 1997.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Question de la peine de mort*, Rés. 1997/12, N.U. Doc. E/CN.4/RES/1997/12, 3 avril 1997.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Question de la peine de mort*, Rés. 1998/8, N.U. Doc. E/CN.4/RES/1998/8, 3 avril 1998.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Question de la peine de mort*, Rés. 1999/61, N.U. Doc. E/CN.4/RES/1999/61, 28 avril 1999.

- United Nations. Commission on Human Rights. *Question of the Death Penalty*, Res. 1997/12, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1997/12, April 3, 1997.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Question of the Death Penalty*, Res. 1998/8, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1998/8, April 3, 1998.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Question of the Death Penalty*, Res. 1999/61, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/61, April 28, 1999.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Question of the Death Penalty*, Res. 2000/65, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/65, April 27, 2000.
- United Nations. Economic and Social Council. *Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Report by the Special Rapporteur*, U.N. Doc. E/CN.4/1997/60, December 24, 1996.
- United Nations. Economic and Social Council. *Question of the Death Penalty: Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission Resolution 1997/12*, U.N. Doc. E/CN.4/1998/82, January 16, 1998.
- United Nations. General Assembly. *Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/51/457, October 7, 1996.
- United Nations. General Assembly. *Model Treaty on Extradition*, U.N. Doc. A/RES/45/116, December 14, 1990, Arts. 3, 4.
- United Nations. General Assembly. *Report of the Human Rights Committee*, U.N. Doc. A/46/40, October 10, 1991.
- United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/827, May 25, 1993.
- United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/955, November 8, 1994.
- Washington State. *Status Report on the Death Penalty*. By Chief Justice Richard P. Guy, March 2000.
- Washington State Bar Association. Board of Governors. *Resolution to Study Death Penalty Process*, August 4, 2000.
- White, Welsh S. "Capital Punishment's Future" (1993), 91 *Mich. L. Rev.* 1429.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Question de la peine de mort*, Rés. 2000/65, N.U. Doc. E/CN.4/RES/2000/65, 27 avril 2000.
- Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/RES/827, 25 mai 1993.
- Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/RES/955, 8 novembre 1994.
- Nations Unies. Conseil économique et social. *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Rapport du Rapporteur spécial*, N.U. Doc. E/CN.4/1997/60, 24 décembre 1996.
- Nations Unies. Conseil économique et social. *Question de la peine de mort : Rapport du Secrétaire général présenté en application de la résolution 1997/12 de la Commission*, N.U. Doc. E/CN.4/1998/82, 16 janvier 1998.
- Nouvelle-Écosse. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Digest of Findings and Recommendations*. Halifax : The Commission, 1989.
- Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Rapport*, t. 2. Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.
- Parlement européen. Résolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 et 0542/97 (1997).
- Royaume Uni. Royal Commission on Criminal Justice. *Report*. London : HMSO, 1993.
- Schabas, William A. *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 1997.
- Scheck, Barry, Peter Neufeld and Jim Dwyer. *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted*. New York : Random House, 2000.
- Washington State. *Status Report on the Death Penalty*. By Chief Justice Richard P. Guy, mars 2000.
- Washington State Bar Association. Board of Governors. *Resolution to Study Death Penalty Process*, 4 août 2000.
- White, Welsh S. « Capital Punishment's Future » (1993), 91 *Mich. L. Rev.* 1429.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 94 B.C.A.C. 59, 152 W.A.C. 59, 116 C.C.C. (3d) 524, 8 C.R. (5th) 393, 45 C.R.R. (2d) 30, [1997] B.C.J. No. 1558 (QL), finding that the unconditional extradition order was unconstitutional. Appeal dismissed.

S. David Frankel, Q.C., and Deborah J. Strachan, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 94 B.C.A.C. 59, 152 W.A.C. 59, 116 C.C.C. (3d) 524, 8 C.R. (5th) 393, 45 C.R.R. (2d) 30, [1997] B.C.J. No. 1558 (QL), qui a conclu à l'inconstitutionnalité de l'arrêté d'extradition inconditionnel. Pourvoi rejeté.

S. David Frankel, c.r., et Deborah J. Strachan, pour l'appellant.

Edward L. Greenspan, Q.C., and Alison Wheeler, for the respondent Burns.

Marlys A. Edwardh, Clayton Ruby, Jill Copeland and A. Breese Davies, for the respondent Rafay.

David Matas and Mark Hecht, for the intervener Amnesty International.

Written submissions by *Martin W. Mason*, for the intervener the International Centre for Criminal Law & Human Rights.

Michael Lomer and James Lockyer, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Richard C. C. Peck, Q.C., and Nikos Harris, for the intervener the Washington Association of Criminal Defence Lawyers.

Written submissions by *Lorne Waldman*, for the intervener the Senate of the Republic of Italy.

The following is the judgment delivered by

¹ THE COURT — Legal systems have to live with the possibility of error. The unique feature of capital punishment is that it puts beyond recall the possibility of correction. In recent years, aided by the advances in the forensic sciences, including DNA testing, the courts and governments in this country and elsewhere have come to acknowledge a number of instances of wrongful convictions for murder despite all of the careful safeguards put in place for the protection of the innocent. The instances in Canada are few, but if capital punishment had been carried out, the result could have been the killing by the government of innocent individuals. The names of Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow and Parsons signal prudence and caution in a murder case. Other countries have also experienced revelations of wrongful convictions, including states of the United States where the death penalty is still imposed and carried into execution.

Edward L. Greenspan, c.r., et Alison Wheeler, pour l'intimé Burns.

Marlys A. Edwardh, Clayton Ruby, Jill Copeland et A. Breese Davies, pour l'intimé Rafay.

David Matas et Mark Hecht, pour l'intervenante Amnistie Internationale.

Argumentation écrite seulement par *Martin W. Mason*, pour l'intervenant International Centre for Criminal Law & Human Rights.

Michael Lomer et James Lockyer, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Richard C. C. Peck, c.r., et Nikos Harris, pour l'intervenante Washington Association of Criminal Defence Lawyers.

Argumentation écrite seulement par *Lorne Waldman*, pour l'intervenant le Sénat de la République italienne.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Il faut accepter la possibilité que l'application d'un système juridique puisse entraîner des erreurs. La caractéristique particulière de la peine capitale est que, s'il y a erreur, celle-ci ne peut être corrigée. Au cours des dernières années, grâce en partie aux progrès réalisés en médecine légale, notamment dans le domaine des analyses génétiques, les tribunaux et les gouvernements, tant au Canada qu'à l'étranger, ont dans un certain nombre de cas reconnu que des personnes avaient été déclarées à tort coupables de meurtre, malgré toutes les garanties rigoureuses qui ont été mises en place pour protéger les innocents. De tels cas sont rares au Canada, mais si la peine de mort avait existé, des personnes innocentes auraient pu être mises à mort par l'État. Les noms Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow et Parsons appellent à la prudence et à la circonspection dans les affaires de meurtre. Des déclarations de culpabilité erronées ont également été mises au jour à l'étranger, y compris dans des États des États-Unis où la peine de mort est encore prononcée et appliquée.

The possibility of a miscarriage of justice is but one of many factors in the balancing process which governs the decision by the Minister of Justice to extradite two Canadian citizens, Glen Sebastian Burns and Atif Ahmad Rafay, to the United States. A competing principle of fundamental justice is that Canadians who are accused of crimes in the United States can ordinarily expect to be dealt with under the law which the citizens of that jurisdiction have collectively determined to apply to offences committed within their territory, including the set punishment.

Awareness of the potential for miscarriages of justice, together with broader public concerns about the taking of life by the state, as well as doubts about the effectiveness of the death penalty as a deterrent to murder in comparison with life in prison without parole for 25 years, led Canada to abolish the death penalty for all but a handful of military offences in 1976, and subsequently to abolish the death penalty for all offences in 1998.

The abolitionist view is shared by some, but not a majority, of the United States. Michigan, Rhode Island and Wisconsin in fact abolished the death penalty for murder in the 1840s and 1850s, years before the first European state, Portugal, did so, and over a century before Canada did. At present, 12 states are abolitionist while 38 states retain the death penalty. The State of Washington, in which the respondents are wanted for trial on charges of aggravated first degree murder, is a retentionist state.

The extradition of the respondents is sought pursuant to the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3 (the “treaty” or the “extradition treaty”) which permits the requested state (in this case Canada) to refuse extradition of fugitives unless provided with assurances that if extradited and convicted they will not suffer the death penalty. The Minister declined to seek such assurances

2
Le risque d’erreur judiciaire n’est qu’un des nombreux facteurs du processus de pondération qui régit la décision du ministre de la Justice d’extrader deux citoyens canadiens, Glen Sebastian Burns et Atif Ahmad Rafay, aux États-Unis. En vertu d’un principe opposé de justice fondamentale, les Canadiens accusés d’avoir commis un crime aux États-Unis peuvent habituellement s’attendre à être assujettis au droit que les citoyens de ce pays ont collectivement décidé d’appliquer aux infractions commises sur leur territoire, y compris les peines fixées à cet égard.

3
La sensibilisation au risque d’erreur judiciaire, conjuguée à la réticence plus grande du public envers l’idée que l’État enlève la vie à une personne et aux doutes qui existent quant à l’efficacité de peine de mort — par opposition à l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans — comme moyen de dissuader la perpétration de meurtres ont amené le Canada, en 1976, à abolir la peine de mort à l’égard de toutes les infractions, hormis quelques infractions militaires, puis, en 1998, à abolir complètement cette peine.

4
Le point de vue abolitionniste est partagé par certains États américains, mais non la majorité de ceux-ci. De fait, le Michigan, le Rhode Island et le Wisconsin ont aboli la peine de mort pour meurtre dans les années 1840 et 1850, des années avant le Portugal, premier État européen à le faire, et plus d’un siècle avant le Canada. À l’heure actuelle, les États-Unis comptent 12 États abolitionnistes, alors que 38 États appliquent toujours la peine capitale. L’État de Washington, où les intimés sont recherchés pour meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes, est un État où la peine de mort est encore appliquée.

5
L’extradition des intimés est demandée en application du *Traité d’extradition entre le Canada et les États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3 (le « traité » ou le « traité d’extradition »), qui permet à l’État requis (en l’occurrence le Canada) de refuser l’extradition des fugitifs à moins que l’État requérant ne garantisse que la peine de mort ne leur sera pas infligée s’ils sont extradés et déclarés coupables. Le ministre a refusé de solliciter de

because of his policy that assurances should only be sought in exceptional circumstances, which he decided did not exist in this case.

6 The respondents contend that Canada's principled abolition of the death penalty at home, and its spirited advocacy of abolition internationally, confirm Canadian acceptance of abolition as a fundamental principle of our criminal justice system. This principle, they say, combined with the respondents' Canadian citizenship and the fact that they were 18 years old at the time of the alleged offences, constitutionally prohibits the Minister from extraditing them to a foreign jurisdiction without assurances that they will not face a penalty which Canada, as a society, does not permit within its own borders.

7 The Minister contends, on the other hand, that persons who are found to commit crimes in foreign countries forfeit the benefit of Canada's abolitionist policy. The Constitution does not require Canada, on this view, to project its internal values onto the world stage, and to insist as a condition of extradition that a requesting state view capital punishment in the same light as our domestic legal system does.

8 We agree that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not lay down a constitutional prohibition in all cases against extradition unless assurances are given that the death penalty will not be imposed. The Minister is required (as he did here) to balance on a case-by-case basis those factors that favour extradition with assurances against competing factors that favour extradition without assurances. We hold, however, for the reasons which follow, that such assurances are constitutionally required in all but exceptional cases. We further hold that this case does not present the exceptional circumstances that must be shown before the Minister could constitutionally extradite without assurances. By insisting on assurances, Canada would not be acting in disregard of international extradition obligations undertaken by the Canadian government, but rather exercising a treaty right explicitly agreed to by the United

telles assurances conformément à sa politique de n'en demander que dans des circonstances exceptionnelles, circonstances qui, a-t-il estimé, n'existaient pas en l'espèce.

Selon les intimés, le fait que le Canada ait par principe aboli la peine de mort et préconise énergiquement son abolition à l'échelle internationale indique que notre pays considère l'abolition de cette peine comme un principe fondamental de notre système de justice criminelle. Ils soutiennent que ce principe, conjugué au fait qu'ils sont citoyens canadiens et qu'ils avaient 18 ans au moment des infractions reprochées, a pour effet d'empêcher le ministre, du point de vue constitutionnel, de les extraditer sans les assurances relatives à la peine de mort vers un État étranger où ils sont passibles de cette peine, que le Canada, en tant que société, n'autorise pas sur son territoire.

Pour sa part, le ministre affirme que les personnes qui commettent des crimes à l'étranger renoncent au bénéfice de la politique abolitionniste du Canada. Suivant cet argument, la Constitution n'oblige pas le Canada à chercher à imposer ses valeurs sur la scène internationale et à insister, comme préalable à l'extradition, pour que l'État requérant considère la peine capitale de la même façon que le système juridique canadien.

Nous reconnaissons que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'érige pas une interdiction constitutionnelle empêchant dans tous les cas le ministre d'extrader la personne visée à moins d'avoir obtenu la garantie que la peine de mort ne lui sera pas infligée. Par contre, le ministre doit dans chaque cas (comme il l'a fait en l'espèce) soulever les facteurs militant en faveur de l'extradition assortie des assurances prévues et ceux militant en faveur de l'extradition sans ces assurances. Cependant, pour les motifs qui suivent, nous estimons que, sauf cas exceptionnels, de telles assurances sont requises par la Constitution. Nous estimons en outre que la présente affaire ne présente aucune des circonstances exceptionnelles que le ministre doit établir avant de pouvoir extraditer constitutionnellement les intéressés sans avoir obtenu les assurances prévues. En exigeant des assurances, le Canada ne violerait pas les obliga-

States. We thus agree with the result, though not the reasons, reached by a majority of the judges of the British Columbia Court of Appeal in this case. The Minister's appeal must therefore be dismissed.

I. Facts

The crimes alleged against the respondents were, as the Minister contends, "brutal and shocking cold blooded murder[s]". The father, mother and sister of the respondent Rafay were found bludgeoned to death in their home in Bellevue, Washington, in July 1994. Both Burns and Rafay, who had been friends at high school in British Columbia, admit that they were at the Rafay home on the night of the murders. They claim to have gone out on the evening of July 12, 1994 and when they returned, they say, they found the bodies of the three murdered Rafay family members. The house, they say, appeared to have been burgled.

However, if the confessions allegedly made by the respondents to undercover RCMP officers are to be believed, the three members of the Rafay family were bludgeoned to death by the respondent Burns while the respondent Rafay watched. Burns allegedly told an undercover RCMP officer that he had killed the three victims with a baseball bat while wearing only underwear so as not to get blood on his clothes. Rafay's father, Tariq Rafay, and mother, Sultana Rafay, were beaten to death in their bedroom. The force used was so violent that blood was spattered on all four walls and the ceiling of the room. The respondent Rafay's sister, Basma Rafay, was beaten about the head and left for dead in the lower level of the house. She later died in hospital. Burns allegedly explained that following the attacks, he had a shower at the Rafay home to clean off the victims' blood. The discovery of hairs with Caucasian characteristics in the shower near the master bedroom, where the two parents were killed, supports this story. There is

tions internationales prises par le gouvernement canadien en matière d'extradition, mais il exercerait plutôt un droit issu de traité dont ont explicitement convenu les États-Unis. Nous souscrivons donc au résultat auquel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité est arrivée en l'espèce, mais non aux motifs qu'elle a exposés. Le pourvoi formé par le ministre doit par conséquent être rejeté.

I. Les faits

Les crimes reprochés aux intimés sont, comme l'affirme le ministre, des [TRADUCTION] « meurtre[s] bruta[ux] et choquant[s], commis de sang-froid ». Le père, la mère et la soeur de l'intimé Rafay ont été trouvés battus à mort dans leur domicile de Bellevue, dans l'État de Washington, en juillet 1994. Burns et Rafay, qui s'étaient liés d'amitié lorsqu'ils fréquentaient l'école secondaire en Colombie-Britannique, admettent qu'ils se trouvaient au domicile de Rafay le soir des meurtres. Ils disent être sortis le soir du 12 juillet 1994 et que, à leur retour, ils ont trouvé les corps des trois membres de la famille Rafay qui ont été assassinés. La maison, disent-ils, semblait avoir été cambriolée.

Toutefois, s'il faut en croire les confessions qu'auraient faites les intimés à des agents d'infiltration de la GRC, les trois membres de la famille Rafay ont été battus à mort par l'intimé Burns pendant que l'intimé Rafay le regardait faire. Burns aurait dit à un agent que, portant uniquement des sous-vêtements afin d'éviter de tacher ses vêtements de sang, il avait tué les trois victimes avec un bâton de baseball. Le père de Rafay, Tariq Rafay, et sa mère, Sultana Rafay, ont été battus à mort dans leur chambre à coucher. Les victimes ont été frappées avec une telle violence que le plafond et les quatre murs de la chambre étaient maculés de sang. La soeur de l'intimé Rafay, Basma Rafay, a été frappée à la tête et laissée pour morte à l'étage inférieur de la maison. Elle est décédée subséquemment à l'hôpital. Burns aurait affirmé que, après ces agressions, il a pris une douche au domicile des Rafay pour se nettoyer du sang des victimes. La découverte de cheveux ayant des caractéristiques caucasiennes dans la douche

also evidence of dilute blood covering large sections of the shower stall. The respondents allegedly told the police that they drove around the municipality disposing of various items used in the killings as well as some of the parents' electronic devices, apparently to feign a burglary. The respondent Rafay is also alleged to have told the officer the killings were "a necessary sacrifice in order that he could get what he wanted in life". With the death of all other members of his family, Rafay stood to inherit his parents' assets and the proceeds of their life insurance. Burns, it is alleged, participated in exchange for a share in the proceeds under an agreement with Rafay. He was, the prosecution alleges, a contract killer.

11 The Bellevue police suspected both of the respondents but did not have enough evidence to charge them. When the respondents returned to Canada, the Bellevue police sought the cooperation of the RCMP in their investigation of the murders. The RCMP initiated an elaborate and in the end, they say, productive undercover operation. An RCMP officer posed as a crime boss and subsequently testified that, after gaining the confidence of the respondents, he repeatedly challenged them to put to rest his professed scepticism about their stomach for serious violence. The respondents are alleged to have tried to reassure him by bragging about their respective roles in the Bellevue murders.

12 The respondents assert their innocence. They claim that in making their alleged confessions to the police they were play-acting as much as the undercover policeman to whom they confessed. At this stage of the criminal process in Washington, they are entitled to the presumption of innocence. What to make of it all will be up to a jury in the State of Washington.

située près de la chambre des parents, où ceux-ci ont été tués, appuie cette version des faits. Il y avait aussi des traces de sang dilué sur de larges sections de la cabine de la douche. Les intimés auraient dit aux policiers avoir roulé en voiture dans les environs de la municipalité afin de disposer de divers articles qui auraient été utilisés pour les assassinats ainsi que de certains appareils électroniques appartenant aux parents, apparemment pour simuler un cambriolage. L'intimé Rafay aurait également raconté à l'agent que les meurtres étaient [TRADUCTION] « un sacrifice nécessaire afin qu'il puisse obtenir ce qu'il voulait dans la vie ». En cas de décès de tous les autres membres de sa famille, Rafay est censé hériter des biens de ses parents et du produit de leur police d'assurance vie. Burns, allègue-t-on, aurait convenu avec Rafay de participer à l'affaire en échange d'une part de ce qu'elle rapporterait. Il était, prétend la poursuite, un tueur à gage.

La police de Bellevue soupçonnait les deux intimés, mais elle n'avait pas suffisamment de preuves pour porter des accusations contre eux. Lorsque les intimés sont retournés au Canada, la police de Bellevue a demandé à la GRC de collaborer à leur enquête sur les meurtres. La GRC a mis en branle une opération d'infiltration soigneusement préparée qui, selon la GRC, s'est révélée fructueuse en bout de ligne. Un agent de la GRC qui s'était fait passer pour le patron d'une organisation criminelle a subséquemment témoigné que, après avoir gagné la confiance des intimés, il les a à maintes reprises mis au défi de dissiper le scepticisme qu'il disait avoir quant à leur courage pour les actes vraiment violents. Les intimés auraient tenté de le rassurer en se vantant à propos de leur rôle respectif dans les meurtres de Bellevue.

Les intimés maintiennent leur innocence. Ils affirment que, lorsqu'ils auraient fait leurs confessions à la police, ils jouaient la comédie au même titre que l'agent d'infiltration auquel ils ont avoué leurs crimes. À ce stade du processus criminel dans l'État de Washington, ils ont droit à la présomption d'innocence. Il reviendra à un jury dans cet État de départager tout cela.

The respondents were arrested in British Columbia and a committal order was issued for their extradition pending the decision of the Minister of Justice on surrender. The then Minister, Allan Rock, signed an unconditional Order for Surrender to have both of the respondents extradited to the State of Washington to stand trial without assurances in respect of the death penalty. If found guilty, the respondents will face either life in prison without the possibility of parole or the death penalty. Washington State provides for execution by lethal injection unless the condemned individual elects execution by hanging (Revised Code of Washington §10.95.180(1)).

II. The Minister's Decision

An extradition matter does not reach the Minister until an extradition judge has determined that the offence falls within the scope of the treaty and there is a *prima facie* case that the fugitive has committed the crime with which he or she has been charged in the foreign jurisdiction (*Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 553). At that stage, the Minister, after hearing representations, makes a decision under s. 25(1) of the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, whether or not to surrender the fugitive, and if so on what terms.

Here, the Minister proceeded on the assumption that the death penalty would be sought by the prosecutors in the State of Washington.

The respondents submitted to the Minister that s. 6(1) of the *Charter* grants them the right to stay in Canada and that as a result, he was required to consider whether the respondents could be prosecuted in Canada rather than extradited, as permitted by Article 17 *bis* of the extradition treaty and as contemplated as a possible option by this Court in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. Although there was some evidence that the murders were planned in Canada, no killings occurred here. Canadian prosecutors concluded that Canada could only prosecute the

Les intimés ont été arrêtés en Colombie-Britannique et une ordonnance d'incarcération en vue de leur extradition a été rendue dans l'attente de la décision du ministre de la Justice au sujet de leur remise. Le ministre de l'époque, Allan Rock, a signé un arrêté d'extradition inconditionnel permettant que les deux intimés soient extradés vers l'État de Washington afin d'y subir leur procès sans que des assurances aient été reçues relativement à la peine de mort. S'ils sont déclarés coupables, les intimés sont passibles soit de l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle soit de la peine de mort. Dans l'État de Washington, le condamné est exécuté au moyen d'une injection mortelle, sauf s'il choisit la pendaison (Revised Code of Washington §10.95.180(1)).

II. La décision du ministre

Une affaire d'extradition n'est soumise au ministre que lorsque le juge d'extradition estime que l'infraction relève du champ d'application du traité et que la preuve établit, à première vue, que le fugitif a commis le crime dont il est accusé dans l'État étranger (*Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, p. 553). À cette étape, après avoir entendu les observations des parties, le ministre décide, en vertu du par. 25(1) de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, si le fugitif doit être livré ou non à l'État requérant et, si oui, à quelles conditions.

En l'espèce, le ministre a agi en supposant que, dans l'État de Washington, la poursuite demanderait la peine de mort.

Les intimés ont affirmé au ministre que le par. 6(1) de la *Charte* leur donne le droit de demeurer au Canada et que, en conséquence, il était tenu de se demander si les intimés pouvaient être poursuivis au Canada plutôt qu'extradés, possibilité que permet l'article 17 *bis* du traité d'extradition et qui a été envisagée comme une solution possible par notre Cour dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. Malgré l'existence d'éléments de preuve indiquant que les meurtres avaient été planifiés au Canada, aucun assassinat n'a été commis ici. Les responsables des

13

14

15

16

respondents for conspiracy to commit murder. The decision to lay charges in Canada was within the exclusive jurisdiction of the Attorney General of British Columbia, who had decided, prior to this matter going to the federal Minister, that there was insufficient evidence to support a conspiracy charge.

poursuites au Canada ont estimé que les autorités canadiennes ne pourraient poursuivre les intimés que pour complot en vue de commettre un meurtre. La décision de porter des accusations relevait de la compétence exclusive du procureur général de la Colombie-Britannique, qui avait décidé, avant que la présente affaire ne soit soumise au ministre fédéral, que la preuve était insuffisante pour étayer une accusation de complot.

17

The respondents also submitted to the Minister that he was required by ss. 6(1), 7 and 12 of the *Charter* to seek assurances that the death penalty would not be imposed. They argued that their unconditional extradition to face the death penalty would “shock the Canadian conscience” because of their age (18 years at the time of the offence) and their nationality (Canadian). The respondents sought to distinguish *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, and *Reference Re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858, primarily on the basis that, unlike the fugitives in those cases, the respondents have the benefit of s. 6(1) of the *Charter* by virtue of being Canadian citizens. They were not foreigners seeking to use Canada as a “safe haven”. Canada instead is their country of origin and the Canadian government does not, according to the respondents, have the right to expel them when they face the risk of never returning. This, they maintained, would amount to exile and banishment contrary to s. 6(1) of the *Charter: Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, and *Cotroni, supra*.

Les intimés ont également fait valoir au ministre qu’il était tenu par le par. 6(1) et les art. 7 et 12 de la *Charte* de demander des assurances que la peine de mort ne serait pas infligée. Ils ont prétendu que leur extradition inconditionnelle vers un pays où ils risquent la peine de mort « choquerait la conscience des Canadiens » en raison de leur âge (18 ans au moment de l’infraction) et de leur nationalité (canadienne). Les intimés ont tenté de distinguer la présente affaire des arrêts *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, et *Renvoi relatif à l’extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858, en s’appuyant principalement sur le fondement que, contrairement aux fugitifs dans ces affaires, ils bénéficiaient des droits garantis au par. 6(1) de la *Charte* du fait qu’ils sont des citoyens canadiens. Ils n’étaient pas des étrangers cherchant à utiliser le Canada comme « refuge sûr ». Le Canada est plutôt leur pays d’origine et, de prétendre les intimés, le gouvernement canadien n’a pas le droit de les expulser lorsqu’ils courent le risque de ne jamais revenir. Agir ainsi, ont plaidé les intimés, reviendrait à prononcer leur exil et leur bannissement, en violation du par. 6(1) de la *Charte : Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, et *Cotroni*, précité.

18

The Minister stated that assurances should be sought only in circumstances where the particular facts of the case warrant a special exercise of discretion and that assurances should not be sought routinely pursuant to Article 6 of the treaty in every case in which the death penalty is applicable. The Minister found that the factors outlined in *Kindler* did not mandate that assurances be sought here. The age of the respondents, although “youthful”, qualified them as adults in the Canadian criminal system. The Minister thought Canadian citi-

Le ministre a affirmé que des assurances ne doivent être demandées que dans les cas où les faits particuliers de l’affaire justifient l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire et qu’elles ne doivent pas être demandées de façon routinière en vertu de l’article 6 du traité chaque fois que la peine de mort est applicable. Le ministre a estimé que les facteurs énoncés dans l’arrêt *Kindler* ne commandaient pas que l’on demande des assurances en l’espèce. Malgré leur « jeunesse », les intimés sont, du fait de leur âge, considérés comme des

zenship was not itself a “special circumstance” to allow the respondents to escape from the full weight of the sentencing process in the United States where the murders were committed.

The Minister also rejected the respondents’ claim that extradition without assurances would constitute exile and banishment. Extradition to face the death penalty does not amount to banishment since the underlying purpose of extradition is simply to face criminal prosecution. The Minister felt that Canada should not permit itself to become a safe haven for persons seeking to escape justice, even Canadians. Furthermore, there would be no exile because the respondents, once the criminal matters had been dealt with fully, would not be prevented by the Canadian government from returning to this country. In the end, Canadian nationality was simply one of several factors that the Minister considered, but it was not determinative. As stated, the Minister signed the extradition order without seeking or obtaining assurances.

III. British Columbia Court of Appeal

The British Columbia Court of Appeal set aside the Minister’s decision and directed the Minister to seek the assurances described in Article 6 of the extradition treaty as a condition of surrender (Hollinrake J.A. dissenting): (1997), 94 B.C.A.C. 59. Donald J.A., with whom McEachern C.J.B.C. concurred, noted that if the respondents are put to death in the State of Washington, they will no longer be able to exercise a right of return under s. 6(1) of the *Charter*. He rejected the submissions of counsel for the Minister that the death penalty is not a part of the extradition process, which does no more than commit to trial. The causal connection between surrender and deprivation of the s. 6(1)

adultes dans le système criminel canadien. Le ministre a estimé que la citoyenneté canadienne ne constituait pas en soi une « circonstance spéciale » permettant aux intimés d’échapper à toutes les conséquences du processus de détermination de la peine aux États-Unis, là où les meurtres ont été commis.

Le ministre a également rejeté la prétention des intimés que le fait de les extraditer sans les assurances prévues correspondrait à l’exil et au bannissement. L’extradition d’une personne vers un pays où elle risque la peine de mort n’équivaut pas au bannissement, puisque l’objectif fondamental de l’extradition est simplement de faire en sorte que cette personne fasse l’objet de poursuites criminelles. Le ministre a estimé que le Canada ne devrait pas tolérer que son territoire devienne un refuge sûr pour les personnes, même les Canadiens, qui cherchent à échapper à la justice. En outre, il n’y aurait pas d’exil puisque, une fois les poursuites criminelles terminées complètement, le gouvernement canadien n’empêcherait pas les intimés de revenir au Canada. En définitive, la nationalité canadienne a tout simplement constitué l’un des divers facteurs qui ont été pris en compte par le ministre, mais il n’a pas été déterminant. Comme il a été indiqué plus tôt, le ministre a signé l’arrêté d’extradition sans demander ni obtenir d’assurances.

III. Cour d’appel de la Colombie-Britannique

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision du ministre et a ordonné à celui-ci de demander les assurances prévues à l’article 6 du traité d’extradition à titre de condition de remise (le juge Hollinrake étant dissident) : (1997), 94 B.C.A.C. 59. Le juge Donald, aux motifs duquel a souscrit le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique, a souligné que, si les intimés étaient mis à mort dans l’État de Washington, ils ne seraient plus en mesure d’exercer le droit de revenir au Canada en vertu du par. 6(1) de la *Charte*. Il a rejeté les arguments de l’avocat du ministre que la peine de mort n’est pas un facteur dans le processus d’extradition, lequel ne fait rien de plus que permettre le renvoi à procès. Le lien de causalité entre la remise de la per-

19

20

right was to him “obvious and incontestable”, stating at para. 30:

The *Kindler* analysis is inapplicable to Canadian citizens facing the death penalty because the government, in the person of the Minister, has an obligation not to force citizens out of the country with the jeopardy of never returning. This is a different and higher duty than that pertaining to aliens.

21 Donald J.A. rejected the notion that life in prison without the possibility of parole, the only alternative to the death penalty in the State of Washington, would also violate s. 6(1) of the *Charter* since “where there is life there is hope” (para. 27). He distinguished *Kindler* on the basis that Canadian citizens are perfectly entitled to view Canada as a safe haven. “One’s country”, he said, “is properly to be considered a haven, and access to its constitutional protections is a feature of citizenship” (para. 54).

22 With regard to ss. 7 and 12 of the *Charter*, Donald J.A. felt bound by this Court’s decisions in *Kindler* and *Ng* and determined that these sections were of no assistance to the respondents since they apply, if at all, to Canadian citizens and non-citizens alike.

23 Donald J.A. went on to find that, not only was s. 6(1) of the *Charter* breached by the unconditional surrender, but as a matter of administrative law the Minister failed to exercise his discretion properly when he refused to seek assurances under Article 6 of the treaty. Instead of stating that assurances would only be sought in “special” cases, the Minister was required to determine in each case what is appropriate having regard to the circumstances “without being fettered by rules designed to deal with an imagined case load” (para. 43). Applying this latter test, Donald J.A. found that the Minister should have placed more weight on the

sonne visée et la privation du droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte* était pour lui [TRADUCTION] « évident et incontestable », et il a dit ceci, au par. 30 :

[TRADUCTION] L’analyse établie dans *Kindler* est inapplicable dans le cas des citoyens canadiens passibles de la peine de mort car le gouvernement, représenté par le ministre, a l’obligation de ne pas contraindre des citoyens à quitter le pays lorsqu’ils risquent de ne jamais y revenir. Il s’agit d’une obligation plus grande et différente de celle qui incombe envers les étrangers.

Le juge Donald de la Cour d’appel a rejeté l’idée que l’emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle, qui est la seule solution de rechange à la peine de mort dans l’État de Washington, viole aussi le par. 6(1) de la *Charte*, affirmant que, [TRADUCTION] « tant qu’il y a de la vie il y a de l’espoir » (par. 27). Le juge Donald a distingué le présent cas de l’arrêt *Kindler* sur le fondement que les citoyens canadiens ont parfaitement le droit de considérer le Canada comme un refuge sûr. D’affirmer le juge Donald, [TRADUCTION] « [u]ne personne est justifiée de considérer son pays comme un refuge, et la possibilité d’invoquer les garanties prévues par la Constitution est une caractéristique de la citoyenneté » (par. 54).

Relativement aux art. 7 et 12 de la *Charte*, le juge Donald a estimé être lié par les arrêts *Kindler* et *Ng* de notre Cour et il a considéré que ces articles n’étaient d’aucun secours aux intimés puisque, pour autant qu’ils s’appliquent, ils s’appliquent tant aux citoyens canadiens qu’aux non-citoyens.

Le juge Donald a ensuite conclu que non seulement le par. 6(1) de la *Charte* était violé par la remise inconditionnelle, mais également que, du point de vue du droit administratif, le ministre n’avait pas exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire lorsqu’il avait refusé de demander les assurances prévues à l’article 6 du traité. Au lieu d’affirmer que des assurances ne sont demandées que dans des cas « spéciaux », le ministre est tenu de déterminer quelle est la décision appropriée dans chaque cas eu égard aux circonstances, [TRADUCTION] « sans s’encombrer de règles visant à faire face à une charge de travail hypothétique »

young age and Canadian nationality of the respondents and sought assurances before signing the extradition order.

Hollinrake J.A., dissenting, would not have interfered with the Minister's decision. He found that *Kindler* and *Ng* were controlling, even where the fugitives are Canadian citizens. It would be the State of Washington, not the Minister, that would deny the respondents their s. 6 *Charter* rights if they were, in the end, to be executed.

IV. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

(par. 43). Appliquant ce dernier critère, le juge Donald a estimé que le ministre aurait dû accorder plus d'importance au jeune âge des intimés et à leur nationalité canadienne, et qu'il aurait dû demander des assurances avant de signer l'arrêt d'extradition.

Pour sa part, le juge dissident Hollinrake n'aurait pas modifié la décision du ministre. Il a jugé que les arrêts *Kindler* et *Ng* étaient déterminants, même lorsque les fugitifs sont des citoyens canadiens. C'est l'État de Washington, et non le ministre, qui priverait les intimés des droits que leur garantit l'art. 6 de la *Charte* si, en bout de ligne, ils devaient être exécutés.

IV. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

32. (1) La présente Charte s'applique :

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

24

25

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23 (as am. by S.C. 1992, c. 13)

25. (1) Subject to this Part, the Minister of Justice, on the requisition of a foreign state, may, within a period of ninety days after the date of a fugitive's committal for surrender, under the hand and seal of the Minister, order the fugitive to be surrendered to the person or persons who are, in the Minister's opinion, duly authorized to receive the fugitive in the name and on behalf of the foreign state, and the fugitive shall be so surrendered accordingly.

V. Relevant Provisions from International Documents

26

Extradition Treaty between Canada and the United States of America (amended by an Exchange of Notes), Can. T.S. 1976 No. 3, in force March 22, 1976

Article 6

When the offense for which extradition is requested is punishable by death under the laws of the requesting State and the laws of the requested State do not permit such punishment for that offense, extradition may be refused unless the requesting State provides such assurances as the requested State considers sufficient that the death penalty shall not be imposed, or, if imposed, shall not be executed.

Protocol amending the Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1991 No. 37 (in force November 26, 1991), Article VII

Article 17 bis

If both contracting Parties have jurisdiction to prosecute the person for the offense for which extradition is sought, the executive authority of the requested State, after consulting with the executive authority of the requesting State, shall decide whether to extradite the person or to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. In making its decision,

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23 (mod. par L.C. 1992, ch. 13)

25. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie et sur demande d'un État étranger, le ministre de la Justice, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de l'ordonnance d'incarcération du fugitif, peut, par arrêté, ordonner que celui-ci soit livré à l'agent ou aux agents de cet État qui, à son avis, sont autorisés à agir au nom de celui-ci dans l'affaire.

V. Les dispositions pertinentes des documents internationaux

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique (modifié par un échange de notes), R.T. Can. 1976 n° 3, en vigueur le 22 mars 1976

Article 6

Lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition est punissable de la peine de mort en vertu des lois de l'État requérant et que les lois de l'État requis n'autorisent pas cette peine pour une telle infraction, l'extradition peut être refusée à moins que l'État requérant ne garantisse à l'État requis, d'une manière jugée suffisante par ce dernier, que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée.

Protocole modifiant le Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1991 n° 37, en vigueur le 26 novembre 1991, article VII

Article 17 bis

Si les deux Parties contractantes ont compétence pour exercer l'action pénale contre l'individu pour l'infraction visée par la demande d'extradition, l'exécutif de l'État requis, après avoir consulté l'exécutif de l'État requérant, décide s'il y a lieu d'extrader l'individu ou de soumettre le cas à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Avant de prendre cette décision,

the requested State shall consider all relevant factors, including but not limited to:

- (i) the place where the act was committed or intended to be committed or the injury occurred or was intended to occur;
- (ii) the respective interests of the Contracting Parties;
- (iii) the nationality of the victim or the intended victim; and
- (iv) the availability and location of the evidence.

VI. Revised Code of Washington

10.95.030. Sentences for aggravated first degree murder

(1) Except as provided in subsection (2) of this section, any person convicted of the crime of aggravated first degree murder shall be sentenced to life imprisonment without possibility of release or parole. A person sentenced to life imprisonment under this section shall not have that sentence suspended, deferred, or commuted by any judicial officer and the indeterminate sentence review board or its successor may not parole such prisoner nor reduce the period of confinement in any manner whatsoever including but not limited to any sort of good-time calculation. The department of social and health services or its successor or any executive official may not permit such prisoner to participate in any sort of release or furlough program.

(2) If, pursuant to a special sentencing proceeding held under RCW 10.95.050, the trier of fact finds that there are not sufficient mitigating circumstances to merit leniency, the sentence shall be death

10.95.040. Special sentencing proceeding — Notice — Filing — Service

(1) If a person is charged with aggravated first degree murder as defined by RCW 10.95.020, the prosecuting attorney shall file written notice of a special sentencing proceeding to determine whether or not the death penalty should be imposed when there is reason to believe

l'État requis considère tous les facteurs pertinents, notamment :

- (i) le lieu où l'individu projetait de commettre l'infraction ou de causer le préjudice ou a commis l'infraction ou causé le préjudice;
- (ii) les intérêts respectifs des Parties contractantes;
- (iii) la nationalité de la victime ou de la personne visée; et
- (iv) la disponibilité des preuves et l'endroit où elles se trouvent.

VI. Revised Code of Washington

[TRADUCTION]

10.95.030. Peines pour meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes

(1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, toute personne déclarée coupable de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. La personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité en vertu du présent article ne peut se voir accorder de sursis, de report ou de commutation de cette peine par quelque titulaire de fonctions judiciaires, et la commission des peines d'emprisonnement indéterminées et des libérations conditionnelles ou tout organisme successeur ne peut lui accorder de libération conditionnelle ni réduire sa période d'incarcération de quelque manière que ce soit, notamment par l'application de quelque réduction de peine pour bonne conduite. Un tel prisonnier ne peut être autorisé par le ministère des services sociaux et de la santé ou tout organisme successeur ni par un fonctionnaire compétent à participer à quelque programme de libération ou de congé que ce soit.

(2) Si, au terme d'une audience spéciale de détermination de la peine tenue en vertu de l'art. 10.95.050 du RCW, le juge des faits estime qu'il n'y a pas suffisamment de circonstances atténuantes justifiant d'accorder la clémence, la sentence est la peine de mort . . .

10.95.040. Audience spéciale de détermination de la peine — Avis — Dépôt — Signification

(1) Lorsqu'une personne est accusée de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes au sens de l'art. 10.95.020 du RCW, l'avocat de la poursuite dépose un avis écrit de la tenue d'une audience spéciale de détermination de la peine en vue de décider si la

that there are not sufficient mitigating circumstances to merit leniency.

(2) The notice of special sentencing proceeding shall be filed and served on the defendant or the defendant's attorney within thirty days after the defendant's arraignment upon the charge of aggravated first degree murder unless the court, for good cause shown, extends or reopens the period for filing and service of the notice. Except with the consent of the prosecuting attorney, during the period in which the prosecuting attorney may file the notice of special sentencing proceeding, the defendant may not tender a plea of guilty to the charge of aggravated first degree murder nor may the court accept a plea of guilty to the charge of aggravated first degree murder or any lesser included offense.

(3) If a notice of special sentencing proceeding is not filed and served as provided in this section, the prosecuting attorney may not request the death penalty.

10.95.180. Death Penalty — How executed

(1) The punishment of death shall be supervised by the superintendent of the penitentiary and shall be inflicted by intravenous injection of a substance or substances in a lethal quantity sufficient to cause death and until the defendant is dead, or, at the election of the defendant, by hanging by the neck until the defendant is dead. In any case, death shall be pronounced by a licensed physician.

VII. Analysis

28

The evidence amply justifies the extradition of the respondents to Washington State to stand trial on charges of aggravated first degree murder. Under the law of that state, a conviction would carry a minimum sentence of imprisonment for life without the possibility of release or parole. If the prosecutors were to seek the death penalty, they would have the burden of persuading the jury that "there are not sufficient mitigating circumstances" in favour of the respondents. If the jury is so satisfied, the death penalty would be administered by lethal injection or (at the option of the convicted individual), by hanging. If the jury is not so satisfied, the convicted murderer is locked up for life without any possibility of release or parole. An individual convicted of aggravated first degree murder in Washington State thus will either die in

peine de mort doit être infligée lorsqu'il existe des motifs de croire qu'il n'y a pas suffisamment de circonstances atténuantes justifiant d'accorder la clémence.

(2) L'avis prévu au par. (1) est déposé et signifié au défendeur ou à son procureur dans les trente jours qui suivent la comparution du défendeur relativement à l'accusation de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes, sauf si la cour, sur preuve de l'existence d'un motif valable, proroge ce délai. Pendant la période au cours de laquelle l'avocat de la poursuite peut déposer l'avis prévu au par. (1), le défendeur ne peut, sauf avec le consentement de l'avocat de la poursuite, plaider coupable à l'accusation de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes, et la cour ne peut accepter de plaider de culpabilité à l'égard de cette accusation ou de quelque infraction moindre et incluse.

(3) Si l'avis prévu au par. (1) n'est pas déposé et signifié de la manière indiquée au présent article, l'avocat de la poursuite ne peut pas demander la peine de mort.

10.95.180. Peine de mort — Modalités de l'exécution

(1) L'exécution de la peine de mort doit être supervisée par le directeur du pénitencier et la peine doit être infligée soit par injection intraveineuse d'une ou de plusieurs substances en quantité suffisante pour causer la mort, et ce jusqu'à ce que mort s'ensuive, soit, au choix du défendeur, par pendaison par le cou jusqu'à ce que mort s'ensuive. Dans l'un ou l'autre cas, la mort doit être constatée par un médecin.

VII. L'analyse

La preuve justifie amplement l'extradition des intimés vers l'État de Washington pour qu'ils y subissent leur procès pour meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes. En vertu du droit en vigueur dans cet État, une déclaration de culpabilité entraîne l'infliction d'une peine minimale d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. Si la poursuite sollicitait la peine de mort, il lui incomberait de convaincre le jury « qu'il n'y a pas suffisamment de circonstances atténuantes » en faveur des intimés. Si le jury était convaincu de ce fait, la peine de mort serait exécutée par injection mortelle ou (au choix du condamné) par pendaison. Si le jury n'est pas convaincu de l'absence de circonstances atténuantes, le meurtrier est emprisonné à perpétuité sans possibilité d'élargissement

prison by execution or will die in prison eventually by other causes. Those are the possibilities. Apart from executive clemency, the State of Washington does not hold out the possibility (or even the “faint hope”) of eventual freedom.

The respondents’ position is that the death penalty is so horrific, the chances of error are so high, the death row phenomenon is so repugnant, and the impossibility of correction is so draconian, that it is simply unacceptable that Canada should participate, however indirectly, in its imposition. While the government of Canada would not itself administer the lethal injection or erect the gallows, no executions can or will occur without the act of extradition by the Canadian government. The Minister’s decision is a prior and essential step in a process that may lead to death by execution.

The root questions here are whether the Constitution supports the Minister’s position that assurances need only be sought in exceptional cases, or whether the Constitution supports the respondents’ position that assurances must always be sought barring exceptional circumstances, and if so, whether such exceptional circumstances are present in this case.

In order to get to the heart of the argument on this appeal, it will be useful to deal initially with the Minister’s powers and responsibilities under the *Extradition Act*, and then move to the *Charter* issue (s. 6 mobility rights) on which the respondents succeeded in the British Columbia Court of Appeal. We reject the s. 6 argument, for reasons to be discussed. We will then consider the other grounds on which the respondents constructed their constitutional argument against extradition without assurances, namely s. 12 (“cruel and unusual treatment or punishment”) and s. 7 (“life, liberty and security of the person”). In the end, we

ou de libération conditionnelle. En conséquence, la personne qui est déclarée coupable de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes dans l’État de Washington mourra en prison soit parce qu’elle y sera exécutée, soit parce qu’elle y décèdera éventuellement d’autres causes. Voilà les possibilités. Exception faite de la clémence de l’exécutif, il n’existe, dans l’État de Washington aucune possibilité (pas même un « faible espoir ») d’une éventuelle remise en liberté.

La thèse des intimés est que la peine de mort est une sanction si horrible, que les risques d’erreur sont si grands, que le syndrome du couloir de la mort est un phénomène tellement répugnant et que l’impossibilité de corriger l’erreur est si totale qu’il est tout simplement inacceptable que le Canada participe, même indirectement, à l’application de cette peine. Quoique ce ne soit pas le gouvernement du Canada qui administrerait lui-même l’injection mortelle ou dresserait la potence, aucune exécution ne peut avoir lieu à moins qu’il n’extrade les intéressés. La décision du ministre constitue une étape préalable essentielle d’un processus susceptible de mener à la mort par exécution.

Les questions fondamentales que soulève la présente affaire sont de savoir si la Constitution appuie soit la thèse du ministre selon laquelle des assurances ne doivent être demandées que dans des cas exceptionnels, soit celle des intimés selon laquelle ces assurances doivent toujours être demandées sauf circonstances exceptionnelles, et, dans l’affirmative, si de telles circonstances existent en l’espèce.

Avant de pouvoir aborder le coeur de l’argumentation, il sera utile d’examiner d’abord les pouvoirs et responsabilités du ministre aux termes de la *Loi sur l’extradition*, puis l’argument fondé sur la *Charte* (la liberté de circulation garantie par l’art. 6) que les intimés ont présenté avec succès devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Nous rejetons l’argument fondé sur l’art. 6 pour des motifs qui seront exposés plus loin. Nous examinerons ensuite les autres moyens invoqués par les intimés au soutien de leur argument constitutionnel contre l’extradition sans les assurances prévues, notamment ceux fondés sur l’art. 12

29

30

31

conclude that the respondents are entitled to succeed on the sole ground that their extraditions to face the death penalty would, in the present circumstances, violate their rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*.

1. *The Extradition Act Confers a Broad Statutory Discretion on the Minister*

32

The appeal reaches this Court by way of a judicial review of the exercise by the Minister of his discretion under s. 25(1) of the *Extradition Act* which we reproduce for ease of reference:

25. (1) Subject to this Part, the Minister of Justice, on the requisition of a foreign state, may, within a period of ninety days after the date of a fugitive's committal for surrender, under the hand and seal of the Minister, order the fugitive to be surrendered to the person or persons who are, in the Minister's opinion, duly authorized to receive the fugitive in the name and on behalf of the foreign state, and the fugitive shall be so surrendered accordingly.

Section 25 creates a broad discretion which the Minister must exercise in accordance with the dictates of the *Charter*: *Kindler, supra*, at p. 846; *Schmidt, supra*, at pp. 520-21; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 655-56; and see generally *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; and *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. None of the parties to this litigation has attacked the constitutional validity of this discretion which has previously been found by a majority of this Court to pass *Charter* scrutiny: see *Kindler, supra*. In that case, the Court recognized that the Minister's discretion was limited by the *Charter*, and that the *Charter* required a balancing on the facts of each case of the applicable principles of fundamental justice. We affirm the correctness of the balancing test, and for reasons which will become apparent, we conclude that in the circumstances of this case the

(« traitements ou peines cruels et inusités ») et l'art. 7 (« droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de [l]a personne »). En définitive, nous concluons que le pourvoi des intimés doit être accueilli pour le seul motif que leur extradition vers un pays où ils sont passibles de la peine de mort violerait, dans les circonstances de la présente affaire, les droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*.

1. *La Loi sur l'extradition confère un large pouvoir discrétionnaire au ministre*

Le présent pourvoi est soumis à notre Cour par voie de demande de contrôle judiciaire de l'exercice, par le ministre, du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 25(1) de la *Loi sur l'extradition*, que nous reproduisons ci-après par souci de commodité :

25. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie et sur demande d'un État étranger, le ministre de la Justice, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de l'ordonnance d'incarcération du fugitif, peut, par arrêté, ordonner que celui-ci soit livré à l'agent ou aux agents de cet État qui, à son avis, sont autorisés à agir au nom de celui-ci dans l'affaire.

L'article 25 crée un large pouvoir discrétionnaire, que le ministre doit exercer conformément aux prescriptions de la *Charte* : *Kindler*, précité, p. 846; *Schmidt*, précité, p. 520-521; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 655-656; et, de façon générale, voir *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; et *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Les parties au présent litige n'ont pas attaqué la validité constitutionnelle de ce pouvoir discrétionnaire, lequel a résisté à un examen fondé sur la *Charte* dans un jugement majoritaire de notre Cour : voir *Kindler*, précité. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que le pouvoir discrétionnaire du ministre était limité par la *Charte* et que celle-ci exigeait dans chaque cas la pondération des principes de justice fondamentale applicables au regard des faits de l'affaire. Nous confirmons le bien-fondé du critère de la pondération et, pour des motifs qui devien-

application of the balancing test and the ultimate requirement of adherence to “the basic tenets of our legal system” (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503) require the Minister to seek assurances.

The authority of the Minister under s. 25 is predicated on the existence of an extradition treaty (s. 3). The extradition treaty in question here was concluded by Canada and the United States in 1971 at a time when Canada still retained the death penalty, although no executions had been carried out since 1962. In the United States executions, which had occurred at the rate of about 50 per year in the late 1950s, “slowed to a trickle and then stopped” in the 1960s (W. S. White, “Capital Punishment’s Future” (1993), 91 *Mich. L. Rev.* 1429, at p. 1429). A *de facto* moratorium occurred commencing June 2, 1967. This was reinforced five years later when the Supreme Court of the United States, in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), declared the death penalty regime of the State of Georgia to be unconstitutional. By 1976, the year in which the extradition treaty was ratified and came into force, there had been a realignment of positions. Canada had abolished the death penalty for all but a few military crimes (*Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, S.C. 1974-75-76, c. 105). In the same year the United States Supreme Court declared that the death penalty could be constitutional if appropriate procedural safeguards are put in place: *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976). Executions resumed on January 17, 1977 when Gary Gilmore was shot by a firing squad in Utah (H. H. Haines, *Against Capital Punishment: The Anti-Death Penalty Movement in America, 1972-1994* (1996), at p. 211). In recognition, perhaps, of this fluid state of affairs the parties agreed that the extradition treaty should include Article 6 in respect of seeking assurances. As set out above, Article 6 provides as follows:

dront évidents plus loin, nous concluons que, dans les circonstances de la présente affaire, son application de même que l’obligation ultime de respect des « préceptes fondamentaux de notre système juridique » (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503) commandent que le ministre sollicite les assurances prévues.

Le pouvoir conféré au ministre par l’art. 25 repose sur l’existence d’un traité d’extradition (art. 3). Le traité d’extradition dont il est question en l’espèce a été conclu par le Canada et les États-Unis en 1971, à une époque où la peine de mort existait toujours au Canada, quoique la dernière exécution remontât à 1962. Aux États-Unis, les exécutions, qui s’élevaient à environ 50 par année à la fin des années 1950, [TRADUCTION] « chutèrent à quelques unes puis cessèrent complètement » au cours des années 1960 (W. S. White, « Capital Punishment’s Future » (1993), 91 *Mich. L. Rev.* 1429, p. 1429). Un moratoire *de facto* a commencé aux États-Unis le 2 juin 1967. Cette mesure a été renforcée cinq ans plus tard lorsque, dans l’arrêt *Furman c. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), la Cour suprême des États-Unis a déclaré inconstitutionnel le régime relatif à la peine capitale qui existait dans l’État de Georgie. En 1976, année de la ratification et de l’entrée en vigueur du traité d’extradition, un réaménagement des positions était survenu. Le Canada avait aboli la peine de mort pour tous les crimes sauf pour quelques infractions de nature militaire (*Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105). Cette année-là, la Cour suprême des États-Unis a déclaré que la peine de mort pouvait être constitutionnelle s’il existait des garanties procédurales appropriées : *Gregg c. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976). Les exécutions ont repris le 17 janvier 1977 lorsque Gary Gilmore a été abattu par un peloton d’exécution en Utah (H. H. Haines, *Against Capital Punishment: The Anti-Death Penalty Movement in America, 1972-1994* (1996), p. 211). Tenant compte, peut-être, du caractère mouvant de cette situation, les parties au traité d’extradition ont convenu d’y inclure l’article 6, qui porte sur les demandes d’assurances. Comme il est indiqué plus tôt, l’article 6 du traité est ainsi rédigé :

When the offense for which extradition is requested is punishable by death under the laws of the requesting State and the laws of the requested State do not permit such punishment for that offense, extradition may be refused unless the requesting State provides such assurances as the requested State considers sufficient that the death penalty shall not be imposed, or, if imposed, shall not be executed.

Lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition est punissable de la peine de mort en vertu des lois de l'État requérant et que les lois de l'État requis n'autorisent pas cette peine pour une telle infraction, l'extradition peut être refusée à moins que l'État requérant ne garantisse à l'État requis, d'une manière jugée suffisante par ce dernier, que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée.

34 In his decision, the then Minister said that where a committal judge under the Act is satisfied that the requesting state has made out a *prima facie* case against the fugitive, he will approach the issue

Dans sa décision, le ministre de l'époque a affirmé que, dans les cas où le juge qui ordonne l'incarcération en vertu de la Loi est convaincu que l'État requérant a présenté une preuve suffisante à première vue contre le fugitif, il examinerait alors la question

from the premise that assurances should be sought only in circumstances where the particular facts of the case warrant that special exercise of discretion. Such assurances are not to be sought routinely in every case in which the death penalty is applicable.

[TRADUCTION] en tenant pour acquis que des assurances ne doivent être demandées que dans les cas où les faits particuliers de l'affaire justifient cet exercice spécial du pouvoir discrétionnaire. De telles assurances ne doivent pas être systématiquement demandées dans tous les cas où la peine de mort est applicable.

As stated, the Minister saw nothing in the circumstances here to warrant asking for such assurances.

Comme il a été mentionné précédemment, le ministre n'a vu dans le présent cas aucune circonstances justifiant de demander de telles assurances.

35 The question is not whether we agree with the Minister's decision. The only issue under the *Charter* is whether, as a matter of constitutional law, the Minister had the power to decide as he did. The *Charter* does not give the Court a general mandate to set Canada's foreign policy on extradition. Yet the Court is the guardian of the Constitution and death penalty cases are uniquely bound up with basic constitutional values. While the death penalty arises as a possibility only in a small fraction of the extradition cases dealt with by the Minister and departmental officials, it raises issues of fundamental importance to Canadian society.

La question n'est pas de savoir si nous sommes d'accord avec la décision du ministre. La seule question litigieuse au regard de la *Charte* consiste à déterminer si le ministre avait, du point de vue du droit constitutionnel, le pouvoir de prendre cette décision. La *Charte* ne confère pas à notre Cour le mandat général d'établir la politique étrangère du Canada en matière d'extradition. Cependant, la Cour est le gardien de la Constitution et les affaires de peine de mort sont liées à des valeurs constitutionnelles fondamentales de façon exceptionnelle. Quoique la possibilité d'application de la peine de mort ne se présente que dans un faible pourcentage des affaires d'extradition examinées chaque année par le ministre et ses fonctionnaires, cette situation soulève des questions d'une importance fondamentale pour la société canadienne.

2. *The Minister Is Responsible for the Performance of Canada's International Law Enforcement Obligations*

The Court has historically exercised restraint in the judicial review of extradition decisions, as McLachlin J. (as she then was) noted in *Kindler, supra*, at p. 849:

In recognition of the various and complex considerations which necessarily enter into the extradition process, this Court has developed a more cautious approach in the review of executive decisions in the extradition area, holding that judicial scrutiny should not be over-exacting. As the majority in *Schmidt* pointed out, the reviewing court must recognize that extradition involves interests and complexities with which judges may not be well equipped to deal (p. 523). The superior placement of the executive to assess and consider the competing interests involved in particular extradition cases suggests that courts should be especially careful before striking down provisions conferring discretion on the executive. Thus the court must be "extremely circumspect" to avoid undue interference with an area where the executive is well placed to make these sorts of decisions: *Schmidt*, at p. 523. It must, moreover, avoid extra-territorial application of the *Charter*: *Schmidt, supra*.

La Forest J. expressed similar views in *Kindler, supra*, at p. 837.

The customary deference to the Minister's extradition decisions is rooted in the recognition of Canada's strong interest in international law enforcement activities: *Cotroni, supra*, at p. 1485, cited by McLachlin J. in *Kindler*, at pp. 843-44; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at p. 214; *Idziak, supra*, at p. 662. The respondents do not quarrel with these general observations. Their argument is that despite McLachlin J.'s caution in *Kindler* that "the court must be 'extremely circumspect' to avoid undue interference with an area where the executive is well placed to make these sorts of decisions" (p. 849), a constitutional requirement of assurances does not undermine in any significant way the achievement of Canada's

2. *Le ministre est chargé de veiller au respect des obligations du Canada en matière d'application du droit international*

Notre Cour a traditionnellement fait montre de déférence dans le contrôle judiciaire des décisions en matière d'extradition, comme l'a souligné le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Kindler*, précité, p. 849 :

En reconnaissance des considérations diverses et complexes qui entrent nécessairement dans le processus d'extradition, notre Cour a élaboré une position plus prudente dans l'examen des décisions du pouvoir exécutif dans le domaine de l'extradition, et a jugé que l'examen judiciaire ne devrait pas être trop exigeant. Comme les juges de la majorité l'ont souligné dans l'arrêt *Schmidt*, la cour qui procède à l'examen doit reconnaître que l'extradition fait intervenir des intérêts et des questions complexes dont les juges peuvent ne pas être en mesure de traiter (p. 523). La position supérieure dans laquelle se trouve l'exécutif pour évaluer et examiner les intérêts divergents visés dans certaines affaires en matière d'extradition donne à penser que les tribunaux devraient être particulièrement prudents avant d'annuler des dispositions qui lui confèrent un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, les tribunaux doivent se montrer «extrêmement circonspects» afin d'éviter toute ingérence indue dans un domaine où l'exécutif est bien placé pour prendre ce genre de décisions: *Schmidt*, à la p. 523. En outre, ils doivent éviter toute application de la *Charte* à un État étranger: *Schmidt*, précité.

Le juge La Forest a exprimé des vues analogues dans *Kindler*, p. 837.

La déférence habituellement manifestée à l'égard des décisions du ministre en matière d'extradition découle de la reconnaissance de l'intérêt considérable qu'a le Canada dans la bonne marche des activités internationales d'application de la loi: *Cotroni*, précité, p. 1485, cité par le juge McLachlin dans l'arrêt *Kindler*, p. 843-844; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, p. 214; *Idziak*, précité, p. 662. Les intimés ne contestent pas ces observations générales. Leur argument porte plutôt que, malgré la mise en garde du juge McLachlin dans *Kindler* que «les tribunaux doivent se montrer "extrêmement circonspects" afin d'éviter toute ingérence indue dans un domaine où l'exécutif est bien placé pour prendre

mutual assistance objectives. The executive negotiated Article 6 of the extradition treaty, the United States agreed to it, and both parties must therefore have regarded its exercise as consistent with the fulfilment of their mutual assistance obligations.

ce genre de décisions » (p. 849), l'existence d'une obligation d'ordre constitutionnel intimant d'obtenir des assurances ne compromet pas de façon appréciable la réalisation des objectifs du Canada en matière d'entraide. Le pouvoir exécutif a négocié l'article 6 du traité d'extradition, les États-Unis y ont souscrit et, en conséquence, les deux parties doivent avoir considéré que son application est compatible avec l'exécution de leurs obligations en matière d'entraide.

38

We affirm that it is generally for the Minister, not the Court, to assess the weight of competing considerations in extradition policy, but the availability of the death penalty, like death itself, opens up a different dimension. The difficulties and occasional miscarriages of the criminal law are located in an area of human experience that falls squarely within "the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system": *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503. It is from this perspective, recognizing the unique finality and irreversibility of the death penalty, that the constitutionality of the Minister's decision falls to be decided.

Nous confirmons que c'est généralement au ministre, et non à la Cour, qu'il incombe de soulever les considérations qui s'opposent dans l'application de la politique d'extradition canadienne, mais le fait que la peine de mort puisse être infligée fait intervenir, au même titre que la mort elle-même, une dimension particulière. Les difficultés et les erreurs occasionnelles du droit criminel surviennent dans un aspect de l'expérience humaine qui relève nettement du « pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » : *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 503. C'est dans cette optique, tout en tenant compte du caractère définitif et irréversible de la peine de mort, qu'il faut apprécier la constitutionnalité de la décision du ministre.

3. *Section 6(1) ("Mobility Rights") of the Charter Does not Invalidate an Extradition Without Assurances*

3. *Le paragraphe 6(1) (« liberté de circulation ») de la Charte n'invalide pas les extraditions non assorties des assurances prévues*

39

It is convenient at this point to address the Minister's argument that extradition with or without assurances has nothing to do with the respondents' rights, as Canadian citizens, to enter or remain in Canada. Traditionally, nationality has afforded no defence to extradition from Canada. Sir William Buell Richards, the first Chief Justice of Canada, when sitting on the Court of Common Pleas of Upper Canada two years prior to Confederation, dealt with this issue in a review of a warrant of commitment for the extradition of a British subject to the United States:

Il convient à ce stade-ci d'examiner l'argument du ministre que l'extradition, assortie ou non des assurances prévues, ne fait pas intervenir le droit dont jouissent les intimés, en tant que citoyens canadiens, d'entrer au Canada ou d'y demeurer. La nationalité n'a jamais constitué un moyen de défense opposable à une demande d'extradition. Sir William Buell Richards, qui fut le premier Juge en chef du Canada, s'est prononcé sur cette question alors qu'il siégeait à la Cour des plaids communs du Haut Canada (*Court of Common Pleas of Upper Canada*), deux ans avant la Confédération, dans le cadre de l'examen d'un mandat d'incarcération décerné en vue de l'extradition d'un sujet britannique vers les États-Unis :

Whatever may be considered to have been the general rule in relation to a government surrendering its own subjects to a foreign government, I cannot say I have any doubt, that under the treaty and our own statute, a British subject who is in other respects brought within the law, cannot legally demand that he ought not to be surrendered merely because he is a natural born subject of Her Majesty. [Emphasis added.]

(*Re Burley* (1865), 1 U.C.L.J. 34, at p. 46)

The present Minister contends that, from a policy as well as a legal perspective, the nationality of the fugitive ought to remain an irrelevant consideration. Otherwise, she argues, it could mean that if Burns were a Canadian citizen and Rafay were not, only the latter would be extradited to face the death penalty, despite the allegation that it was Burns who did the actual killing.

We affirm that extradition is a *prima facie* infringement of the s. 6(1) right of every Canadian citizen to “remain in” Canada: *Cotroni, supra*, at pp. 1480-81. The respondents will not, on this occasion, leave their homeland willingly. Their forcible removal must be justified under s. 1 of the *Charter* (*Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225 (C.A.), cited with approval in *Schmidt, supra*, at p. 520, and by La Forest J. in *Cotroni, supra*, at pp. 1482-83; *Whitley v. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794 (C.A.), at p. 805, aff’d [1996] 1 S.C.R. 467; *Swystun v. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222 (Man. Q.B.), cited with approval in *Cotroni, supra*, at p. 1498; and *Re Decter and United States of America* (1983), 5 C.C.C. (3d) 364 (N.S.S.C.T.D.)).

The issue of s. 1 justification was considered by this Court in *Cotroni, supra*, and *Kindler, supra*. In *Cotroni*, the two fugitives were Canadian citizens who were alleged to have participated in a conspiracy to import and distribute heroin in the United States. They argued that s. 6(1) of the *Charter* required that they be prosecuted in Canada rather than in the United States. La Forest J., writing for

[TRADUCTION] Indépendamment de ce qui peut être considéré comme ayant été la règle générale applicable au gouvernement qui livre ses propres sujets à un gouvernement étranger, il m’est impossible d’affirmer que j’éprouve quelque doute que ce soit que, en vertu du traité et de nos propres lois, un sujet britannique qui est à tous autres égards soumis à la loi ne peut légalement demander de ne pas être livré simplement parce qu’il est né sujet de Sa Majesté. [Nous soulignons.]

(*Re Burley* (1865), 1 U.C.L.J. 34, p. 46)

La ministre actuelle prétend que, tant du point de vue des politiques d’intérêt général que du point de vue juridique, la nationalité du fugitif doit rester une considération non pertinente. Autrement, plaide la ministre, cela pourrait signifier que si Burns était citoyen canadien et Rafay ne l’était pas, seul ce dernier serait extradé vers le pays où ils sont passibles de la peine de mort, malgré l’allégation voulant que ce soit Burns qui ait effectivement commis les meurtres.

Nous confirmons que l’extradition constitue à première vue une atteinte au droit que garantit le par. 6(1) à tout citoyen canadien de « demeurer au » Canada : *Cotroni*, précité, p. 1480-1481. En l’espèce, les intimés ne quitteront pas leur patrie de plein gré. Leur expulsion forcée doit être justifiée au regard de l’article premier de la *Charte* (*Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225 (C.A.), cité avec approbation dans *Schmidt*, précité, p. 520, et par le juge La Forest dans *Cotroni*, précité, p. 1482-1483; *Whitley c. United States of America* (1994), 20 O.R. (3d) 794 (C.A.), p. 805, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *Swystun c. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222 (B.R. Man.), cité avec approbation dans *Cotroni*, précité, p. 1498; et *Re Decter and United States of America* (1983), 5 C.C.C. (3d) 364 (C.S. 1^{re} inst. N.-É.)).

La question de la justification au regard de l’article premier a été examinée par notre Cour dans les arrêts *Cotroni* et *Kindler*, précités. Dans *Cotroni*, les deux fugitifs étaient des citoyens canadiens à qui on reprochait d’avoir participé à un complot en vue d’importer et de distribuer de l’héroïne aux États-Unis. Ils ont plaidé que le par. 6(1) de la *Charte* exigeait qu’ils soient jugés au Canada

40

41

42

a five-member majority, disagreed. He found that the *prima facie* violation of s. 6 could be saved under s. 1 because the concerns addressed by the extradition legislation were pressing and substantial. Further, the extradition of the respondents was rationally connected to the important objectives of international law enforcement, it impaired the s. 6(1) right as little as reasonably possible, and such pressing and substantial concerns justified the peripheral *Charter* infringement in that case. It is helpful to quote his precise language at p. 1490:

As against this somewhat peripheral *Charter* infringement must be weighed the importance of the objectives sought by extradition — the investigation, prosecution, repression and punishment of both national and transnational crimes for the protection of the public. These objectives, we saw, are of pressing and substantial concern. They are, in fact, essential to the maintenance of a free and democratic society. In my view, they warrant the limited interference with the right guaranteed by s. 6(1) to remain in Canada. That right, it seems to me, is infringed as little as possible, or at the very least as little as reasonably possible.

43

Subsequently, in *Kindler*, La Forest J. expressed the concern that if Canada did not have the “right and duty” to extradite or expel undesirable aliens, “Canada could become a haven for criminals and others whom we legitimately do not wish to have among us” (p. 834). While expressed in connection with aliens, the concern could also apply to citizens, even though citizens, unlike aliens, enjoy the added protection of s. 6. We accept that when the respondents are in British Columbia they are “at home”. They are also using “home” as a safe haven. A murderer who flees the scene of a crime across an international boundary is seeking a “safe haven” irrespective of whether he or she holds citizenship in the state from which flight commenced, or in the destination state, or in neither. In all cases, the international boundary is to some extent an obstacle to law enforcement. Equally, to the

plutôt qu’aux États-Unis. S’exprimant pour les cinq juges majoritaires, le juge La Forest a rejeté cet argument. Il a estimé que, malgré l’atteinte qui était portée à première vue aux droits garantis par l’art. 6, la validité de la mesure contestée pouvait néanmoins être sauvegardée par l’article premier étant donné que les préoccupations visées par la législation sur l’extradition étaient urgentes et réelles. De plus, l’extradition des intimés avait un lien rationnel avec les objectifs importants poursuivis en matière d’application de la loi à l’échelle internationale, elle portait atteinte aussi peu qu’il était raisonnablement possible de le faire au droit garanti par le par. 6(1) et des préoccupations aussi urgentes et réelles justifiaient la violation mineure de la *Charte* dans cette affaire. Il est utile de citer les termes exacts qu’il a utilisés à la p. 1490 :

En regard de cette violation quelque peu mineure de la *Charte*, il faut évaluer l’importance des objectifs visés par l’extradition, savoir les enquêtes et les poursuites, ainsi que la répression et la punition des crimes tant nationaux que transnationaux pour la protection du public. Ces objectifs, nous l’avons vu, constituent des préoccupations urgentes et réelles. En fait, ils sont essentiels au maintien d’une société libre et démocratique. À mon avis, ils justifient la violation limitée du droit garanti par le par. 6(1) de demeurer au Canada. Ce droit, me semble-t-il, est violé le moins possible, ou, tout au moins, le moins qu’il est raisonnablement possible de le faire.

Subséquemment, dans *Kindler*, le juge La Forest a dit craindre que, si le Canada n’avait pas le « droit et le devoir » d’extrader ou d’expulser de son territoire les étrangers indésirables qui s’y trouvent, « le Canada pourrait devenir un refuge pour les criminels et les autres personnes que, légitimement, nous ne voulons pas avoir parmi nous » (p. 834). Quoique cette inquiétude soit exprimée à l’égard des étrangers, elle pourrait également s’appliquer aux citoyens canadiens, même si ceux-ci, contrairement aux étrangers, jouissent de la protection supplémentaire garantie par l’art. 6. Nous reconnaissons que, lorsque les intimés sont en Colombie-Britannique, ils sont « chez eux ». Ils utilisent également leur « chez-eux » comme un refuge sûr. Le meurtrier qui fuit la scène d’un meurtre et traverse une frontière internationale cherche un « refuge sûr », qu’il soit ou non citoyen

extent the “safe haven” argument seeks to make Canada a safer place by returning to face justice in a foreign country fugitives who are considered dangerous, citizenship is irrelevant because the objective is advanced by extraditing Canadian fugitives as much as it is by extraditing persons of other nationalities.

The respondents contend that to satisfy the *Charter* requirement that their s. 6 mobility rights be impaired “as minimally as possible” the Minister is obliged to seek assurances. Extradition without assurances, they say, is not minimal impairment. Such assurances, however, would not uphold a “right to remain”. Extradition with assurances would result in the forcible removal of the respondents from Canada as much as extradition without assurances.

A case that raised some of the same s. 6(1) concerns as the present appeal is *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, *supra*, which was cited with approval by La Forest J. for the majority in both *Cotroni*, *supra*, at pp. 1482-83, and *Schmidt*, *supra*, at p. 520. In *Rauca*, the Ontario Court of Appeal rejected the claim by Rauca that his extradition to Germany to face charges of aiding and abetting the murder of several thousand civilians during the Second World War violated s. 6(1). Rauca was a naturalized Canadian citizen and was 74 years old at the time of the decision of that court. If convicted, he was expected to be sentenced to life in prison in Germany. Given the usual span of human existence, it was clear that Rauca would not only be denied a right to “remain” in Canada but, if convicted in Germany, could never thereafter exercise a right to “enter” Canada. Nevertheless, the extradition of Rauca was held to be a justifiable limitation on the s. 6(1) right. Leave was granted to Rauca to appeal this ruling to this Court but he voluntarily submitted to

de l’État où sa cavale a commencé, de l’État où il se rend ou d’aucun des deux. Dans tous les cas, l’existence d’une frontière internationale constitue jusqu’à un certain point un obstacle à l’application de la loi. De même, dans la mesure où l’argument du « refuge sûr » vise à faire du Canada un endroit plus sûr en renvoyant devant les tribunaux d’un pays étranger des fugitifs qui sont considérés dangereux, la citoyenneté n’est pas un facteur pertinent, car l’objectif est réalisé autant par l’extradition de fugitifs canadiens que par l’extradition de ressortissants étrangers.

Les intimés font valoir que, pour satisfaire à l’obligation que fait la *Charte* de porter atteinte « le moins possible » à la liberté de circulation que leur garantit l’art. 6, le ministre est obligé de demander les assurances prévues. L’extradition non assortie de ces assurances ne constitue pas, soutiennent-ils, une atteinte minimale. Cependant, de telles assurances n’étayeraient pas un « droit de demeurer » au pays. Si l’extradition était assortie d’assurances, elle se traduirait par l’expulsion forcée des intimés du Canada tout autant que si elle n’était pas assortie d’assurances.

Une affaire qui soulevait certaines des préoccupations fondées sur le par. 6(1) que soulève le présent pourvoi est l’arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, précité. Cette affaire a été citée avec approbation par le juge La Forest, qui s’exprimait au nom des juges majoritaires, tant dans *Cotroni*, précité, p. 1482-1483, que dans *Schmidt*, précité, à la p. 520. Dans *Rauca*, la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté la prétention de ce dernier que son extradition en Allemagne pour y faire face à des accusations d’avoir aidé et encouragé le meurtre de plusieurs milliers de civils au cours de la Seconde Guerre mondiale violait le par. 6(1). Rauca, qui était un citoyen canadien naturalisé, était âgé de 74 ans au moment de la décision de la Cour d’appel. On prévoyait que, s’il était déclaré coupable, il serait condamné à l’emprisonnement à perpétuité en Allemagne. Compte tenu de la durée de vie normale de l’être humain, il était évident que non seulement Rauca serait privé du droit de « demeurer » au Canada mais que, s’il était déclaré coupable en Allemagne, il ne pourrait

44

45

the extradition before the appeal was heard and was returned to Germany, where he died before trial.

jamais par la suite exercer le droit d'« entrer » au Canada. Il a néanmoins été jugé que l'extradition de Rauca constituait une limitation justifiable du droit garanti par le par. 6(1). Rauca, qui avait obtenu l'autorisation de se pourvoir contre cette décision devant notre Cour, s'est toutefois volontairement soumis à l'extradition avant l'audition du pourvoi et il a été renvoyé en Allemagne, où il est décédé avant le procès.

46 The death penalty was not at issue in *Rauca*, but viewed uniquely from the perspective of s. 6(1) mobility rights, death in a foreign prison by natural causes would be as effective a deprivation of a “right to return” as death in the foreign prison by capital punishment.

La peine de mort n'était pas en litige dans l'affaire *Rauca*, mais considérée uniquement au regard du droit à la liberté de circulation garanti par le par. 6(1), la mort dans une prison étrangère par suite de causes naturelles priverait tout aussi concrètement l'intéressé du « droit de revenir » au pays que la mort dans cette prison par application de la peine capitale.

47 The respondents, unless acquitted, will be subject to life in prison without possibility of release or parole. The Revised Code of Washington §10.95.030 could scarcely be more emphatic:

Sauf s'ils sont acquittés, les intimés seront tout de même passibles de l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. L'article 10.95.030 du Revised Code of Washington est on ne peut plus clair :

(1) Except as provided in subsection (2) of this section [the death penalty], any person convicted of the crime of aggravated first degree murder shall be sentenced to life imprisonment without possibility of release or parole. A person sentenced to life imprisonment under this section shall not have that sentence suspended, deferred, or commuted by any judicial officer and the indeterminate sentence review board or its successor may not parole such prisoner nor reduce the period of confinement in any manner whatsoever including but not limited to any sort of good-time calculation. The department of social and health services or its successor or any executive official may not permit such prisoner to participate in any sort of release or furlough program. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article [la peine de mort], toute personne déclarée coupable de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. La personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité en vertu du présent article ne peut se voir accorder de sursis, de report ou de commutation de cette peine par quelque titulaire de fonctions judiciaires, et la commission des peines d'emprisonnement indéterminées et des libérations conditionnelles ou tout organisme successeur ne peut lui accorder de libération conditionnelle ni réduire sa période d'incarcération de quelque manière que ce soit, notamment par l'application de quelque réduction de peine pour bonne conduite. Un tel prisonnier ne peut être autorisé par le ministère des services sociaux et de la santé ou tout organisme successeur ni par un fonctionnaire compétent à participer à quelque programme de libération ou de congé que ce soit. [Nous soulignons.]

The evidence is that the practice in Washington State conforms to the statutory provision. Thus, the relevant law contemplates that whether assurances are obtained or not, the fugitive, if convicted, will equally be unable to return to or

La preuve indique que l'État de Washington se conforme dans la pratique à cette disposition législative. Par conséquent, que des assurances soient obtenues ou non, si les fugitifs sont déclarés coupables, ils seront également incapables de revenir

“enter” Canada. In neither case would the bar to return be imposed by the Government of Canada.

Donald J.A. considered that prisoner exchange programs or possible legislative change in Washington State do at least create “a faint hope” of return because, as he says, “where there is life there is hope” (at para. 27). He also refers to the possibility of delayed executive clemency. The possible eventuality of legislative change or other exceptional relief in a foreign jurisdiction from a punishment that may never be imposed are events that are also remote from the making of an extradition order. In our view, with respect, efforts to stretch mobility rights to cover the death penalty controversy are misplaced. The real issue here is the death penalty. The death penalty is overwhelmingly a justice issue and only marginally a mobility rights issue. The death penalty issue should be confronted directly and it should be confronted under s. 7 of the *Charter*.

As the s. 1 justification for a breach of s. 6(1) parallels that for a breach of s. 7 in any event, a more ample discussion of the s. 1 arguments will be deferred until s. 7 has been considered.

4. *Section 12 (“Cruel and Unusual Treatment or Punishment”) Is not Directly Engaged in this Appeal Except as a Value to Be Considered in the Section 7 Balance*

Section 12 of the *Charter* guarantees the respondents “the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment”. Concerns about the death penalty raise the question of whether its imposition would offend this provision. A threshold question, however, is whether in the circumstances of this case s. 12 can even apply, since it would be the State of Washington and not

au Canada ou d’y « entrer ». Dans un cas comme dans l’autre, l’obstacle à leur retour ne serait pas imposé par le gouvernement du Canada.

Le juge Donald de la Cour d’appel a estimé que les programmes d’échange de prisonnier ou la possibilité de modification de la loi dans l’État de Washington créent à tout le moins un « faible espoir » car, ainsi qu’il l’a dit, [TRADUCTION] « tant qu’il y a de la vie il y a de l’espoir » (par. 27). Il a également mentionné la possibilité que l’exécutif accorde la clémence. La possibilité d’une éventuelle modification de la loi ou autre mesure exceptionnelle dans un ressort étranger à l’égard d’une peine susceptible de ne jamais être infligée est également un fait ayant un rapport plutôt ténu avec la prise d’un arrêté d’extradition. En toute déférence, nous sommes d’avis, que les efforts déployés en vue d’élargir le champ d’application du droit à la liberté de circulation à la controverse entourant la peine de mort sont mal inspirés. La véritable question litigieuse en l’espèce est la peine de mort. Cette peine est essentiellement une question qui a trait à la justice et qui ne touche qu’accessoirement la liberté de circulation. La question de la peine de mort doit être abordée directement, au regard de l’art. 7 de la *Charte*.

Quoi qu’il en soit, comme l’analyse de la justification d’une violation du par. 6(1) se rapproche de celle applicable aux violations de l’art. 7, les arguments relatifs à l’article premier seront analysés plus en détail au moment de l’examen de l’art. 7.

4. *Le présent pourvoi ne fait pas intervenir directement l’art. 12 (« traitements ou peines cruels et inusités ») sauf comme valeur à prendre en compte dans la pondération fondée sur l’art. 7*

Le texte anglais de l’art. 12 de la *Charte* garantit aux intimés « *the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment* ». Les inquiétudes relatives à la peine de mort soulèvent la question de savoir si l’infliction de cette peine porterait atteinte à cette disposition. Toutefois, une question préliminaire se pose, soit celle de savoir si, dans les circonstances de l’espèce, l’art. 12

48

49

50

the government of Canada that would impose and carry out the death sentence.

51 The *Charter* only guarantees certain rights and freedoms from infringement by “the Parliament and government of Canada” (s. 32(1)(a)) and “the legislature and government of each province” (s. 32(1)(b)). The role played by s. 32 in the extradition context was discussed by La Forest J. in *Schmidt*, *supra*, at p. 518:

There can be no doubt that the actions undertaken by the Government of Canada in extradition as in other matters are subject to scrutiny under the *Charter* (s. 32). Equally, though, there cannot be any doubt that the *Charter* does not govern the actions of a foreign country; see, for example, *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278. In particular the *Charter* cannot be given extraterritorial effect to govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted.

See also: *Mellino*, *supra*, at p. 547; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564, at p. 571; and *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 123.

52 Nevertheless, counsel for the respondents suggest that Canada cannot avoid shouldering responsibility for the imposition of the death penalty just because it would be a foreign government, if anyone, that puts the respondents to death. The French text of s. 12 of the *Charter* guarantees to the respondents “*la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités*”. The guarantee of “protection”, it could be argued, imposes an affirmative obligation on the Canadian state to protect against infliction of the death penalty whether by Canada or by any other government.

53 There is some support for this view in the decision of the European Court of Human Rights in *Soering* (Eur. Court H.R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A No. 161, at para. 91):

In sum, the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 [of the *Convention for the Protection of Human Rights*

trouve même application, puisque ce serait l’État de Washington et non le gouvernement du Canada qui prononcerait et appliquerait le peine de mort.

La *Charte* ne protège que certains droits et libertés contre les atteintes susceptibles d’y être portées par le « Parlement et [le] gouvernement du Canada » (al. 32(1)a)) et par « la législature et [le] gouvernement de chaque province » (al. 32(1)b)). Le rôle que joue l’art. 32 dans le contexte de l’extradition a été analysé par le juge La Forest dans l’arrêt *Schmidt*, précité, p. 518 :

Il ne fait pas de doute que les actes entrepris par le gouvernement du Canada en matière d’extradition, comme dans d’autres domaines, sont assujettis au contrôle prévu par la *Charte* (art. 32). Il est cependant tout aussi certain que la *Charte* ne s’applique pas aux actes d’un pays étranger: voir, par exemple, l’arrêt *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278. En particulier, on ne saurait donner à la *Charte* un effet qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger.

Voir également : *Mellino*, précité, p. 547; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564, p. 571; et *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 123.

Néanmoins, les avocats des intimés affirment que le Canada ne peut se dérober à sa responsabilité pour l’infliction de la peine de mort du seul fait que ce serait un gouvernement étranger qui enlèverait la vie aux intimés. Le texte français de l’art. 12 de la *Charte* garantit aux intimés « la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». Il est possible de prétendre que cette garantie de « protection » impose à l’État canadien l’obligation positive de protéger chacun contre l’infliction de la peine de mort, que ce soit par le Canada ou par tout autre gouvernement.

Cette opinion trouve un certain appui dans la décision rendue par la Cour européenne des droits de l’homme dans *Soering* (Cour eur. D. H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161, par. 91) :

En résumé, pareille décision [savoir l’extradition d’un fugitif] peut soulever un problème au regard de l’article 3 [de la *Convention de sauvegarde des droits de*

and Fundamental Freedoms, which is equivalent to section 12 of our *Charter*], and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country.

The “responsibility of th[e] State” is certainly engaged under the *Charter* by a ministerial decision to extradite without assurances. While the Canadian government would not itself inflict capital punishment, its decision to extradite without assurances would be a necessary link in the chain of causation to that potential result. The question is whether the linkage is strong enough and direct enough to invoke s. 12 in an extradition proceeding, especially where, as here, there are many potential outcomes other than capital punishment.

The view previously taken by this Court is that the proper place for the “state responsibility” debate is under s. 7. We affirm the correctness of that approach.

This issue was extensively canvassed in *Kindler* and *Ng*. The Court concluded that extradition by the Canadian government did not violate the guarantee against cruel and unusual punishment because the only action by the Canadian government was to hand the fugitives over to law enforcement authorities in the United States, not to impose the death penalty. La Forest J., concurring, stated in *Kindler*, *supra*, at p. 831:

The Minister’s actions do not constitute cruel and unusual punishment. The execution, if it ultimately takes place, will be in the United States under American law against an American citizen in respect of an offence that took place in the United States. It does not result from any initiative taken by the Canadian Government. Canada’s connection with the matter results from the fact that the fugitive came here of his own free will, and

l’homme et des libertés fondamentales, qui est l’équivalent de l’art. 12 de notre *Charte*], donc engager la responsabilité d’un Etat contractant au titre de la Convention, lorsqu’il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l’intéressé, si on le livre à l’Etat requérant, y courra un risque réel d’être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

La « responsabilité [de l’]État » est certes engagée, au regard de la *Charte*, lorsque le ministre décide d’extrader une personne sans les assurances prévues. Quoique ce ne soit pas le gouvernement canadien lui-même qui infligerait la peine capitale, sa décision d’extrader sans les assurances prévues serait un maillon nécessaire du lien de causalité conduisant à ce résultat potentiel. La question est de savoir si ce lien est suffisamment fort et direct pour faire entrer en jeu l’art. 12 dans le cadre d’une procédure d’extradition, particulièrement dans un cas comme celui qui nous occupe, où il y a de nombreuses autres issues potentielles outre la peine capitale.

Selon le point de vue adopté précédemment par notre Cour, c’est au regard de l’art. 7 qu’il convient d’examiner la question de la « responsabilité de l’État ». Nous confirmons le bien-fondé de cette approche.

Cette question a été étudiée en profondeur dans les arrêts *Kindler* et *Ng*. Notre Cour a jugé que l’extradition par le gouvernement canadien ne portait pas atteinte à la garantie contre les peines cruelles et inusitées, puisque le seul acte du gouvernement canadien était de remettre les fugitifs aux autorités chargées de l’application de la loi aux États-Unis, et non d’infliger la peine de mort. Dans ses motifs concourants dans *Kindler*, précité, le juge La Forest a dit ceci, à la p. 831 :

[Les actions du ministre] ne constituent pas une peine cruelle et inusitée. Si, en fin de compte, l’exécution a lieu, ce sera l’exécution aux États-Unis, en vertu du droit américain, d’un citoyen américain pour un crime commis aux États-Unis. Elle ne résulte pas d’une initiative prise par le gouvernement canadien. Le lien avec le Canada dans l’affaire découle du fait que le fugitif s’y est réfugié volontairement, et la question qui doit être

54

55

56

the question to be determined is whether the action of the Canadian Government in returning him to his own country infringes his liberty and security in an impermissible way.

And further, McLachlin J. stated at pp. 845-46:

[T]his Court has emphasized that we must avoid extraterritorial application of the guarantees in our *Charter* under the guise of ruling extradition procedures unconstitutional.

The punishment, if any, to which the fugitive is ultimately subject will be punishment imposed, not by the Government of Canada, but by the foreign state. To put it another way, the effect of any Canadian law or government act is too remote from the possible imposition of the penalty complained of to attract the attention of s. 12. To apply s. 12 directly to the act of surrender to a foreign country where a particular penalty may be imposed, is to overshoot the purpose of the guarantee and to cast the net of the *Charter* broadly in extraterritorial waters. [Emphasis added.]

tranchée est de savoir si l'action du gouvernement canadien de le remettre à son propre pays porte atteinte à sa liberté et à sa sécurité d'une manière qui est interdite.

Plus loin, le juge McLachlin a fait les observations suivantes, p. 845-846 :

[N]otre Cour a souligné que nous devons éviter d'appliquer dans un pays étranger les garanties que confère notre *Charte* sous le couvert de décisions qui déclarent inconstitutionnelles des procédures en matière d'extradition.

La peine, le cas échéant, à laquelle le fugitif est en fin de compte assujéti sera infligée non pas par le Gouvernement du Canada mais par l'État étranger. En d'autres termes, l'effet de toute loi canadienne ou de tout acte du gouvernement canadien est trop éloigné de la possibilité que la peine dont on se plaint soit infligée pour entraîner l'application de l'art. 12. Si on applique l'art. 12 directement à l'acte d'extradition dans un pays où une peine en particulier peut être infligée, on outrepassé l'objet de la garantie et d'une manière générale on jette les filets de la *Charte* dans des eaux extraterritoriales. [Nous soulignons.]

57

In our view, the degree of causal remoteness between the extradition order to face trial and the potential imposition of capital punishment as one of many possible outcomes to this prosecution make this a case more appropriately reviewed under s. 7 than under s. 12. It must be kept in mind that the values underlying various sections of the *Charter*, including s. 12, form part of the balancing process engaged in under s. 7. In *Kindler, supra*, both McLachlin J. and La Forest J. specifically recognized that s. 12 informs the interpretation of s. 7: *Kindler, supra*, at pp. 831 and 847; *Schmidt, supra*, at p. 522; *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151.

À notre avis, nous sommes en présence d'un cas qu'il convient d'examiner au regard de l'art. 7 plutôt que de l'art. 12, compte tenu du degré de proximité causale entre, d'une part, l'arrêté d'extradition pris en vue de permettre la tenue du procès et, d'autre part, l'infliction potentielle de la peine capitale qui constitue l'une des nombreuses issues possibles des poursuites en cause. Il faut garder à l'esprit que les valeurs qui sont à la base de divers articles de la *Charte*, notamment l'art. 12, font partie du processus de pondération fondé sur l'art. 7. Dans l'arrêt *Kindler*, précité, le juge McLachlin et le juge La Forest ont expressément reconnu que l'art. 12 sert à l'interprétation de l'art. 7 : *Kindler*, précité, p. 831 et 847; *Schmidt*, précité, p. 522; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

5. *The Outcome of this Appeal is Governed by Section 7 of the Charter ("Fundamental Justice")*

Section 7 of the *Charter* provides that:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

It is evident that the respondents are deprived of their liberty and security of the person by the extradition order: *Kindler, supra*, at p. 831. Their lives are potentially at risk. The issue is whether the threatened deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice.

This Court has recognized from the outset that the punishment or treatment reasonably anticipated in the requesting country is clearly relevant. Section 7 is concerned not only with the act of extraditing, but also the potential consequences of the act of extradition. This principle was recognized in the extradition context by La Forest J. in *Schmidt, supra*, at p. 522:

I have no doubt either that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. To make the point, I need only refer to a case that arose before the European Commission on Human Rights, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, where it was established that prosecution in the requesting country might involve the infliction of torture. Situations falling far short of this may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7. [Emphasis added.]

In their submissions on whether extradition without assurances is contrary to the principles of fundamental justice, the parties drew heavily on the decisions in *Kindler* and *Ng*. It may be helpful to recall the facts of those cases. *Kindler* was an

5. *L'issue du présent pourvoi dépend de l'art. 7 de la Charte (« justice fondamentale »)*

L'article 7 de la *Charte* prévoit ce qui suit :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Il est évident que l'arrêt d'extradition prive les intimés de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne : *Kindler*, précité, p. 831. Leur vie pourrait être en danger. La question est de savoir si ce risque de privation est compatible avec les principes de justice fondamentale.

Notre Cour a dès le départ reconnu que la peine ou le traitement auquel la personne visée peut raisonnablement s'attendre dans l'État requérant est clairement un facteur pertinent. L'article 7 ne s'attache pas seulement à l'acte d'extradition, mais aussi à ses conséquences potentielles. L'application de ce principe dans le contexte de l'extradition a été reconnu par le juge La Forest dans l'arrêt *Schmidt*, précité, p. 522 :

Je ne doute pas non plus que dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. À ce propos, il suffit de se référer à une affaire portée devant la Commission européenne des droits de l'homme, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, dans laquelle il a été établi que des poursuites dans le pays requérant pourraient comprendre le recours à la torture. Il est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu'une décision de livrer un fugitif afin qu'il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l'art. 7. [Nous soulignons.]

Dans leur argumentation sur la question de savoir si l'extradition sans les assurances prévues est contraire aux principes de justice fondamentale, les parties se sont appuyées abondamment sur les arrêts *Kindler* et *Ng*. Il pourrait être utile de rappé-

58

59

60

61

American citizen who had escaped to Canada after being convicted in Pennsylvania for the brutal murder of an 18-year-old who was scheduled to testify against him in a burglary case. The jury which convicted Kindler had recommended that he face the death penalty. Prior to being sentenced, he escaped to Canada. After seven months as a fugitive in Quebec, Kindler was captured and escaped again. After remaining at large for nearly two years, Kindler was recaptured. Judicial review of Kindler's surrender order was dismissed by this Court even though (unlike this case) the death penalty was no longer simply a possibility. It had already been recommended by the jury. Nevertheless, we held that the Minister was entitled to extradite without assurances.

ler les faits de ces affaires. Kindler était un citoyen américain qui s'était enfui au Canada après avoir été déclaré coupable, en Pennsylvanie, du meurtre sauvage d'une personne âgée de 18 ans qui devait témoigner contre lui dans une affaire de cambriolage. Le jury qui avait déclaré Kindler coupable avait recommandé qu'on lui inflige la peine de mort. Avant le prononcé de sa peine, ce dernier s'est enfui au Canada. Après avoir passé sept mois comme fugitif au Québec, Kindler a été capturé, mais il s'est échappé une fois de plus. Après être demeuré en fuite pendant presque deux ans, Kindler a été capturé de nouveau. La demande de contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition visant Kindler a été rejetée par notre Cour, même si (contrairement à la présente affaire) la peine de mort n'était plus simplement une possibilité. Elle avait en effet été recommandée par le jury. Notre Cour a néanmoins estimé que le ministre avait le droit d'extrader sans les assurances prévues.

62

In the companion appeal, the respondent Ng was a British subject born in Hong Kong and subsequently resident in the United States. He had been arrested in Calgary after shooting at two department store security guards who tried to apprehend him for shoplifting. Once his identity was established, he was extradited to the State of California to face numerous charges of murder. He has since been convicted and sentenced to death for murdering 11 people — six men, three women and two baby boys — during what one newspaper described as a “spree of sexual torture and murder in rural California”. In that case, as well, the Minister was held to have the power, though not the duty, to extradite without assurances.

Dans le pourvoi connexe, l'intimé Ng était un citoyen britannique qui était né à Hong Kong puis était devenu plus tard résident des États-Unis. Il avait été arrêté à Calgary après avoir fait feu sur deux gardiens de sécurité d'un grand magasin qui tentaient de l'appréhender pour vol à l'étalage. Une fois son identité établie, il a été extradé vers l'État de la Californie, où pesaient contre lui de nombreuses accusations de meurtre. Il a depuis été déclaré coupable et condamné à mort pour le meurtre de 11 personnes — six hommes, trois femmes et deux bébés de sexe masculin — au cours de ce qu'un journal a qualifié de [TRADUCTION] « vague de meurtres et de tortures sexuelles dans la campagne californienne ». Dans cette affaire également, il a été jugé que le ministre avait le pouvoir, mais non le devoir, d'extrader sans les assurances prévues.

63

The respondents submit that even if the analytical framework developed in *Kindler* and *Ng* is accepted (i.e., balancing “the conflicting considerations” or “factors”: *Kindler*, at p. 850), the result of those cases should not determine the outcome here. *Kindler* and *Ng* should either be distinguished on the facts or revisited on the weight to be given to the “factor” of capital punishment

Les intimés soutiennent que, même si l'on acceptait le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Kindler* et *Ng* (c'est-à-dire la prise en compte des « arguments contraires » ou « facteurs » de cette nature : *Kindler*, p. 850) l'issue de ces affaires ne doit pas déterminer celle du présent cas. Les arrêts *Kindler* et *Ng* devraient soit être distingués de la présente affaire sur la base des faits, soit être

because of changed circumstances in the 10 years since those cases were decided.

6. *The Proper Analytical Approach (the “Balancing Process”) Was Set Out by this Court in its Decisions in Kindler and Ng*

It is important to recognize that neither *Kindler* nor *Ng* provides a blanket approval to extraditions to face the death penalty. In *Kindler*, La Forest J., at p. 833, referred to a s. 7 “balancing process” in which “the global context must be kept squarely in mind”. At p. 835, he acknowledged the possible existence of circumstances that “may constitutionally vitiate an order for surrender”.

It is inherent in the *Kindler* and *Ng* balancing process that the outcome may well vary from case to case depending on the mix of contextual factors put into the balance. Some of these factors will be very specific, such as the mental condition of a particular fugitive. Other factors will be more general, such as the difficulties, both practical and philosophic, associated with the death penalty. Some of these factors will be unchanging; others will evolve over time. The outcome of this appeal turns more on the practical and philosophic difficulties associated with the death penalty that have increasingly preoccupied the courts and legislators in Canada, the United States and elsewhere rather than on the specific circumstances of the respondents in this case. Our analysis will lead to the conclusion that in the absence of exceptional circumstances, which we refrain from trying to anticipate, assurances in death penalty cases are always constitutionally required.

The Minister approached this extradition decision on the basis of the law laid down in *Kindler* and *Ng* and related cases. Having regard to some of the expressions used in the case law, he con-

réexaminés au regard du poids qu’il convient d’accorder au « facteur » de la peine de mort en raison de l’évolution de la situation aux cours des 10 années qui se sont écoulées depuis le prononcé de ces arrêts.

6. *La démarche analytique applicable (le « processus de pondération ») a été décrite dans les arrêts Kindler et Ng de notre Cour*

Il est important de reconnaître que ni l’arrêt *Kindler* ni l’arrêt *Ng* ne constituent une autorisation générale permettant d’extrader des personnes passibles de la peine de mort dans l’État requérant. Dans *Kindler*, p. 833, le juge La Forest a fait état, relativement à l’art. 7, de l’application d’un « processus de pondération » dans lequel « il faut carrément tenir compte du contexte global ». À la page 835, il a reconnu l’existence possible de circonstances qui « peuvent vicier un arrêté d’extradition du point de vue constitutionnel ».

L’une des caractéristiques inhérentes du processus de pondération des arrêts *Kindler* et *Ng* est que le résultat peut très bien varier d’une affaire à l’autre, selon les facteurs contextuels mis en balance. Certains de ces facteurs seront très particuliers, notamment l’état mental du fugitif, alors que d’autres facteurs seront plus généraux, par exemple les difficultés — tant d’ordre pratique que philosophique — que soulève la peine de mort. Certains de ces facteurs ne changeront pas alors que d’autres évolueront avec le temps. L’issue du présent pourvoi dépend davantage des difficultés d’ordre pratique et philosophique que soulève la peine de mort elle-même, qui préoccupent de plus en plus les tribunaux et les législateurs du Canada, des États-Unis et d’ailleurs dans le monde, que de la situation particulière des intimés en l’espèce. Notre analyse aboutira à la conclusion que, sauf circonstances exceptionnelles, que nous nous abstenons d’essayer de prévoir, la Constitution exige les assurances prévues et ce dans tous les cas où la peine de mort risque d’être infligée.

Le ministre a examiné la présente affaire d’extradition en se servant du critère établi dans les arrêts *Kindler* et *Ng* et les affaires connexes. À la lumière de certaines expressions utilisées dans la

64

65

66

cluded that the possibility of the death penalty does not pose a situation that is “simply unacceptable” (*Allard, supra*, at p. 572), nor would surrender of the respondents without assurances “shoc[k] the conscience” of Canadians (*Schmidt, supra*, at p. 522; *Kindler, supra*, and *Ng, supra*) or violate “the Canadian sense of what is fair and right” (*per* McLachlin J. in *Kindler*, at p. 850). A similar pre-*Charter* formulation was applied in a death penalty case under the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, where Laskin C.J. asked “whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency” in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688.

jurisprudence, il a estimé, d’une part, que la possibilité que la peine de mort soit infligée ne crée pas une situation qui est « simplement inacceptable » (*Allard, précité*, p. 572), et, d’autre part, que la remise des intimés sans les assurances prévues n’aurait pas non plus pour effet de « choquer la conscience » des Canadiens (*Schmidt, précité*, p. 522; *Kindler* et *Ng, précités*) ni de porter atteinte « au sens de ce qui est juste et équitable au Canada » (*Kindler*, le juge McLachlin, p. 850). Un énoncé analogue, antérieur à l’adoption de la *Charte*, a été appliqué dans une affaire de peine de mort examinée au regard de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, où le juge en chef Laskin s’est demandé « si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688.

67

While we affirm that the “balancing process” set out in *Kindler* and *Ng* is the correct approach, the phrase “shocks the conscience” and equivalent expressions are not to be taken out of context or equated to opinion polls. The words were intended to underline the very exceptional nature of circumstances that would constitutionally limit the Minister’s decision in extradition cases. The words were not intended to signal an abdication by judges of their constitutional responsibilities in matters involving fundamental principles of justice. In this respect, Canadian courts share the duty described by President Arthur Chaskalson of the Constitutional Court of South Africa in declaring unconstitutional the death penalty in that country:

Bien que nous confirmions que le « processus de pondération » énoncé dans les arrêts *Kindler* et *Ng* soit la bonne approche, les mots « choc de la conscience » et autres expressions équivalentes ne doivent pas être pris hors contexte ni assimilés aux sondages d’opinion. Ces mots tendaient plutôt à souligner la nature très exceptionnelle de circonstances qui, sur le plan constitutionnel, limiteraient la portée de la décision du ministre dans les affaires d’extradition. Ils ne visaient pas à signaler l’abdication par les juges de leurs responsabilités constitutionnelles dans des affaires faisant intervenir des principes de justice fondamentale. À cet égard, les tribunaux canadiens ont eux aussi l’obligation qu’a décrite ainsi le président Arthur Chaskalson de la Cour constitutionnelle d’Afrique du Sud, lorsqu’il a déclaré la peine de mort inconstitutionnelle dans ce pays :

Public opinion may have some relevance to the enquiry, but, in itself, it is no substitute for the duty vested in the Courts to interpret the Constitution and to uphold its provisions without fear or favour. If public opinion were to be decisive, there would be no need for constitutional adjudication. The protection of rights could then be left to Parliament, which has a mandate from the public, and is answerable to the public for the way its mandate is exercised . . . The very reason for establishing the new legal order, and for vesting the power of judicial review of all legislation in the courts, was to protect the rights of minorities and others who

[TRANSDUCTION] Il est possible que l’opinion publique ait une certaine pertinence pour l’enquête, mais elle ne peut en soi remplacer l’obligation qui incombe aux tribunaux d’interpréter la Constitution et de faire respecter ses dispositions sans crainte ni favoritisme. En effet, si l’opinion publique était le facteur décisif, il ne servirait à rien de former des litiges constitutionnels. La tâche de protéger les droits pourrait alors être laissée au Parlement, qui reçoit son mandat du public et qui répond devant celui-ci de la manière dont il s’en acquitte [. . .] La raison même pour laquelle on a établi un nouvel ordre juridique et investi les tribunaux du pouvoir de

cannot protect their rights adequately through the democratic process. Those who are entitled to claim this protection include the social outcasts and marginalised people of our society. It is only if there is a willingness to protect the worst and the weakest amongst us that all of us can be secure that our own rights will be protected.

(*S. v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391, at para. 88)

Use of the “shocks the conscience” terminology was intended to convey the exceptional weight of a factor such as the youth, insanity, mental retardation or pregnancy of a fugitive which, because of its paramount importance, may control the outcome of the *Kindler* balancing test on the facts of a particular case. The terminology should not be allowed to obscure the ultimate assessment that is required: namely whether or not the extradition is in accordance with the principles of fundamental justice. The rule is not that departures from fundamental justice are to be tolerated unless in a particular case it shocks the conscience. An extradition that violates the principles of fundamental justice will always shock the conscience. The important inquiry is to determine what constitutes the applicable principles of fundamental justice in the extradition context.

The “shocks the conscience” language signals the possibility that even though the rights of the fugitive are to be considered in the context of other applicable principles of fundamental justice, which are normally of sufficient importance to uphold the extradition, a particular treatment or punishment may sufficiently violate our sense of fundamental justice as to tilt the balance against extradition. Examples might include stoning to death individuals taken in adultery, or lopping off the hands of a thief. The punishment is so extreme that it becomes the controlling issue in the extradition and overwhelms the rest of the analysis. The respondents contend that now, unlike perhaps in

contrôler toute mesure législative était de protéger les droits des membres des minorités et des autres individus qui ne sont pas en mesure de protéger adéquatement leurs droits dans le cadre du processus démocratique. Parmi les personnes qui peuvent se réclamer de cette protection, mentionnons celles que notre société a rejetées et marginalisées. Ce n'est que si nous sommes disposés à protéger les individus de la pire espèce ainsi que les plus faibles d'entre nous que nous pourrions tous être certains que nos propres droits seront protégés.

(*S. c. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391, par. 88)

L'utilisation des mots « choc de la conscience » visait à souligner le poids exceptionnel de facteurs tels que la jeunesse, l'aliénation mentale, la déficience intellectuelle ou la grossesse du fugitif, facteurs qui, en raison de leur importance cruciale, peuvent déterminer l'issue du processus de pondération de l'arrêt *Kindler* eu égard aux faits d'une affaire donnée. Il ne faut pas laisser les mots utilisés obscurcir la question qui doit être tranchée en bout de ligne, soit celle de savoir si l'extradition est compatible avec les principes de justice fondamentale. La règle ne dit pas que les dérogations aux principes de justice fondamentale doivent être tolérées à moins que, dans un cas donné, la dérogation ne choque la conscience. Une extradition qui viole les principes de justice fondamentale choquera toujours la conscience. Ce qu'il importe de déterminer, ce sont les principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans le contexte de l'extradition.

Les mots « choc de la conscience » indiquent que, — bien que les droits du fugitif doivent être examinés au regard d'autres principes de justice fondamentale applicables qui sont en règle générale suffisamment importants pour justifier l'extradition —, il est possible qu'un traitement ou une peine donné viole notre sens de la justice fondamentale au point de faire pencher la balance à l'encontre de la décision d'extrader. On pourrait citer comme exemples des peines qui consisteraient à lapider des personnes adultères ou à trancher les mains des voleurs. Dans de tels cas, la peine est si extrême qu'elle devient un facteur déterminant dans la décision d'extrader ou non et qu'elle domine tous les autres aspects de l'analyse. Les intimés soutiennent qu'aujourd'hui, contrairement

68

69

1991 when *Kindler* and *Ng* were decided, capital punishment is the issue.

7. *The Principles of Fundamental Justice Are to Be Found in "The Basic Tenets of Our Legal System"*

70

The content of the "principles of fundamental justice" was initially explored by Lamer J. (as he then was) in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters. [Emphasis added.]

71

The distinction between "general public policy" on the one hand and "the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system" is of particular importance in a death penalty case. The broader aspects of the death penalty controversy, including the role of retribution and deterrence in society, and the view that capital punishment is inconsistent with the sanctity of human life, are embedded in the basic tenets of our legal system, but they also reflect philosophic positions informed by beliefs and social science evidence outside "the inherent domain of the judiciary". The narrower aspects of the controversy are concerned with the investigation, prosecution, defence, appeal and sentencing of a person within the framework of the criminal law. They bear on the protection of the innocent, the avoidance of miscarriages of justice, and the rectification of miscarriages of justice where they are found to exist. These considerations are central to the preoccupation of the courts, and directly engage the responsibility of judges "as guardian[s] of the justice system". We regard the present controversy in Canada and the United

peut-être à la situation qui régnait en 1991, lorsque les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus, la peine de mort est la question en cause.

7. *Les principes de justice fondamentale se trouvent dans « les préceptes fondamentaux de notre système juridique »*

La question du contenu des « principes de justice fondamentale » a d'abord été examinée par le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 503 :

... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression « principes de justice fondamentale » est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale. [Nous soulignons.]

La distinction entre « l'ordre public en général » d'une part et le « pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » d'autre part revêt une importance particulière dans les affaires où la peine de mort est susceptible d'être infligée. Les aspects plus généraux de la controverse que suscite la peine de mort, y compris le rôle du châtement et de la dissuasion dans la société et le point de vue selon lequel la peine de mort est incompatible avec le caractère sacré de la vie humaine, font non seulement partie intégrante des préceptes fondamentaux de notre système juridique, mais ils reflètent également des positions reposant sur des convictions et des éléments de preuve fondés sur les sciences sociales qui ne relèvent pas du « pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire ». Les aspects plus étroits de la controverse touchent l'enquête, la poursuite, la défense, l'appel et la détermination de la peine dans le cadre du droit criminel. Ils visent à protéger les innocents ainsi qu'à prévenir les erreurs judiciaires et à corriger celles qui surviennent. Ces considérations sont au cœur du souci premier des

States over possible miscarriages of justice in murder convictions (discussed more fully below) as falling within the second category, and therefore as engaging the special responsibility of the judiciary for the protection of the innocent.

8. *Factors that Arguably Favour Extradition Without Assurances*

Within this overall approach, a number of the “basic tenets of our legal system” relevant to this appeal may be found in previous extradition cases:

- that individuals accused of a crime should be brought to trial to determine the truth of the charges (see *Cotroni, supra*, at pp. 1487 and 1495), the concern in this case being that if assurances are sought and refused, the Canadian government could face the possibility that the respondents might avoid a trial altogether;

- that justice is best served by a trial in the jurisdiction where the crime was allegedly committed and the harmful impact felt (*Mellino, supra*, at pp. 555 and 558; *Idziak, supra*, at p. 662; and see *Cotroni, supra*, at p. 1488);

- that individuals who choose to leave Canada leave behind Canadian law and procedures and must generally accept the local law, procedure and punishments which the foreign state applies to its own residents. As Wilson J., dissenting in the result in *Cotroni, supra*, stated at p. 1510: “A Canadian citizen who leaves Canada for another state must expect that he will be answerable to the justice system of that state in respect of his conduct there”. See also *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 50; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, at para. 24; *Schreiber v.*

tribunaux et font directement intervenir la responsabilité des juges « en tant que gardien[s] du système judiciaire ». Nous estimons que la controverse qui a cours actuellement au Canada et aux États-Unis relativement à la possibilité que des erreurs judiciaires entachent des déclarations de culpabilité pour meurtre (question qui est examinée plus en profondeur plus loin) relève de la deuxième catégorie et, en conséquence, fait intervenir la responsabilité particulière qu’a l’appareil judiciaire de protéger les innocents.

8. *Les principes de justice fondamentale qui, peuvent soutenir, militent en faveur de l’extradition sans les assurances prévues*

Dans le contexte de cette approche globale, un certain nombre des « préceptes fondamentaux de notre système juridique » pertinents dans le cadre du présent pourvoi peuvent être dégagés d’autres affaires d’extradition :

- Le principe selon lequel les personnes accusées d’un crime doivent être traduites en justice pour qu’il soit statué sur la véracité des accusations pesant contre elles (voir *Cotroni*, précité, p. 1487 et 1495), la crainte en l’espèce étant que, si des assurances sont demandées et refusées, le gouvernement canadien pourrait voir les intimés éviter tout procès.

- Le principe selon lequel les intérêts de la justice sont mieux servis par la tenue du procès dans le ressort où le crime aurait été commis et où les effets préjudiciables se seraient fait sentir (*Mellino*, précité, p. 555 et 558; *Idziak*, précité, p. 662; et voir *Cotroni*, précité, p. 1488).

- Le principe selon lequel les personnes qui décident de quitter le Canada laissent derrière elles le droit canadien et ses procédures et doivent généralement accepter les lois, procédures et peines que l’État étranger où elles se trouvent applique à ses propres citoyens. Comme l’a dit le juge Wilson, dissidente quant au résultat dans *Cotroni*, p. 1510 : « Un citoyen canadien qui se rend dans un autre État doit s’attendre à devoir répondre de sa conduite là-bas devant la justice de cet État ». Voir également *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 50; *R. c. Terry*, [1996]

Canada (Attorney General), [1998] 1 S.C.R. 841, at para. 23, per Lamer C.J.; *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (B.C.C.A.), at p. 535, per Taylor J.A.;

- that extradition is based on the principles of comity and fairness to other cooperating states in rendering mutual assistance in bringing fugitives to justice (*Mellino, supra*, at p. 551; and see *Idziak, supra*, at p. 663); subject to the principle that the fugitive must be able to receive a fair trial in the requesting state (*Mellino, supra*, at p. 558; *Allard, supra*, at p. 571).

73

A state seeking Canadian cooperation today may be asked to yield up a fugitive tomorrow. The extradition treaty is part of an international network of mutual assistance that enables states to deal both with crimes in their own jurisdiction and transnational crimes with elements that occur in more than one jurisdiction. Given the ease of movement of people and things from state to state, Canada needs the help of the international community to fight serious crime within our own borders. Some of the states from whom we seek cooperation may not share our constitutional values. Their cooperation is nevertheless important. The Minister points out that Canada satisfies itself that certain minimum standards of criminal justice exist in the foreign state before it makes an extradition treaty in the first place.

74

The Minister argues, very fairly, that expressions of judicial deference to ministerial extradition decisions extend in an unbroken line from *Schmidt* to *Kindler*. Such deference, taken together with the proposition that an individual (including a Canadian) who commits crimes in another state “must expect [to be] answerable to the justice system of that state in respect of his conduct there” (*Cotroni, supra*, at p. 1510), provides a sufficient basis, the Minister says, for upholding the extradition without assurances.

2 R.C.S. 207, par. 24; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 23, le juge en chef Lamer; *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (C.A.C.-B.), p. 535, le juge Taylor.

- Le principe selon lequel l’extradition est fondée sur les principes de courtoisie et d’équité envers les autres États qui collaborent afin de traduire en justice les fugitifs (*Mellino, précité*, p. 551; voir également *Idziak, précité*, p. 663); sous réserve du principe que le fugitif doit pouvoir compter sur un procès équitable dans l’État requérant (*Mellino, précité*, p. 558; *Allard, précité*, p. 571).

L’État qui sollicite la coopération du Canada aujourd’hui pourrait se voir demander de livrer un fugitif demain. Le traité d’extradition est une composante d’un réseau international d’entraide qui permet aux États de lutter contre les crimes commis sur leur propre territoire et contre les crimes transnationaux qui comportent des éléments survenant dans divers pays. Vu la facilité avec laquelle les personnes et les choses circulent d’un État à l’autre, le Canada a besoin de l’aide de la communauté internationale pour lutter contre les crimes graves commis à l’intérieur de ses propres frontières. Il est possible que certains des États dont nous demandons la coopération ne partagent pas nos valeurs constitutionnelles. Cependant, leur collaboration n’en demeure pas moins importante. Le ministre souligne que, comme condition préalable à la conclusion d’un traité d’extradition avec un État étranger, le Canada s’assure d’abord que certaines normes minimales de la justice criminelle sont respectées dans cet État.

La ministre affirme, à très juste titre, que depuis l’arrêt *Schmidt* jusqu’à l’arrêt *Kindler* les tribunaux ont invariablement fait montre de déférence envers les décisions ministérielles en matière d’extradition. De dire la ministre, cette déférence conjugquée à la proposition que la personne (y compris un Canadien) qui commet des crimes dans un autre État « doit s’attendre à devoir répondre de sa conduite là-bas devant la justice de cet État » (*Cotroni, précité*, p. 1510), est suffisante pour justifier l’extradition sans les assurances prévues.

9. *Countervailing Factors that Arguably Favour Extradition Only with Assurances*

We now turn to the factors that appear to weigh against extradition without assurances that the death penalty will not be imposed.

(a) Principles of Criminal Justice as Applied in Canada

The death penalty has been rejected as an acceptable element of criminal justice by the Canadian people, speaking through their elected federal representatives, after years of protracted debate. Canada has not executed anyone since 1962. Parliament abolished the last legal vestiges of the death penalty in 1998 (*An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35) some seven years after the decisions of this Court in *Kindler* and *Ng*. In his letter to the respondents, the Minister of Justice emphasized that “in Canada, Parliament has decided that capital punishment is not an appropriate penalty for crimes committed here, and I am firmly committed to that position.”

While government policy at any particular moment may or may not be consistent with principles of fundamental justice, the fact that successive governments and Parliaments over a period of almost 40 years have refused to inflict the death penalty reflects, we believe, a fundamental Canadian principle about the appropriate limits of the criminal justice system.

We are not called upon in this appeal to determine whether capital punishment would, if authorized by the Canadian Parliament, violate s. 12 of the *Charter* (“cruel and unusual treatment or punishment”), and if so in what circumstances. It is, however, incontestable that capital punishment, whether or not it violates s. 12 of the *Charter*, and whether or not it could be upheld under s. 1, engages the underlying values of the prohibition

9. *Les facteurs opposés qui, peut-on soutenir, militent en faveur de l’extradition seulement si elle est assortie des assurances prévues*

Nous allons maintenant examiner les facteurs qui semblent militer à l’encontre de l’extradition sans la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée.

a) Les principes de justice criminelle tels qu’ils sont appliqués au Canada

La population canadienne, s’exprimant par la voix de ses députés fédéraux après des années de très longs débats, a rejeté la peine de mort en tant qu’aspect acceptable de la justice criminelle. Le Canada n’a exécuté personne depuis 1962. En 1998, le législateur fédéral a supprimé de ses textes de loi les derniers vestiges de la peine de mort (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35), soit sept années environ après les arrêts *Kindler* et *Ng* de notre Cour. Dans sa lettre aux intimés, le ministre de la Justice a souligné le fait que, [TRADUCTION] « au Canada, le législateur fédéral a décidé que la peine de mort ne constituait pas une peine convenable pour sanctionner les crimes commis dans notre pays, et je souscris pleinement à ce point de vue ».

Bien que, à un moment ou à un autre, la politique gouvernementale puisse être compatible ou incompatible avec des principes de justice fondamentale, le fait que les gouvernements et les parlements qui se sont succédé au cours d’une période de presque 40 ans aient refusé d’infliger la peine de mort reflète, selon nous, un principe canadien fondamental quant aux limites appropriées du système de justice criminelle.

Dans le présent pourvoi, nous ne sommes pas appelés à déterminer si, à supposer qu’elle serait autorisée par le Parlement canadien, la peine de mort violerait l’art. 12 de la *Charte* (« peines cruelles et inusitées ») et si oui dans quelles circonstances. Il est cependant indéniable que la peine capitale — qu’elle viole ou non l’art. 12 de la *Charte* et qu’elle puisse ou non être justifiée au regard de l’article premier — fait intervenir les

75

76

77

78

against cruel and unusual punishment. It is final. It is irreversible. Its imposition has been described as arbitrary. Its deterrent value has been doubted. Its implementation necessarily causes psychological and physical suffering. It has been rejected by the Canadian Parliament for offences committed within Canada. Its potential imposition in this case is thus a factor that weighs against extradition without assurances.

(b) The Abolition of the Death Penalty Has Emerged as a Major Canadian Initiative at the International Level, and Reflects a Concern Increasingly Shared by Most of the World's Democracies

79

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. expressly recognized that international law and opinion is of use to the courts in elucidating the scope of fundamental justice, at p. 512:

[Principles of fundamental justice] represent principles which have been recognized by the common law, the international conventions and by the very fact of entrenchment in the *Charter*, as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law.

80

Dickson C.J. made a similar observation in *Slaight Communications*, *supra*, at pp. 1056-57:

... Canada's international human rights obligations should inform not only the interpretation of the content of the rights guaranteed by the *Charter* but also the interpretation of what can constitute pressing and substantial s. 1 objectives which may justify restrictions upon those rights. [Emphasis added.]

Further in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 348, Dickson C.J. stated:

The various sources of international human rights law — declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, customary norms — must, in my opinion, be relevant and

valeurs qui sont à la base de l'interdiction des peines cruelles et inusitées. Elle a un caractère définitif. Elle est irréversible. Son infliction a été qualifiée d'arbitraire. Sa valeur dissuasive est mise en doute. Son exécution cause nécessairement des souffrances physiques et psychologiques. Elle a été rejetée par le Parlement canadien pour les infractions commises au Canada. Le fait qu'elle risque d'être infligée en l'espèce est donc un facteur qui milite à l'encontre de l'extradition sans les assurances prévues.

b) L'abolition de la peine de mort est l'objet d'une importante initiative canadienne à l'échelle internationale et reflète une préoccupation croissante en matière de justice dans la plupart des démocraties

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 512, le juge Lamer a expressément reconnu que le droit international et l'opinion internationale sont utiles aux tribunaux pour déterminer la nature de la justice fondamentale :

[Les principes de justice fondamentale] représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la *Charte*, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

Le juge en chef Dickson a fait une observation analogue dans *Slaight Communications*, précité, p. 1056-1057 :

... les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la *Charte*, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits. [Nous soulignons.]

En outre, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 348, le juge en chef Dickson a dit ceci :

Les diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi-judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières —

persuasive sources for interpretation of the *Charter's* provisions.

See also *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 750 and 790-91.

Although this particular appeal arises in the context of Canada's bilateral extradition arrangements with the United States, it is properly considered in the broader context of international relations generally, including Canada's multilateral efforts to bring about change in extradition arrangements where fugitives may face the death penalty, and Canada's advocacy at the international level of the abolition of the death penalty itself.

(i) *International Initiatives Opposing Extradition Without Assurances*

A provision for assurances is found in the extradition arrangements of countries other than Canada and the United States. Article 11 of the Council of Europe's *European Convention on Extradition*, Eur. T.S. No. 24, signed December 13, 1957, is virtually identical to Article 6 of the Canada-U.S. treaty. To the same effect is Article 4(d) of the *Model Treaty on Extradition* passed by the General Assembly of the United Nations in December 1990 which states that extradition may be refused:

(d) If the offence for which extradition is requested carries the death penalty under the law of the requesting State, unless that State gives such assurance as the requested State considers sufficient that the death penalty will not be imposed or, if imposed, will not be carried out;

We are told that from 1991 onwards Article 4(d) has gained increasing acceptance in state practice. Amnesty International submitted that Canada currently is the only country in the world, to its knowledge, that has abolished the death penalty at home but continues to extradite without assurances to face the death penalty abroad. Counsel for the

doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte*.

Voir également *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 750 et 790-791.

Bien que le présent pourvoi se soulève dans le contexte des arrangements bilatéraux d'extradition entre le Canada et les États-Unis, il est à juste titre examiné dans le contexte plus large des relations internationales en général, y compris les initiatives multilatérales auxquelles participe le Canada en vue de la modification des arrangements en matière d'extradition pour tenir compte du cas des fugitifs recherchés par des pays où ils risquent la peine de mort, et le fait que le Canada préconise, à l'échelle internationale, l'abolition de la peine de mort elle-même.

(i) *Initiatives internationales dénonçant les extraditions non assorties des assurances prévues*

Des arrangements en matière d'extradition conclus par d'autres pays que le Canada et les États-Unis comportent également des dispositions concernant les assurances relatives à la peine de mort. L'article 11 de la *Convention européenne d'extradition* du Conseil de l'Europe, S.T.E. n° 24, qui a été signée le 13 décembre 1957, est pratiquement identique à l'article 6 du traité Canada-É.-U. Une disposition au même effet est l'al. 4d) du *Traité type d'extradition* adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1990, qui précise que l'extradition peut être refusée :

d) Si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est punie de mort dans l'État requérant, sauf si celui-ci donne à l'État requis des assurances suffisantes à l'effet que la peine de mort ne sera pas prononcée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée;

On nous informe que, depuis 1991, l'al. 4d) est de plus en plus accepté en pratique par les États. Amnesty Internationale a affirmé que, autant qu'elle sache, le Canada est présentement le seul État au monde qui, même s'il a aboli la peine de mort sur son territoire, continue d'extrader des individus vers des pays où ils sont passibles d'une

81

82

83

Minister, while not conceding the point, did not refer us to any evidence of state practice to contradict this assertion.

84

The United Nations Commission on Human Rights Resolutions 1999/61 (adopted April 28, 1999) and 2000/65 (adopted April 27, 2000) call for the abolition of the death penalty, and in terms of extradition state that the Commission

[r]equests States that have received a request for extradition on a capital charge to reserve explicitly the right to refuse extradition in the absence of effective assurances from relevant authorities of the requesting State that capital punishment will not be carried out;

Canada supported these initiatives. When they are combined with other examples of Canada's international advocacy of the abolition of the death penalty itself, as described below, it is difficult to avoid the conclusion that in the Canadian view of fundamental justice, capital punishment is unjust and it should be stopped.

(ii) *International Initiatives to Abolish the Death Penalty*

85

As stated, there have been important initiatives within the international community denouncing the death penalty, with the government of Canada often in the forefront. These include: *Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Report by the Special Rapporteur*, U.N. Doc. E/CN.4/1997/60, at para. 79; *Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/51/457, at para. 145; United Nations Commission on Human Rights Resolutions 1997/12 (Canada voted in favour), 1998/8 (Canada sponsored the resolution and voted in favour), and 1999/61 and 2000/65 (discussed, *supra*). In this connection, Canada's representative is reported as stating to the Commission as follows:

telle peine sans demander les assurances prévues. Quoiqu'il n'ait pas concédé ce point, l'avocat de la ministre ne nous a soumis aucun élément de preuve faisant état de pratiques, par des États, qui réfuterait cette affirmation.

Les résolutions 1999/61 (adoptée le 28 avril 1999) et 2000/65 (adoptée le 27 avril 2000) de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies engagent à l'abolition de la peine de mort, mais en ce qui concerne l'extradition elles précisent que la Commission

[p]rie les États qui ont reçu une demande d'extradition concernant une personne qui encourt la peine de mort de se réserver explicitement le droit de refuser l'extradition s'ils ne reçoivent pas des autorités compétentes de l'État demandeur des assurances concrètes que la peine capitale ne sera pas appliquée.

Le Canada a appuyé ces initiatives. Lorsque l'on tient compte de ces initiatives et du fait que le Canada préconise, à l'échelle internationale, l'abolition de la peine de mort elle-même, comme on le verra plus loin, il est difficile de faire autrement que de conclure que, selon la vision canadienne de la justice fondamentale, la peine capitale est injuste et devrait être abolie.

(ii) *Initiatives internationales préconisant l'abolition de la peine de mort*

Comme il a été mentionné plus tôt, d'importantes mesures dénonçant la peine de mort ont été prises à l'échelle internationale, le gouvernement canadien jouant souvent un rôle de premier plan à cet égard. Parmi ces mesures, mentionnons les suivantes : *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Rapport présenté par le Rapporteur spécial*, Doc. N.U. E/CN.4/1997/60, par. 79; *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/51/457, par. 145; résolutions de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies 1997/12 (le Canada a voté en faveur), 1998/8 (le Canada a parrainé la résolution et voté en sa faveur), 1999/61 et 2000/65 (examinées plus tôt). À cet égard, le représentant du Canada aurait affirmé ce qui suit à la Commission :

Suggestions that national legal systems needed merely to take into account international laws was inconsistent with international legal principles. National legal systems should make sure they were in compliance with international laws and rights, in particular when it came to the right to life.

(Press Release HR/CN/788 (April 7, 1997))

See also resolutions adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (Resolution 1044 (1994)) and the European Parliament (resolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 and 0542/97 (1997)) calling on all countries to abolish the death penalty, and the declaration of June 29, 1998 of the European Union's General Affairs Council stating that: "The [European Union] will work towards the universal abolition of the death penalty as a strongly held policy now agreed by all [European Union] Member States".

Abolition is also the policy of the *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty*, G.A. Res. 44/128 (December 15, 1989) (in force in 1991); Canada's position is still being given "careful consideration": U.N. Doc. A/46/40, at paras. 64-65, and see generally W. A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2nd ed. 1997), at p. 176; the *Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty* (1990) (Organization of American States), 29 I.L.M. 1447; and *Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty* (the Council of Europe), Eur. T.S. No. 114, which contain similar prohibitions on state parties to those Protocols. A significant number of countries have signed or ratified the latter Protocol since *Kindler* and *Ng* were decided: see Council of Europe, *The Death Penalty: Abolition in Europe* (May 1999), at pp. 169-84.

[TRADUCTION] La suggestion voulant qu'il suffise que les systèmes juridiques nationaux aient pris en compte le droit international est incompatible avec les principes juridiques internationaux. Les systèmes juridiques nationaux doivent veiller à se conformer aux règles du droit international et aux droits reconnus par celui-ci, particulièrement le droit à la vie.

(Communiqué de presse HR/CN/788 (7 avril 1997))

Voir également les résolutions adoptées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (résolution 1044 (1994)) et le Parlement européen (résolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 et 0542/97 (1997)) qui engagent tous les pays à abolir la peine de mort, et la déclaration suivante, datée du 29 juin 1998, du conseil des affaires générales de l'Union européenne : « L'Union européenne oeuvrera en faveur de l'abolition universelle de la peine de mort, objectif politique résolument poursuivi à présent par tous les États membres de l'Union européenne ».

L'abolition de la peine de mort est également la politique préconisée dans le *Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, Rés. A.G. 44/128 (15 décembre 1989) (entré en vigueur en 1991); le Canada est encore à « étudier [...] attentivement » sa position : Doc. N.U. A/46/40, par. 64-65, et voir, de façon générale, W. A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2^e éd. 1997), p. 176), le *Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort* (1990) (Organisation des États américains), et le *Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort* (le Conseil de l'Europe), S.T.E. n° 114, qui contiennent des interdictions similaires applicables aux États parties à ces protocoles. Un nombre appréciable de pays ont ratifié ou signé ce dernier protocole depuis les arrêts *Kindler* et *Ng* : voir Conseil de l'Europe, *The Death Penalty: Abolition in Europe* (mai 1999), p. 169-184.

86

87

88 It is noteworthy that the United Nations Security Council excluded the death penalty from the punishments available to the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (Resolution 827, May 25, 1993) and for Rwanda (Resolution 955, November 8, 1994), despite the heinous nature of the crimes alleged against the accused individuals. This exclusion was affirmed in the Rome Statute of the International Criminal Court, signed on December 18, 1998 and ratified on July 7, 2000 by Canada.

89 This evidence does not establish an international law norm against the death penalty, or against extradition to face the death penalty. It does show, however, significant movement towards acceptance internationally of a principle of fundamental justice that Canada has already adopted internally, namely the abolition of capital punishment.

(iii) *State Practice Increasingly Favours Abolition of the Death Penalty*

90 State practice is frequently taken as reflecting underlying legal principles. To the extent this is true in the criminal justice field, it must be noted that since *Kindler* and *Ng* were decided in 1991, a greater number of countries have become abolitionist.

91 Amnesty International reports that in 1948, the year in which the Universal Declaration of Human Rights was adopted, only eight countries were abolitionist. In January 1998, the Secretary-General of the United Nations, in a report submitted to the Commission on Human Rights (U.N. Doc. E/CN.4/1998/82), noted that 90 countries retained the death penalty, while 61 were totally abolitionist, 14 (including Canada at the time) were classified as abolitionist for ordinary crimes and 27 were considered to be abolitionist *de facto* (no executions for the past 10 years) for a total of 102 abolitionist countries. At the present time, it appears that the death penalty is now abolished (apart from exceptional offences such as treason) in 108 countries. These general statistics mask the

Il convient de souligner que le Conseil de sécurité des Nations Unies a exclu la peine de mort des peines pouvant être infligées par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (résolution 827, 25 mai 1993) et par le tribunal pénal international pour le Rwanda (résolution 955, 8 novembre 1994), et ce malgré la nature odieuse des crimes reprochés aux personnes accusées. Cette exclusion a été confirmée dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, que le Canada a signé le 18 décembre 1998 et ratifié le 7 juillet 2000.

Ces éléments de preuve n'établissent pas l'existence d'une norme de droit international prohibant la peine de mort ou l'extradition de personnes vers des pays où elles sont passibles d'une telle peine. Cependant, ils témoignent de l'existence, à l'échelle internationale, d'un important mouvement favorable à l'acceptation d'un principe de justice fondamentale déjà adopté par le Canada sur le plan interne, l'abolition de la peine capitale.

(iii) *La pratique des États milite de plus en plus en faveur de l'abolition de la peine de mort*

On considère souvent que la pratique des États reflète les principes juridiques qui la sous-tendent. Dans la mesure où on peut en dire autant du système de justice criminelle, il importe de souligner que, depuis les arrêts *Kindler* et *Ng* en 1991, un nombre plus grand de pays sont devenus abolitionnistes.

Amnistie Internationale signale que, en 1948, année de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, seulement huit pays étaient abolitionnistes. En janvier 1998, dans un rapport présenté à la Commission des droits de l'homme (Doc. N.U. E/CN.4/1998/82), le Secrétaire général des Nations Unies a souligné que 90 pays conservaient la peine de mort, tandis que 61 étaient totalement abolitionnistes, que 14 (incluant le Canada à l'époque) étaient qualifiés d'abolitionnistes pour les crimes de droit commun et que 27 étaient considérés comme abolitionnistes *de facto* (aucune exécution depuis au moins dix ans), ce qui donne un total de 102 pays abolitionnistes. À l'heure actuelle, la peine de mort paraît avoir été abolie (sauf infractions exceptionnelles telle la trahison)

important point that abolitionist states include all of the major democracies except some of the United States, India and Japan (“Dead Man Walking Out”, *The Economist*, June 10-16, 2000, at p. 21). According to statistics filed by Amnesty International on this appeal, 85 percent of the world’s executions in 1999 were accounted for by only five countries: the United States, China, the Congo, Saudi Arabia and Iran.

The existence of an international trend against the death penalty is useful in testing our values against those of comparable jurisdictions. This trend against the death penalty supports some relevant conclusions. First, criminal justice, according to international standards, is moving in the direction of abolition of the death penalty. Second, the trend is more pronounced among democratic states with systems of criminal justice comparable to our own. The United States (or those parts of it that have retained the death penalty) is the exception, although of course it is an important exception. Third, the trend to abolition in the democracies, particularly the Western democracies, mirrors and perhaps corroborates the principles of fundamental justice that led to the rejection of the death penalty in Canada.

(c) Almost All Jurisdictions Treat Some Personal Characteristics of the Fugitive as Mitigating Factors in Death Penalty Cases

Examples of potential mitigating factors include youth, insanity, mental retardation and pregnancy. In this case, the respondents rely on the fact that at the time of the crime they were 18. Article 6(5) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, to which Canada is a party, prohibits the execution of individuals who were under the age of 18 at the time of the commission of the offence. Article 37(a) of the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, states a similar proposition. Section 47 of

dans 108 pays. Ces statistiques générales ne font toutefois pas ressortir le fait important que, parmi les pays abolitionnistes, on compte toutes les grandes démocraties, sauf certains États des États-Unis ainsi que l’Inde et le Japon (« Dead Man Walking Out », *The Economist*, 10-16 juin 2000, p. 21). Selon les statistiques déposées par Amnistie Internationale dans le présent pourvoi, cinq pays comptaient à eux seuls pour 85 pour 100 des exécutions qui ont eu lieu dans le monde en 1999, soit les États-Unis, la Chine, le Congo, l’Arabie saoudite et l’Iran.

L’existence d’une tendance internationale favorable à l’abolition de la peine de mort est utile pour apprécier nos valeurs par rapport à celles d’États comparables au Canada. Cette tendance étaye certaines conclusions pertinentes. Premièrement, suivant les normes internationales, la justice criminelle tend vers l’abolition de la peine de mort. Deuxièmement, cette tendance est plus marquée dans les États démocratiques dotés d’un système de justice criminelle comparable au nôtre. Les États-Unis (ou plus précisément les parties des États-Unis qui maintiennent la peine de mort) constituent l’exception, quoiqu’il s’agisse évidemment d’une exception importante. Troisièmement, la tendance abolitionniste qui se manifeste dans les démocraties, en particulier les démocraties occidentales, reflète et vient peut-être même corroborer les principes de justice fondamentale qui ont mené à l’abolition de la peine de mort au Canada.

c) Pratiquement tous les États considèrent certaines caractéristiques personnelles des fugitifs comme des facteurs atténuants dans les affaires de peine de mort

Parmi les exemples de facteurs atténuants potentiels, mentionnons la jeunesse, l’aliénation mentale, la déficience intellectuelle et la grossesse. En l’espèce, les intimés invoquent le fait qu’ils étaient âgés de 18 ans au moment du crime. Le paragraphe 6(5) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, auquel le Canada a adhéré, interdit l’exécution de personnes qui avaient moins de 18 ans à l’époque où l’infraction a été commise. L’alinéa 37a) de la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3,

the new *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, permits the Minister in certain circumstances to refuse to surrender persons who were under 18 at the time of the offence. Canada's ratification of these international instruments, and the language of the new *Extradition Act*, support the conclusion that some degree of leniency for youth is an accepted value in the administration of justice. Section 10.95.070 of the Revised Code of Washington recognizes youth as a potential mitigating factor against imposition of the death penalty. The respondents, at 18 years of age, had just passed the borderline from ineligibility to eligibility for the death penalty in Washington State. It is worth noting that only 16 of the 38 retentionist states of the United States have an age limitation of 18 years, another 5 have chosen 17, while the others use 16 by law or judicial interpretation. It is correct that Canada would hold the respondents fully responsible for their actions under the *Criminal Code*, but Canada is an abolitionist country. The relative youth of the respondents at the time of the offence does constitute a mitigating circumstance in this case, although it must be said, a factor of limited weight.

(d) Other Factors

94

Other factors that weigh against extradition without assurances include the growing awareness of the rate of wrongful convictions in murder cases, and concerns about the "death row phenomenon", aptly described by Lord Griffiths in *Pratt v. Attorney General for Jamaica*, [1993] 4 All E.R. 769 (P.C.), at p. 783:

There is an instinctive revulsion against the prospect of hanging a man after he has been held under sentence of death for many years. What gives rise to this instinctive revulsion? The answer can only be our humanity:

contient une proposition similaire. L'article 47 de la nouvelle *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, permet au ministre de refuser, dans certaines circonstances, d'extrader des personnes qui avaient moins de 18 ans à l'époque où l'infraction a été commise. La ratification par le Canada de ces instruments internationaux et le texte de la nouvelle *Loi sur l'extradition* étayent la conclusion qu'un certain degré de clémence envers les jeunes accusés est une valeur acceptée dans l'administration de la justice. L'article 10.95.070 du Revised Code of Washington reconnaît que la jeunesse du contrevenant peut constituer un facteur atténuant militant contre l'infliction de la peine de mort. Les intimés, qui avaient 18 ans à l'époque pertinente, venaient tout juste de devenir assujettis à la peine de mort dans l'État de Washington. Il importe de souligner que, aux États-Unis, seulement 16 des 38 États qui appliquent encore la peine de mort ont fixé à 18 ans l'âge minimal d'assujettissement à cette peine et que 5 États l'ont fixée à 17 ans, alors que dans les autres États favorables au maintien de la peine de mort l'âge minimal est fixé à 16 ans soit aux termes de la loi soit par suite d'une interprétation judiciaire. Il est vrai que, suivant le *Code criminel*, les intimés seraient considérés pleinement responsables de leurs actes au Canada, mais le Canada est un pays abolitionniste. La relative jeunesse des intimés au moment des infractions constitue effectivement une circonstance atténuante en l'espèce, bien qu'il s'agisse, faut-il ajouter, d'un facteur dont le poids est limité.

d) Autres facteurs

Parmi les autres facteurs qui militent à l'encontre de l'extradition sans les assurances prévues, mentionnons la sensibilisation de plus en plus grande au taux de déclarations de culpabilité erronées dans les affaires de meurtre ainsi que les inquiétudes que soulève le « syndrome du couloir de la mort » et que lord Griffiths a judicieusement décrites ainsi dans *Pratt c. Attorney General for Jamaica*, [1993] 4 All E.R. 769 (P.C.), p. 783 :

[TRADUCTION] On éprouve instinctivement de la révolusion envers l'idée de pendre un homme qui a été détenu pendant de nombreuses années après sa condamnation à mort. Qu'est-ce qui suscite cette révolusion ins-

we regard it as an inhuman act to keep a man facing the agony of execution over a long extended period of time.

As these factors call for extended treatment, they will be dealt with separately under the headings which follow.

10. *An Accelerating Concern About Potential Wrongful Convictions Is a Factor of Increased Weight Since Kindler and Ng Were Decided*

The avoidance of conviction and punishment of the innocent has long been in the forefront of “the basic tenets of our legal system”. It is reflected in the presumption of innocence under s. 11(d) of the *Charter* and in the elaborate rules governing the collection and presentation of evidence, fair trial procedures, and the availability of appeals. The possibility of miscarriages of justice in murder cases has long been recognized as a legitimate objection to the death penalty, but our state of knowledge of the scope of this potential problem has grown to unanticipated and unprecedented proportions in the years since *Kindler* and *Ng* were decided. This expanding awareness compels increased recognition of the fact that the extradition decision of a Canadian Minister could pave the way, however unintentionally, to sending an innocent individual to his or her death in a foreign jurisdiction.

(a) The Canadian Experience

Our concern begins at home. There have been well-publicized recent instances of miscarriages of justice in murder cases in Canada. Fortunately, because of the abolition of the death penalty, meaningful remedies for wrongful conviction are still possible in this country.

The first of a disturbing Canadian series of wrongful murder convictions, whose ramifications were still being worked out when *Kindler* and *Ng* were decided, involved Donald Marshall, Jr. He

tinctive? La réponse ne peut être que notre humanité : nous considérons qu’il est inhumain de prolonger l’agonie d’un homme qui attend son exécution pendant une longue période.

Comme tous ces facteurs commandent un examen approfondi, nous les examinerons à tour de rôle sous les rubriques qui suivent.

10. *La crainte grandissante à l’égard du risque de déclaration de culpabilité erronée est un facteur de plus en plus important depuis les arrêts Kindler et Ng*

Le désir d’éviter que des innocents soient déclarés coupables et punis est depuis longtemps à l’avant plan des « préceptes fondamentaux de notre système juridique ». Cela se reflète dans la présomption d’innocence prévue à l’al. 11d) de la *Charte*, ainsi que dans les règles détaillées régissant la façon de recueillir la preuve et de la présenter, les règles de procédure visant à assurer un procès équitable et l’existence d’appels. Le risque d’erreur judiciaire dans les affaires de meurtre est depuis longtemps reconnu comme une objection légitime à la peine de mort, mais nos connaissances sur l’ampleur de ce problème potentiel ont augmenté à un rythme inattendu et sans précédent au cours des années qui ont suivi les arrêts *Kindler* et *Ng*. Cette sensibilisation grandissante à cette question appelle à une plus grande reconnaissance du fait que la décision d’un ministre canadien d’extrader une personne pourrait aboutir — même si ce n’est pas là l’intention du ministre — à l’exécution d’un innocent dans un pays étranger.

a) L’expérience canadienne

Voyons d’abord ce qui se passe au Canada. Récemment au Canada, certaines erreurs judiciaires survenues dans des affaires de meurtre ont été fortement médiatisées. Heureusement, en raison de l’abolition de la peine de mort, il est toujours possible d’accorder une réparation utile en cas de déclaration de culpabilité erronée.

La première d’une troublante série de déclarations de culpabilité erronées pour meurtre au Canada — dont on n’avait pas encore déterminé toutes les incidences lorsque les affaires *Kindler* et

95

96

97

was convicted in 1971 of murder by a Nova Scotia jury. He served 11 years of his sentence. He was eventually acquitted by the courts on the basis of new evidence. In 1989 he was exonerated by a Royal Commission which stated that:

The criminal justice system failed Donald Marshall, Jr. at virtually every turn from his arrest and wrongful conviction for murder in 1971 up to, and even beyond, his acquittal by the Court of Appeal in 1983. The tragedy of the failure is compounded by evidence that this miscarriage of justice could — and should — have been prevented, or at least corrected quickly, if those involved in the system had carried out their duties in a professional and/or competent manner. That they did not is due, in part at least, to the fact that Donald Marshall, Jr. is a Native.

(Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *Digest of Findings and Recommendations* (1989), at p. 1)

In June 1990, a further commission of inquiry recommended that Marshall receive a compensation package consisting, among other things, of a payment for pain and suffering and monthly annuity payments guaranteed over a minimum period of 30 years, at the end of which he will have received in excess of \$1 million. The miscarriage of justice in his case was known at the time *Kindler* and *Ng* were decided. What was not known was the number of other instances of miscarriages of justice in murder cases that would surface in subsequent years in both Canada and the United States.

Ng ont été décidées — est celle de Donald Marshall, Jr., qui, en 1971, a été reconnu coupable de meurtre par un jury en Nouvelle-Écosse. Après avoir purgé 11 ans de sa peine, il a finalement été acquitté par les tribunaux sur la foi de nouveaux éléments de preuve. En 1989, il a été innocenté par une commission d'enquête parlementaire qui a déclaré ceci :

[TRADUCTION] Le système de justice criminelle a failli à son devoir envers Donald Marshall Jr. pratiquement à toutes les étapes, de son arrestation et sa déclaration de culpabilité erronée pour meurtre en 1971, jusqu'à son acquittement par la Cour d'appel en 1983 et même par la suite. Le caractère tragique de ces manquements est exacerbé par la preuve que cette erreur judiciaire aurait pu — et aurait dû — être empêchée, ou à tout le moins corrigée rapidement, si les divers intervenants du système s'étaient acquittés de leurs tâches d'une manière plus compétente, professionnelle ou les deux. S'ils ne l'ont pas fait, c'est, en partie du moins, en raison du fait que Donald Marshall Jr. est un Autochtone.

(Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *Digest of Findings and Recommendations* (1989), p. 1)

En juin 1990, une autre commission d'enquête a recommandé que soient accordées à Marshall un ensemble de mesures compensatoires, dont une somme au titre de la douleur et des souffrances ainsi que des versements mensuels garantis pendant une période d'au moins 30 ans, période au terme de laquelle il aura reçu au moins un million \$. L'erreur judiciaire dont il a été victime était connue lorsque les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus. Ce qu'on ne savait pas, toutefois, c'est le nombre d'erreurs judiciaires touchant des affaires de meurtres qui seraient mises au jour au cours des années subséquentes au Canada et aux États-Unis.

98

In 1970, David Milgaard was convicted of murder by a Saskatchewan jury and sentenced to life imprisonment. He served almost 23 years in jail. On two occasions separated by almost 22 years, it was held by Canadian courts that Milgaard was given the benefit of a fair trial, initially by the Saskatchewan Court of Appeal in January 1971 in *R. v. Milgaard* (1971), 2 C.C.C. (2d) 206, leave to appeal refused (1971), 4 C.C.C. (2d) 566n, and subsequently by this Court in *Reference re*

En 1970, David Milgaard a été déclaré coupable de meurtre par un jury en Saskatchewan et condamné à l'emprisonnement à perpétuité. Il a passé près de 23 ans en prison. À deux reprises, à presque 22 ans d'intervalle, des tribunaux canadiens ont jugé que Milgaard avait eu droit à un procès équitable, d'abord la Cour d'appel de la Saskatchewan, en janvier 1970, dans *R. c. Milgaard* (1971), 2 C.C.C. (2d) 206, autorisation de pourvoi refusée (1971), 4 C.C.C. (2d) 566n, puis notre Cour dans

Milgaard (Can.), [1992] 1 S.C.R. 866. There was no probative evidence that the police had acted improperly in the investigation or in their interviews with any of the witnesses, and no evidence that there had been inadequate disclosure in accordance with the practice prevailing at the time. Milgaard was represented by able and experienced counsel. No serious error in law or procedure occurred at the trial. Notwithstanding the fact that the conviction for murder followed a fair trial, new evidence surfaced years later. This Court, on a special reference, considered that “[t]he continued conviction of Milgaard would amount to a miscarriage of justice if an opportunity was not provided for a jury to consider the fresh evidence” (p. 873). In 1994, Milgaard commenced proceedings against the Government of Saskatchewan for wrongful conviction and in 1995 he sued the provincial Attorney General personally after the latter had told the media he believed Milgaard was guilty of the murder. DNA testing in 1997 ultimately satisfied the Saskatchewan government that Milgaard had been wrongfully convicted. In May 2000 another individual was prosecuted and convicted for the same murder. His appeal is pending before the Saskatchewan Court of Appeal. Compensation in the sum of \$10 million was paid to Milgaard. The history of the wrongful conviction of David Milgaard shows that in Canada, as in the United States, a fair trial does not always guarantee a safe verdict.

Of equal concern is the wrongful conviction for murder of Guy Paul Morin who was only 25 years old when he was arrested on April 22, 1985, and charged with the first degree murder of a child named Christine Jessop who was his next door neighbour. While initially acquitted by an Ontario jury, he was found guilty at a second jury trial in 1992. DNA testing carried out while the second appeal was pending before the Ontario Court of

le *Renvoi relatif à Milgaard (Can.)*, [1992] 1 R.C.S. 866. Il n’y avait aucun élément de preuve probant indiquant que les policiers avaient agi de façon irrégulière en menant leur enquête ou en interrogeant les témoins, ni aucune preuve que la communication de la preuve avait été insuffisante au regard de la pratique en vigueur à l’époque. Milgaard avait été représenté par des avocats compétents et expérimentés. Le procès n’avait donné lieu à aucune erreur grave de droit ou de procédure. Cependant, bien que Milgaard fût condamné pour meurtre au terme d’un procès équitable, de nouveaux éléments de preuve ont été découverts de nombreuses années plus tard. Dans le cadre d’un renvoi extraordinaire, notre Cour a considéré que « [l]e maintien de la déclaration de culpabilité de Milgaard constituerait une erreur judiciaire si on ne donnait pas à un jury la possibilité d’examiner la nouvelle preuve » (p. 873). En 1994, Milgaard a entamé des procédures contre le gouvernement de la Saskatchewan pour déclaration de culpabilité erronée et, en 1995, il a poursuivi le procureur général de cette province à titre personnel après que ce dernier eût déclaré aux médias qu’il croyait Milgaard coupable du meurtre. En 1997, une analyse génétique a enfin convaincu le gouvernement de la Saskatchewan que Milgaard avait été condamné à tort. En mai 2000, une autre personne a été accusée et reconnue coupable du même meurtre. L’appel formé par cette personne en Cour d’appel de la Saskatchewan n’a pas encore été tranché. On a versé une somme de 10 millions \$ à Milgaard en guise de compensation. L’historique de la déclaration de culpabilité erronée prononcée contre David Milgaard montre qu’au Canada, tout comme aux États-Unis, un procès équitable ne garantit pas toujours un verdict sûr.

Tout aussi préoccupante est la déclaration de culpabilité pour meurtre prononcée erronément contre Guy Paul Morin. Ce dernier n’avait que 25 ans quand il a été arrêté le 22 avril 1985 et accusé du meurtre au premier degré d’une enfant, Christine Jessop, qui était sa voisine. Bien qu’un jury ontarien l’eût d’abord acquitté, il a été reconnu coupable au terme d’un deuxième procès devant jury en 1992. Une analyse génétique réali-

Appeal, more than 10 years after his initial arrest, exonerated him. His appeal was then uncontested, and he received an apology from the Attorney General of Ontario, compensation of \$1.25 million, and the establishment of a commission (the Kaufman Inquiry) to look into the causes of the wrongful conviction. In his 1998 Report, the Commissioner, a former judge of the Quebec Court of Appeal, concluded:

The case of Guy Paul Morin is not an aberration. By that, I do not mean that I can quantify the number of similar cases in Ontario or elsewhere, or that I can pass upon the frequency with which innocent persons are convicted in this province. We do not know. What I mean is that the causes of Mr. Morin's conviction are rooted in systemic problems, as well as the failings of individuals. It is no coincidence that the same systemic problems are those identified in wrongful convictions in other jurisdictions worldwide.

(Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin, *Report* (1998), vol. 2, at p. 1243)

100

Thomas Sophonow was tried three times for the murder of Barbara Stoppel. He served 45 months in jail before his conviction was overturned in 1985 by the Manitoba Court of Appeal. It was not until June 2000 that the Winnipeg police exonerated Sophonow of the killing, almost 20 years after his original conviction. The Attorney General of Manitoba recently issued an apology to Mr. Sophonow and mandated the Honourable Peter Cory, recently retired from this Court, to head a commission of inquiry which is currently looking into the conduct of the investigation and the circumstances surrounding the criminal proceedings, both to understand the past and to prevent future miscarriages of justice. The commission will also examine the issue of compensation.

101

In 1994, Gregory Parsons was convicted by a Newfoundland jury for the murder of his mother. He was sentenced to life imprisonment with no eli-

sée pendant le second appel à la Cour d'appel de l'Ontario, plus de 10 ans après son arrestation a permis de l'innocenter. Son appel n'a en conséquence pas été contesté. Le procureur général de l'Ontario lui a fait des excuses, on lui a versé une indemnité de 1,25 millions \$ et une commission d'enquête parlementaire (la « Commission Kauffman ») a été établie afin d'examiner les causes de cette déclaration de culpabilité erronée. Dans le rapport qu'il a déposé en 1998, le commissaire, un ancien juge de la Cour d'appel du Québec, a tiré la conclusion suivante :

L'affaire Guy Paul Morin ne constitue pas un cas isolé. Je ne veux pas dire, en tenant ces propos, que je suis en mesure de chiffrer le nombre d'affaires semblables en Ontario ou ailleurs, ou que je puis me prononcer sur la fréquence à laquelle des innocents sont condamnés dans cette province. Nous ne connaissons pas ces renseignements. Je veux plutôt dire que ce sont des problèmes systémiques ainsi que les lacunes de certaines personnes qui sont à l'origine de la condamnation de M. Morin. La présence des mêmes problèmes systémiques dans des condamnations injustifiées prononcées à travers le monde ne relève pas du hasard.

(Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin, *Rapport* (1998), t. 2, p. 1429)

Thomas Sophonow a été jugé à trois reprises pour le meurtre de Barbara Stoppel. Il a passé 45 mois en prison avant que sa déclaration de culpabilité ne soit annulée par la Cour d'appel du Manitoba en 1985. Ce n'est qu'en juin 2000 que la police de Winnipeg l'a innocenté, près de 20 ans après sa déclaration de culpabilité initiale. Le procureur général du Manitoba a récemment présenté des excuses à M. Sophonow et a nommé l'honorable Peter Cory, qui vient de prendre sa retraite comme juge de notre Cour, à la tête d'une commission qui examine présentement le déroulement de l'enquête et les circonstances entourant les poursuites criminelles, à la fois pour comprendre ce qui s'est produit et pour prévenir d'autres erreurs judiciaires dans le futur. La commission examinera également la question de la compensation.

En 1994, Gregory Parsons a été reconnu coupable du meurtre de sa mère par un jury à Terre-Neuve. Il a été condamné à l'emprisonnement à

gibility for parole for 15 years. Subsequently, the Newfoundland Court of Appeal overturned his conviction and ordered a new trial. Before that trial could be held, Parsons was cleared by DNA testing. The provincial Minister of Justice apologized to Parsons and his family and asked Nathaniel Noel, a retired judge, to conduct a review of the investigation and prosecution of the case and to make recommendations concerning the payment of compensation.

These miscarriages of justice of course represent a tiny and wholly exceptional fraction of the workload of Canadian courts in murder cases. Still, where capital punishment is sought, the state's execution of even one innocent person is one too many.

In all of these cases, had capital punishment been imposed, there would have been no one to whom an apology and compensation could be paid in respect of the miscarriage of justice (apart, possibly, from surviving family members), and no way in which Canadian society with the benefit of hindsight could have justified to itself the deprivation of human life in violation of the principles of fundamental justice.

Accordingly, when Canada looks south to the present controversies in the United States associated with the investigation, defence, conviction, appeal and punishment in murder cases, it is with a sense of appreciation that many of the underlying criminal justice problems are similar. The difference is that imposition of the death penalty in the retentionist states inevitably deprives the legal system of the possibility of redress to wrongfully convicted individuals.

perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle avant 15 ans. La Cour d'appel de Terre-Neuve a par la suite annulé sa condamnation et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Avant même le début de ce procès, une analyse génétique a permis d'innocenter Parsons. Le ministre de la Justice de la province a présenté des excuses à Parsons et à sa famille et il a demandé à Nathaniel Noel, juge à la retraite, d'examiner le déroulement de l'enquête et des poursuites dans cette affaire et de formuler des recommandations quant au versement d'une indemnité.

Ces erreurs judiciaires ne représentent bien entendu qu'une infime fraction, tout à fait exceptionnelle, des affaires de meurtre entendues par les tribunaux canadiens. Néanmoins, dans les cas où l'application de la peine capitale est demandée, si un seul innocent était exécuté par l'État, ce serait un de trop.

Dans toutes ces affaires, si la peine de mort avait été infligée, il n'y aurait eu personne (à part peut-être des membres toujours vivants de la famille du condamné) à qui des excuses auraient pu être présentées et une compensation aurait pu être versée pour l'erreur judiciaire, et la société canadienne n'aurait d'aucune façon pu se justifier à elle-même, après coup, l'élimination d'une vie humaine en violation des principes de justice fondamentale.

En conséquence, lorsque le Canada observe les controverses qui font rage présentement aux États-Unis relativement à l'enquête, à la défense, à la déclaration de culpabilité, à l'appel et à la peine infligée dans les affaires de meurtre, il ne peut qu'éprouver le sentiment que les deux pays partagent des problèmes fondamentaux en matière de justice criminelle. La différence est que l'infliction de la peine de mort dans les États qui appliquent encore cette sanction prive inévitablement le système juridique de la possibilité d'accorder une réparation aux personnes erronément déclarées coupables.

102

103

104

(b) The U.S. Experience

105 Concerns in the United States have been raised by such authoritative bodies as the American Bar Association which in 1997 recommended a moratorium on the death penalty throughout the United States because, as stated in an ABA press release in October 2000:

The adequacy of legal representation of those charged with capital crimes is a major concern. Many death penalty states have no working public defender systems, and many simply assign lawyers at random from a general list. The defendant's life ends up entrusted to an often underqualified and overburdened lawyer who may have no experience with criminal law at all, let alone with death penalty cases.

The U.S. Supreme Court and the Congress have dramatically restricted the ability of our federal courts to review petitions of inmates who claim their state death sentences were imposed in violation of the Constitution or federal law.

Studies show racial bias and poverty continue to play too great a role in determining who is sentenced to death.

106 The ABA takes no position on the death penalty as such (except to oppose it in the case of juveniles and the mentally retarded). Its call for a moratorium has been echoed by local or state bars in California, Connecticut, Ohio, Virginia, Illinois, Louisiana, Massachusetts, New Jersey and Pennsylvania. The ABA reports that state or local bars in Florida, Kentucky, Missouri, New Mexico, North Carolina and Tennessee are also examining aspects of the death penalty controversy.

107 On August 4, 2000, the Board of Governors of the Washington State Bar Association, being the state seeking the extradition of the respondents, unanimously adopted a resolution to review the

b) L'expérience américaine

Aux États-Unis, des organismes officiels ont exprimé des inquiétudes, notamment l'Association du Barreau américain qui, en 1997, a recommandé un moratoire à l'égard de la peine de mort dans l'ensemble des États-Unis pour les raisons suivantes, qui ont été exposées dans un communiqué de presse en octobre 2000 :

[TRADUCTION] La question de savoir si les personnes accusées d'un crime punissable de la peine de mort sont convenablement représentées par un avocat suscite une grande inquiétude. Bon nombre des États qui appliquent cette peine n'ont pas de système de défenseurs publics et de nombreux États se contentent de désigner des avocats au hasard à partir d'une liste générale. Dans de tels cas, la vie du défendeur est donc souvent confiée à un avocat débordé et ne possédant pas les compétences voulues, peut-être même sans aucune expérience en droit criminel et a fortiori dans les affaires où l'accusé risque la peine de mort.

La Cour suprême des États-Unis et le Congrès ont considérablement limité la capacité de nos tribunaux fédéraux d'examiner les requêtes des détenus qui soutiennent qu'un État leur a infligé la peine de mort en violation de la Constitution ou du droit fédéral.

Des études ont établi que les préjugés raciaux et la pauvreté continuaient de jouer un rôle important dans la détermination des personnes à qui la peine de mort est infligée.

L'ABA ne prend pas position au sujet de la peine de mort comme telle (si ce n'est qu'elle s'y oppose dans le cas des adolescents et des déficients mentaux). Sa demande de moratoire a été reprise par des barreaux locaux ou étatiques en Californie, au Connecticut, en Ohio, en Virginie, en Illinois, en Louisiane, au Massachussets, au New Jersey et en Pennsylvanie. L'ABA signale que des barreaux locaux ou étatiques en Floride, au Kentucky, au Missouri, au Nouveau-Mexique, en Caroline du Nord et au Tennessee examinent eux aussi certains aspects de la controverse entourant la peine de mort.

Le 4 août 2000, le conseil des gouverneurs de l'Association du Barreau de l'État de Washington — État qui sollicite l'extradition des intimés — a adopté à l'unanimité une résolution demandant

death penalty process. The Governor was urged to obtain a comprehensive report addressing the concerns of the American Bar Association as they apply to the imposition of the death penalty in the State of Washington. In particular, the Governor was asked to determine “[w]hether the reversal rate of capital cases from our state by the federal courts indicates any systemic problems regarding how the death penalty is being implemented in Washington State”.

Other retentionist jurisdictions in the United States have also expressed recent disquiet about the conduct of capital cases, and the imposition and the carrying out of the death penalty. These include:

(i) Early last year Governor George Ryan of Illinois, a known retentionist, declared a moratorium on executions in that state. The Governor noted that more than half the people sentenced to die there in the last 23 years were eventually exonerated of murder. Specifically, Illinois exonerated 13 death row inmates since 1977, one more than it actually executed. Governor Ryan said “. . . I have grave concerns about our state’s shameful record of convicting innocent people and putting them on death row”. He remarked that he could not support a system that has come “so close to the ultimate nightmare, the state’s taking of innocent life” (Governor Ryan Press Release, January 31, 2000).

(ii) The Illinois moratorium followed closely in the wake of a major study on wrongful convictions in death penalty cases by the *Chicago Tribune* newspaper, and a conference held at Northwestern University School of Law: see L. B. Bienen, “The Quality of Justice in Capital Cases: Illinois as a Case Study” (1998), 61 *Law & Contemp. Probs.* 193, at p. 213, fn. 103. The

l’examen du processus relatif à l’application de la peine de mort. On a exhorté le gouverneur de cet État à demander un rapport exhaustif traitant des préoccupations exprimées par l’Association du Barreau américain dans la mesure où elles s’appliquent à la peine de mort dans l’État de Washington. En particulier, on a demandé au gouverneur de déterminer [TRADUCTION] « [s]i l’annulation, par les tribunaux fédéraux, de sentences de mort infligées par [l’]État [de Washington] révèle l’existence de problèmes systémiques dans la façon dont l’État [. . .] applique la peine de mort ».

D’autres États américains infligeant encore la peine capitale ont eux aussi exprimé des inquiétudes récemment quant au déroulement des poursuites où l’accusé est passible de cette peine et quant au prononcé et à l’application de celle-ci. Voici certains faits à cet égard :

(i) Au début de l’année dernière, le gouverneur George Ryan de l’Illinois, partisan reconnu de la peine de mort, a imposé un moratoire sur les exécutions dans cet État. Le gouverneur a souligné que plus de la moitié des personnes condamnées à mort pour meurtre dans cet État au cours des 23 dernières années avaient en bout de ligne été innocentées de cette accusation de meurtre. De fait, depuis 1977, l’Illinois a relâché 13 détenus qui se trouvaient dans le couloir de la mort, un de plus que le nombre de détenus effectivement exécutés. Le gouverneur Ryan a dit ceci : [TRADUCTION] « . . . je suis énormément préoccupé par le bilan honteux de notre État, qui condamne des innocents et les envoie dans le couloir de la mort ». Il a affirmé qu’il ne pouvait cautionner un système rendu « au bord du pire des cauchemars, soit le fait pour l’État d’enlever la vie à un innocent » (communiqué de presse du gouverneur Ryan, 31 janvier 2000).

(ii) Un moratoire a été imposé en Illinois peu de temps après, dans la foulée d’une vaste enquête du *Chicago Tribune* sur les déclarations de culpabilité erronées dans les affaires de peine de mort et d’une conférence sur la question organisée par la faculté de droit de l’université Northwestern : voir L. B. Bienen, « The Quality of Justice in Capital Cases: Illinois as a Case

study examined the 285 death penalty cases that had occurred in Illinois since capital punishment was restored there. "The findings reveal a system so plagued by unprofessionalism, imprecision and bias that they have rendered the state's ultimate form of punishment its least credible" (*Chicago Tribune*, November 14, 1999).

(iii) One of the more significant exonerations in Illinois was the case of Anthony Porter who came within 48 hours of being executed for a crime he did not commit (*Chicago Tribune*, December 29, 2000, at p. N22).

(iv) Both the New Hampshire House of Representatives and Senate voted to abolish the death penalty last year, although the measure was vetoed by the Governor. It is noteworthy that New Hampshire has not executed anyone since 1939 (*New York Times*, May 19, 2000, at p. 16, and May 20, 2000, at p. 16).

(v) In May 1999, the Nebraska legislature approved a bill that imposed a two-year moratorium on executions in that state and appropriated funds for a study of the issue. That initiative was vetoed by the Governor. However, the legislature unanimously overrode part of the veto so that the study could proceed.

(vi) Senator Russ Feingold of Wisconsin introduced a bill in Congress in April 2000 calling on the federal government and all states that impose the death penalty to suspend executions while a national commission reviews the administration of the death penalty.

(vii) On September 12, 2000, the United States Justice Department released a study of the death penalty under federal law. It was the first comprehensive review of the federal death penalty since it was reinstated in 1988. The data shows that federal prosecutors were almost twice as

Study » (1998), 61 *Law & Contemp. Probs.* 193, p. 213, note 103. L'enquête portait sur les 285 affaires de peine de mort survenues en Illinois depuis le rétablissement de cette peine. [TRADUCTION] « Ces constatations révèlent l'existence d'un système qui est à ce point affligé par le manque de professionnalisme, par l'imprécision et par l'impartialité que la peine suprême infligée par l'État est celle qui est la moins crédible » (*Chicago Tribune*, 14 novembre 1999).

(iii) L'un des cas de disculpation les plus marquants survenus en Illinois est celui d'Anthony Porter qui, 48 heures avant le moment prévu pour l'application de sa sentence, a échappé à l'exécution pour un crime qu'il n'avait pas commis (*Chicago Tribune*, 29 décembre 2000, p. N22).

(iv) La Chambre des représentants et le Sénat du New Hampshire ont tous deux voté en faveur de l'abolition de la peine de mort l'année dernière, mais le gouverneur de l'État a opposé son veto à cette mesure. Il convient de souligner que personne n'a été exécuté au New Hampshire depuis 1939 (*New York Times*, 19 mai 2000, p. 16, et 20 mai 2000, p. 16).

(v) En mai 1999, la législature du Nebraska a adopté un projet de loi imposant un moratoire de deux ans sur les exécutions dans cet État et elle a voté des crédits en vue de l'examen de la question. Le gouverneur a opposé son veto à cette initiative. Cependant, la législature a à l'unanimité passé outre en partie à ce veto afin de permettre l'examen en question.

(vi) En avril 2000, le sénateur Russ Feingold du Wisconsin a présenté au Congrès un projet de loi demandant au gouvernement fédéral et à tous les États qui infligent la peine de mort de surseoir aux exécutions pendant qu'une commission nationale examine l'application de cette peine.

(vii) Le 12 septembre 2000, le ministère de la Justice des États-Unis a publié une étude sur la peine de mort en droit fédéral. Il s'agissait de la première étude exhaustive de la peine de mort sur le plan fédéral depuis le rétablissement de cette peine en 1988. Il ressort des données

likely to recommend the death penalty for black defendants when the victim was non-black than when he or she was black. Moreover, a white defendant was almost twice as likely to be given a plea agreement whereby the prosecution agreed not to seek the death penalty. The study also revealed that 43 percent of the 183 cases in which the death penalty was sought came from 9 of the 94 federal judicial districts. This has led to concerns about racial and geographical disparity. The then Attorney General Janet Reno said that she was “sorely troubled” by the data and requested further studies (*New York Times*, September 12, 2000, at p. 17).

Foremost among the concerns of the American Bar Association, the Washington State Bar Association and other bodies who possess “hands-on” knowledge of the criminal justice system, is the possibility of wrongful convictions and the potential state killing of the innocent. It has been reported that 43 wrongfully convicted people have been freed in the United States as a result of work undertaken by The Innocence Project, a clinical law program started in 1992 at the Cardozo School of Law in New York. See, generally, B. Scheck, P. Neufeld, and J. Dwyer, *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted* (2000). One of the authors, Peter Neufeld testified on June 20, 2000 to the House of Representatives’ Committee on the Judiciary that “DNA testing only helps correct conviction of the innocent in a narrow class of cases; most homicides do not involve biological evidence that can be determinative of guilt or innocence”.

Finally, we should note the recent Columbia University study by Professor James Liebman and

recueillies que les procureurs fédéraux recommandent presque deux fois plus souvent l’infliction de la peine de mort aux défendeurs noirs lorsque la victime n’est pas noire que lorsqu’elle l’est. En outre, un défendeur blanc est presque deux fois plus susceptible de bénéficier d’une transaction pénale aux termes de laquelle la poursuite s’engage à ne pas solliciter la peine de mort. L’étude a également révélé que 43 pour 100 des 183 affaires dans lesquelles on avait demandé la peine de mort provenaient de 9 des 94 districts judiciaires fédéraux. Ces constatations ont fait redouter l’existence de disparités d’ordre racial et géographique. La procureure générale de l’époque, Janet Reno, a dit être « profondément troublée » par ces données et elle a demandé d’autres études à ce sujet (*New York Times*, 12 septembre 2000, p. 17).

La plus grande préoccupation de l’Association du Barreau américain, de l’Association du Barreau de l’État de Washington et d’autres organismes qui ont une connaissance « pratique » du système de justice criminelle est la possibilité que des accusés soient erronément déclarés coupables et le risque que l’État enlève la vie à des innocents. On signale que 43 personnes erronément déclarées coupables ont été libérées aux États-Unis grâce aux démarches effectuées par *The Innocence Project*, un programme de clinique juridique établi en 1992 à l’école de droit Cardozo de New York. Voir, de façon générale, B. Scheck, P. Neufeld et J. Dwyer, *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted* (2000). Témoignant devant le Comité des affaires judiciaires de la Chambre des représentants, l’un des auteurs de cet ouvrage, Peter Neufeld, a affirmé le 20 juin 2000 que [TRADUCTION] « les analyses génétiques ne contribuent à faire écarter les déclarations de culpabilité prononcées contre des innocents que dans une catégorie restreinte d’affaires; en effet, il n’y a dans la plupart des affaires d’homicide aucune preuve biologique permettant de déterminer la culpabilité ou l’innocence de l’accusé ».

Enfin, il convient de souligner que l’étude menée récemment par le professeur James Lieb-

others which concludes that 2 out of 3 death penalty sentences in the United States were reversed on appeal: *A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995* (June 12, 2000). The authors gathered and analyzed all of the available cases from the period of 1973 to 1995, the former being the year that states began to enact new death penalty statutes following the United States Supreme Court's decision in *Furman*, *supra*, invalidating the existing regimes. Collection of the data for the study began in 1991, the year *Kindler* and *Ng* were decided. In their executive summary, the authors report that "the overall rate of prejudicial error in the American capital punishment system was 68%." These errors were detected at one of three stages of appeal in the American legal system. The authors say that with "so many mistakes that it takes three judicial inspections to catch them" there must be "grave doubt about whether we *do* catch them all" (emphasis in original). The authors point out in footnote 81 that "[b]etween 1972 and the beginning of 1998, 68 people were released from death row on the grounds that their convictions were faulty, and there was too little evidence to retry the prisoner" and as of May 2000 "the number of inmates released from death row as factually or legally innocent apparently has risen to 87, including nine released in 1999 alone." For an abridged version of the Liebman study, see "Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995" (2000), 78 *Tex. L. Rev.* 1839.

man et d'autres personnes à l'Université Columbia conclut que les deux tiers des sentences de mort prononcées aux États-Unis ont été annulées en appel: *A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995* (12 juin 2000). Les auteurs de cette étude ont assemblé et analysé toutes les affaires disponibles pour la période de 1973 à 1995, 1973 étant l'année au cours de laquelle les États ont commencé à édicter de nouvelles lois sur la peine de mort par suite de l'arrêt *Furman*, précité, dans lequel la Cour suprême des États-Unis avait invalidé les régimes qui existaient à cet égard. Ils ont commencé à recueillir les données pour leur étude en 1991, année où les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus. Dans leur résumé, les auteurs mentionnent que [TRADUCTION] « le taux global d'erreurs préjudiciables commises dans le régime relatif à la peine de mort aux États-Unis s'élevait à 68% ». Ces erreurs ont été repérées à l'un ou l'autre des trois stades du processus d'appel que comporte le système juridique américain. Les auteurs avancent que, [TRADUCTION] « compte tenu du fait que le nombre d'erreurs est si élevé qu'il faut trois contrôles judiciaires pour les repérer », on peut [TRADUCTION] « sérieusement se demander si nous les décelons *effectivement* toutes » (en italique dans l'original). Les auteurs soulignent, à la note en bas de page n° 81 que, [TRADUCTION] « [d]e 1972 jusqu'au début de 1998, 68 personnes ont été libérées du couloir de la mort parce que leur déclaration de culpabilité était entachée d'erreur et qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour les juger à nouveau », et qu'en date du mois de mai 2000, [TRADUCTION] « le nombre de détenus libérés du couloir de la mort parce qu'ils étaient innocents, en fait ou en droit, s'élèverait maintenant à 87, dont neuf au cours de la seule année 1999 ». Pour une version abrégée de l'étude du professeur Liebman, voir « Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995 » (2000), 78 *Tex. L. Rev.* 1839.

111 It will of course be for the United States to sort out the present controversy surrounding death penalty cases in that country. We have referred to some of the reports and some of the data, but there is much more that has been said on all sides of the issue. Much of the evidence of wrongful convic-

Il reviendra bien entendu aux États-Unis de régler la controverse que suscite actuellement la peine de mort dans ce pays. Nous avons fait état de certains rapports et de certaines données, mais il s'est dit bien d'autres choses sur tous les aspects de la question. Une grande partie des éléments de

tions relates to individuals who were saved prior to execution, and can thus be presented as evidence of the system's capacity to correct errors. The widespread expressions of concern suggest there are significant problems, but they also demonstrate a determination to address the problems that do exist. Our purpose is not to draw conclusions on the merits of the various criticisms, but simply to note the scale and recent escalation of the controversy, particularly in some of the retentionist states, including the State of Washington.

(c) The Experience in the United Kingdom

Countries other than Canada and the United States have also experienced their share of disclosure of wrongful convictions in recent years. In the United Kingdom, in 1991, the then Home Secretary announced the establishment of a Royal Commission on Criminal Justice (the Runciman Commission) to examine the effectiveness of the criminal justice system in securing the conviction of the guilty and the acquittal of the innocent. In making the announcement, the Home Secretary referred to such cases as the "Birmingham Six" which had seriously undermined public confidence in the administration of criminal justice. The report of the Commission, pointing to potential sources of miscarriage of justice, was presented to the British Parliament in 1993. The new *Criminal Appeal Act*, adopted in 1995, created the Criminal Cases Review Commission, an independent body responsible for investigating suspected miscarriages of criminal justice in England, Wales and Northern Ireland and referring appropriate cases to the Court of Appeal.

The Criminal Cases Review Commission started its casework in April 1997. As of November 30, 2000, it had referred 106 cases to the Court of Appeal. Of these, 51 had been heard, 39 convictions quashed, 11 upheld and one remained under reserve. The convictions overturned by the court as

la preuve touchant les déclarations de culpabilité erronées concerne des personnes qui ont été sauvées avant leur exécution et peut donc être invoquée pour démontrer que le système est en mesure de corriger ses propres erreurs. Les nombreuses inquiétudes exprimées suggèrent l'existence de problèmes importants, mais témoignent en même temps d'une détermination à s'y attaquer. Notre but n'est pas de tirer des conclusions sur le bien-fondé des diverses critiques, mais simplement de faire ressortir l'ampleur et l'intensification récente de la controverse, en particulier dans certains des États qui appliquent encore la peine de mort, notamment l'État de Washington.

c) L'expérience au Royaume-Uni

Au cours des dernières années, des déclarations de culpabilité erronées ont également été mises au jour dans d'autres pays, en plus du Canada et les États-Unis. En 1991, au Royaume-Uni, le ministre de l'Intérieur (*Home Secretary*) de l'époque avait annoncé l'établissement d'une commission d'enquête parlementaire sur la justice criminelle (la Commission Runciman) chargée d'apprécier l'efficacité avec laquelle le système de justice criminelle fait condamner les coupables et acquitter les innocents. En annonçant l'établissement de cette commission, le ministre de l'Intérieur avait fait état de cas, tel celui des « Birmingham Six », qui avaient sérieusement miné la confiance du public dans l'administration de la justice criminelle. Le rapport de la Commission, qui mentionne des sources potentielles d'erreurs judiciaires, a été présenté au Parlement britannique en 1993. La nouvelle *Criminal Appeal Act*, adoptée en 1995, a créé la Criminal Cases Review Commission, organisme indépendant chargé de faire enquête sur des erreurs judiciaires que l'on soupçonne avoir été commises en Angleterre, au pays de Galles et en Irlande du Nord, et de référer à la Cour d'appel les affaires qui doivent l'être.

La Criminal Cases Review Commission a commencé ses travaux en avril 1997. En date du 30 novembre 2000, elle avait soumis 106 affaires à la Cour d'appel. De celles-ci, 51 avaient été entendues, 39 avaient donné lieu à l'annulation de la déclaration de culpabilité et 11 à son maintien, et

unsafe included 10 convictions for murder. In two of the overturned murder convictions, the prisoners had long since been hanged.

une affaire était toujours en délibéré. Des déclarations de culpabilité écartées par la cour parce qu'incertaines, 10 concernaient des accusations de meurtre. Dans deux cas où la déclaration de culpabilité pour meurtre a été écartée, l'accusé avait été pendu il y a longtemps.

114 In *R. v. Bentley (Deceased)*, [1998] E.W.J. No. 1165 (QL) (C.A.), the court posthumously quashed the murder conviction of Derek Bentley who was executed on January 28, 1953. The Crown had alleged that Bentley and an accomplice had embarked upon "a warehouse-breaking expedition" during which a police officer was killed. It was argued that the trial judge had erred in summing up to the jury. It was also argued that fresh evidence made the conviction unsafe. The Lord Chief Justice, Lord Bingham, said about the summing up in this case (at para. 78):

Dans l'arrêt *R. c. Bentley (Deceased)*, [1998] E.W.J. No. 1165 (QL) (C.A.), la cour a posthument annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre de Derek Bentley, qui a été exécuté le 28 janvier 1953. Le ministère public avait soutenu que Bentley et un complice s'étaient « introduits par effraction dans un entrepôt » et que, à cette occasion, un policier avait été tué. On a plaidé que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé au jury. On a également fait valoir que de nouveaux éléments de preuve rendaient la condamnation incertaine. Voici ce que le lord juge en chef Bingham a dit, au par. 78, au sujet de l'exposé du juge du procès dans cette affaire :

It is with genuine diffidence that the members of this court direct criticism towards a trial judge widely recognised as one of the outstanding criminal judges of this century [Lord Goddard C.J.]. But we cannot escape the duty of decision. In our judgment the summing up in this case was such as to deny the appellant that fair trial which is the birthright of every British citizen.

[TRADUCTION] C'est vraiment avec réticence que les membres de notre cour adressent ces critiques à un juge de première instance qui est largement reconnu comme ayant été l'un des plus grands juges de ce siècle en matière criminelle [le lord juge en chef Goddard]. Mais nous ne pouvons échapper à l'obligation qui nous incombe de rendre une décision. Nous sommes d'avis que l'exposé du juge en l'espèce a eu pour effet de priver l'appelant du droit à un procès équitable dont chaque citoyen britannique jouit dès sa naissance.

After quashing the conviction on this basis, Lord Bingham C.J. said (at para. 95):

Après avoir annulé la condamnation sur ce fondement, le lord juge en chef Bingham a dit ceci, au par. 95 :

It must be a matter of profound and continuing regret that this mistrial occurred and that the defects we have found were not recognised at the time.

[TRADUCTION] Il continue d'être profondément regrettable que cette erreur judiciaire soit survenue et que les vices que nous avons constatés n'aient pas été décelés à l'époque.

It does not appear that the Court of Appeal gave much weight to the fresh evidence, though one component of this evidence (dealing with the taking of the appellant's statement) was said to provide "additional support" (para. 130) for the conclusion that the conviction was unsafe.

La Cour d'appel ne paraît pas avoir accordé beaucoup d'importance aux nouveaux éléments de preuve, quoique l'on ait dit que l'un de ces éléments (qui portait sur la façon dont la déclaration de l'appelant avait été recueillie) constituait [TRADUCTION] « un motif supplémentaire » (par. 130) étayant la conclusion que la déclaration de culpabilité était incertaine.

Another recent case is *R. v. Mattan*, [1998] E.W.J. No. 4668 (QL) (C.A.). Mahmoud Hussein Mattan was convicted of murdering a Cardiff shopkeeper in 1952. The shopkeeper's throat had been cut. On August 19, 1952, the Court of Criminal Appeal refused his application for leave to appeal. He was hanged in Cardiff Prison on September 8, 1952. Fresh evidence came to light in 1969 but the Home Secretary declined in February 1970 to have the case reopened. The Commission, however, referred the matter to the Court of Appeal, which found that the Crown had failed to disclose highly relevant evidence to the defence. In the result, the conviction was quashed. Near the end of its judgment, the Court of Appeal stated that "[i]t is, of course, a matter for very profound regret that in 1952 Mahmoud Mattan was convicted and hanged and it has taken 46 years for that conviction to be shown to be unsafe." It also observed that the case demonstrates that "capital punishment was not perhaps a prudent culmination for a criminal justice system which is human and therefore fallible" (para. 39).

The U.K. experience is relevant for the obvious reason that these men might be free today if the state had not taken their lives. But there is more. These convictions were quashed not on the basis of sophisticated DNA evidence but on the basis of frailties that perhaps may never be eliminated from our system of criminal justice. It is true, as the English Court of Appeal noted in *Mattan*, that the present rules require far more disclosure on the part of the Crown. And it is true that there was some blood on the shoes of Mattan that could now be shown by DNA testing not to have belonged to the victim. But there is always the potential that eyewitnesses will get it wrong, either innocently or, as it appears in the case of *Mattan*, purposefully in order to shift the blame onto another. And there is always the chance that the judicial system will fail an accused, as it apparently did in *Bentley*. These cases demonstrate that the concern about wrongful convictions is unlikely to be resolved by advances in the forensic sciences, welcome as

Une autre affaire récente est *R. c. Mattan*, [1998] E.W.J. No. 4668 (QL) (C.A.). Mahmoud Hussein Mattan avait été déclaré coupable du meurtre d'un commerçant de Cardiff en 1952. Le commerçant avait été égorgé. Le 19 août 1952, la Court of Criminal Appeal a rejeté sa demande d'autorisation d'appel. Le 8 septembre 1952, il a été pendu à la prison de Cardiff. De nouveaux éléments de preuve ont fait surface en 1969, mais le ministre de l'Intérieur a refusé de rouvrir l'affaire en février 1970. Toutefois, la Commission a référé l'affaire à la Cour d'appel, qui a jugé que le ministère public avait omis de communiquer à la défense des éléments de preuve extrêmement pertinents. En conséquence, elle a annulé la déclaration de culpabilité. Vers la fin de son jugement, la Cour d'appel a dit : [TRADUCTION] « [i]l est évidemment profondément regrettable que, en 1952, Mahmoud Mattan ait été déclaré coupable et pendu, et qu'il ait fallu attendre 46 ans avant que l'on établisse le caractère incertain de sa déclaration de culpabilité ». La cour a également souligné que cette affaire démontrait que [TRADUCTION] « la peine de mort n'est peut-être pas un aboutissement prudent dans un système de justice criminelle qui est humain et, de ce fait, fallible » (par. 39).

L'expérience du R.-U. est pertinente pour la raison bien évidente que ces hommes seraient peut-être libres aujourd'hui si l'État ne leur avait pas enlevé la vie. Mais il y a plus encore. Les déclarations de culpabilité ont été annulées sur le fondement non pas d'une preuve génétique complexe, mais plutôt de lacunes qui ne seront peut-être jamais éliminées de notre système de justice criminelle. Il est vrai, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel d'Angleterre dans *Mattan*, que les règles actuelles font une obligation beaucoup plus étendue au ministère public en matière de communication de la preuve. Il est également vrai qu'il y avait, sur les chaussures de Mattan, des taches de sang qui, aujourd'hui, pourraient permettre de déterminer, grâce à une analyse génétique, que le sang n'était pas celui de la victime. Cependant, il est toujours possible que des témoins oculaires se trompent, soit innocemment soit à dessein, comme cela semble s'être produit dans l'affaire *Mattan*, afin de faire rejeter la responsabilité sur une autre

those advances are from the perspective of protecting the innocent and punishing the guilty.

(d) Conclusion

117 The recent and continuing disclosures of wrongful convictions for murder in Canada, the United States and the United Kingdom provide tragic testimony to the fallibility of the legal system, despite its elaborate safeguards for the protection of the innocent. When fugitives are sought to be tried for murder by a retentionist state, however similar in other respects to our own legal system, this history weighs powerfully in the balance against extradition without assurances.

11. *The “Death Row Phenomenon” Is of Increasing Concern Even to Retentionists*

118 The evidence filed on this appeal includes a report by Chief Justice Richard P. Guy, Chief Justice of the State of Washington, dated March 2000 entitled “Status Report on the Death Penalty in Washington State”. In the report the Chief Justice notes the following statistics relevant to the present discussion:

- Since 1981, 25 men have been convicted and sentenced to death. Four have had their judgments reversed by the federal courts, 2 have had their sentences reversed by the Washington State Supreme Court, and 3 have been executed.

personne. En outre, il est toujours possible que le système judiciaire fasse erreur à l’égard d’un accusé, comme cela semble s’être produit dans *Bentley*. Ces affaires démontrent qu’il est peu probable que les inquiétudes créées par les déclarations de culpabilité erronées puissent être dissipées grâce aux progrès de la médecine légale, aussi heureux que soient ces progrès du point de vue de la protection des innocents et du châtement des coupables.

d) Conclusion

La découverte incessante, au cours des dernières années, de déclarations de culpabilité pour meurtre erronées au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni fait tragiquement ressortir la faillibilité du système juridique, et ce malgré les garanties étendues qui existent afin de protéger les innocents. Lorsque l’extradition de fugitifs recherchés pour meurtre est demandée par un État qui applique encore la peine de mort, ces erreurs militent fortement contre l’extradition des intéressés sans les assurances prévues et ce, aussi similaire à notre système juridique que puisse être, à d’autres égards, le système juridique de l’État requérant.

11. *Le « syndrome du couloir de la mort » est une source croissante de préoccupation, même chez les États qui maintiennent la peine de mort*

Un des éléments de preuve produits dans le cadre du présent pourvoi est le rapport du juge en chef de l’État de Washington, Richard P. Guy, daté de mars 2000 et intitulé « Status Report on the Death Penalty in Washington State ». Dans son rapport, le juge en chef mentionne les statistiques suivantes, qui sont pertinentes pour la présente analyse :

[TRADUCTION]

- Depuis 1981, 25 hommes ont été déclarés coupables et condamnés à la peine de mort. Dans quatre cas, le jugement prononcé contre le condamné a été annulé par les tribunaux fédéraux et dans deux autres par la Cour suprême de l’État de Washington, alors que trois condamnés ont été exécutés.

- The case of one defendant who was sentenced to be executed 18 years ago is still pending.
- Two of the three executed defendants chose not to pursue appeals to the federal courts.
- For cases completed in the federal courts, state and federal review has taken an average of 11.2 years.
- State review after conviction has averaged 5.5 years.
- Le cas d'un individu condamné à la peine de mort il y a 18 ans n'a toujours pas été tranché.
- Deux des trois condamnés qui ont été exécutés avaient choisi de ne pas former d'appel devant les tribunaux fédéraux.
- Pour ce qui est des affaires décidées par les tribunaux fédéraux, la révision aux niveaux étatique et fédéral a pris en moyenne 11,2 années.
- La révision au niveau étatique après la déclaration de culpabilité a pris en moyenne 5,5 années.

In his introduction to the Status Report, the Chief Justice made the following observations (at p. 2):

Because a death sentence is irreversible, opportunities for proving innocence in addition to those furnished in other felony cases are offered to the defendant in order to avoid erroneous executions. The importance of the review system is illustrated by the current situation in Illinois, a state in which 12 men have been executed since the 1980s but another 13 men sentenced to death have been exonerated. Appellate review of their cases resulted in reversal of their judgments after they were able to prove their innocence through the use of newly discovered DNA techniques or for other reasons.

These statistics are comparable to the degree of delay on "death row" that concerned the European Court of Human Rights in *Soering, supra*. The evidence was that if *Soering* were to be sentenced to death under Virginia law he would face an average of six to eight years on death row. The European Court commented on the serious human rights consequences of holding a convict under the threat of death for a prolonged length of time at para. 106:

However well-intentioned and even potentially beneficial is the provision of the complex of post-sentence procedures in Virginia, the consequence is that the condemned prisoner has to endure for many years the conditions on death row and the anguish and mounting tension of living in the ever-present shadow of death.

In *Pratt v. Attorney General for Jamaica, supra*, at p. 783, the Judicial Committee of the Privy Council ruled against the decision of the Jamaican

Dans l'introduction de son rapport, le Juge en chef a fait les observations suivantes, à la p. 2 :

[TRADUCTION] Vu l'irréversibilité de la conséquence de la peine de mort, afin d'éviter que des innocents soient exécutés, le défendeur se voit accorder d'autres occasions d'établir son innocence, en sus de celles offertes aux personnes accusées d'autres crimes sérieux. La situation actuelle en Illinois, État où 12 hommes ont été exécutés depuis les années 1980 mais où 13 condamnés à mort ont été innocentés, fait bien ressortir l'importance du système de révision. La révision de leur dossier en appel a entraîné l'annulation des jugements prononcés contre eux après qu'ils ont pu établir leur innocence grâce soit aux nouvelles techniques d'analyse génétique soit à d'autres moyens.

Ces statistiques sont comparables à la période d'attente dans le « couloir de la mort » qui préoccupait la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Soering*, précité. Dans cette affaire, la preuve indiquait que, si *Soering* était condamné à mort en vertu du droit virginien, il passerait de six à huit ans dans le couloir de la mort. La Cour européenne a commenté ainsi, au par. 106, les graves conséquences sur le plan des droits de la personne qu'entraîne la détention pendant une période prolongée d'un individu sur qui pèse une sentence de mort :

[TRADUCTION] Si bien intentionné soit-il, voire potentiellement bénéfique, le système virginien de procédures postérieures à la sentence aboutit à obliger le condamné détenu à subir, pendant des années, les conditions du « couloir de la mort », l'angoisse et la tension grandissante de vivre dans l'ombre omniprésente de la mort.

Dans *Pratt c. Attorney General for Jamaica*, précité, p. 783, le Comité judiciaire du Conseil privé s'est prononcé contre la décision du gouver-

government which sought to carry out death sentences against two appellants who had been on death row for over 14 years. Lord Griffiths for the Committee stated at p. 786:

In their Lordships' view a state that wishes to retain capital punishment must accept the responsibility of ensuring that execution follows as swiftly as practicable after sentence, allowing a reasonable time for appeal and consideration of reprieve. It is part of the human condition that a condemned man will take every opportunity to save his life through use of the appellate procedure. If the appellate procedure enables the prisoner to prolong the appellate hearings over a period of years, the fault is to be attributed to the appellate system that permits such delay and not to the prisoner who takes advantage of it. Appellate procedures that echo down the years are not compatible with capital punishment. The death row phenomenon must not become established as a part of our jurisprudence. [Emphasis added.]

121 The role of the death row phenomenon in extradition proceedings was not conclusively determined by this Court in *Kindler*. Cory J., with whom Lamer C.J. concurred, was of the view that it would be wrong to extradite someone who would face the death row phenomenon: see pp. 822-24. Sopinka J. did not deal with the question while McLachlin J. (at p. 856) alluded to "the complexity of the issue". La Forest J. was critical of the concept. He said (at p. 838):

While the psychological stress inherent in the death row phenomenon cannot be dismissed lightly, it ultimately pales in comparison to the death penalty. Besides, the fact remains that a defendant is never forced to undergo the full appeal procedure, but the vast majority choose to do so. It would be ironic if delay caused by the appellant's taking advantage of the full and generous avenue of the appeals available to him should be viewed as a violation of fundamental justice; . . .

122 There is now, however, as is shown in the report of Chief Justice Guy of Washington State, *supra*, a widening acceptance amongst those closely associated with the administration of justice in retention-

nement jamaïcain qui voulait exécuter la peine de mort infligée à deux appelants qui se trouvaient dans le couloir de la mort depuis plus de 14 ans. S'exprimant au nom du Comité, lord Griffiths a dit ce qui suit, à la p. 786 :

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment que l'État qui désire maintenir la peine capitale doit accepter la responsabilité de faire en sorte que l'exécution ait lieu aussi rapidement que possible après le prononcé de la sentence, tout en accordant une période raisonnable pour l'appel et l'examen de la demande de commutation de peine. Il est de l'essence de la nature humaine qu'un condamné utilisera toutes les possibilités qu'il a de sauver sa vie au moyen de la procédure d'appel. Si cette procédure permet au prisonnier de faire durer les appels pendant plusieurs années, il faut en attribuer la faute au régime d'appel qui permet de tels délais, et non pas au prisonnier qui en tire avantage. Des procédures d'appel qui s'éternisent pendant des années ne sont pas compatibles avec la peine capitale. Le syndrome du couloir de la mort ne doit pas être consacré par notre jurisprudence. [Nous soulignons.]

Le rôle du syndrome du couloir de la mort dans le cadre de procédures d'extradition n'a pas été déterminé de façon définitive par notre Cour dans l'arrêt *Kindler*. Le juge Cory, aux motifs duquel a souscrit le juge en chef Lamer, était d'avis qu'il serait fautif d'extrader quelqu'un qui serait soumis au syndrome du couloir de la mort : voir les p. 822-824. Le juge Sopinka n'a pas examiné ce point, alors que le juge McLachlin (à la p. 856) a fait allusion à « la complexité de la question ». Le juge La Forest a critiqué ce concept. Il a dit ceci, à la p. 838 :

On ne peut pas écarter à la légère le stress psychologique inhérent au syndrome du couloir de la mort, mais il perd de son importance lorsqu'on le compare à la peine de mort. En outre, le fait demeure qu'un défendeur n'est jamais obligé d'avoir recours à la procédure d'appel dans son entier, mais la grande majorité choisit de le faire. Il serait paradoxal qu'un retard causé par le fait qu'un appelant tire avantage de toutes les voies de recours généreuses auxquelles il a droit soit considéré comme une violation de la justice fondamentale; . . .

Toutefois, comme l'indique le rapport du juge en chef Guy de l'État de Washington, *op. cit.*, un nombre de plus en plus grand de personnes qui sont étroitement liées à l'administration de la jus-

ist states that the finality of the death penalty, combined with the determination of the criminal justice system to satisfy itself fully that the conviction is not wrongful, seems inevitably to provide lengthy delays, and the associated psychological trauma. It is apposite to recall in this connection the observation of Frankfurter J. of the United States Supreme Court, dissenting, in *Solesbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950), at p. 14, that the “onset of insanity while awaiting execution of a death sentence is not a rare phenomenon”. Related concerns have been expressed by Breyer J., dissenting from decisions not to issue writs of *certiorari* in *Elledge v. Florida*, 119 S. Ct. 366 (1998), and *Knight v. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999). In the latter case, Breyer J. cited a Florida study of inmates which showed that 35 percent of those committed to death row attempted suicide.

The death row phenomenon is not a controlling factor in the s. 7 balance, but even many of those who regard its horrors as self-inflicted concede that it is a relevant consideration. To that extent, it is a factor that weighs in the balance against extradition without assurances.

12. *The Balance of Factors in This Case Renders Extradition of the Respondents Without Assurances a Prima facie Infringement of their Section 7 Rights*

Reviewing the factors for and against unconditional extradition, we conclude that to order extradition of the respondents without obtaining assurances that the death penalty will not be imposed would violate the principles of fundamental justice.

tice dans les États qui appliquent encore la peine de mort reconnaissent maintenant que le caractère définitif de cette peine, conjugué à la détermination du système de justice criminelle à s’assurer pleinement que la condamnation n’est pas erronée, semble entraîner inévitablement des délais considérables qui, à leur tour, sont sources de traumatismes psychologiques. Il est pertinent à cet égard de rappeler l’observation suivante, qu’a faite le juge Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis dans ses motifs dissidents dans *Solesbee c. Balkcom*, 339 U.S. 9 (1950), p. 14, et selon laquelle [TRADUCTION] « il n’est pas rare de voir poindre les premiers signes de la folie chez le condamné à mort qui attend l’exécution de sa sentence ». Des inquiétudes au même effet ont été exprimées par le juge Breyer, en dissidence dans des décisions rejetant des requêtes en *certiorari* dans les affaires *Elledge c. Florida*, 119 S. Ct. 366 (1998), et *Knight c. Florida*, 120 S. Ct. 459 (1999). Dans cette dernière affaire, le juge Breyer a fait état d’une étude sur les détenus en Floride qui indiquait que 35 pour cent des condamnés se trouvant dans le couloir de la mort tentaient de se suicider.

Le syndrome du couloir de la mort n’est pas un facteur déterminant dans la pondération fondée sur l’art. 7, mais même bon nombre de ceux qui estiment que les condamnés n’ont qu’eux-mêmes à blâmer pour les horreurs de ce syndrome considèrent qu’il s’agit d’une considération pertinente. Dans cette mesure, ce syndrome constitue un facteur qui milite à l’encontre de l’extradition sans les assurances prévues.

12. *En l’espèce, la pondération des divers facteurs révèle que l’extradition des intimés sans les assurances prévues constitue une violation prima facie des droits que leur garantit l’art. 7*

L’examen des facteurs favorables et défavorables à l’extradition sans condition nous amène à conclure que le fait d’ordonner l’extradition des intimés sans obtenir la garantie que la peine de mort ne leur sera pas infligée violerait les principes de justice fondamentale.

125 The Minister has not pointed to any public purpose that would be served by extradition without assurances that is not substantially served by extradition with assurances, carrying as it does in this case the prospect on conviction of life imprisonment without release or parole. With assurances, the respondents will be extradited and be made answerable to the legal system where the murders took place. The evidence shows that on previous occasions when assurances have been requested of foreign states they have been forthcoming without exception. (See, for example, Ministerial Decision in the Matter of the Extradition of Lee Robert O'Bomsawin, December 9, 1991; Ministerial Decision in the Matter of the Extradition of Rodolfo Pacificador, October 19, 1996.) There is no basis in the record to support the hypothesis, and counsel for the Minister did not advance it, that the United States would prefer no extradition at all to extradition with assurances. Under Washington State law it by no means follows that the prosecutor will seek the death penalty if the respondents are extradited to face charges of aggravated first degree murder.

126 It is true that if assurances are requested, the respondents will not face the same punishment regime that is generally applicable to crimes committed in Washington State, but the reality is that Washington requires the assistance of Canada to bring the respondents to justice. Assurances are not sought out of regard for the respondents, but out of regard for the principles that have historically guided this country's criminal justice system and are presently reflected in its international stance on capital punishment.

127 International experience, particularly in the past decade, has shown the death penalty to raise many complex problems of both a philosophic and pragmatic nature. While there remains the fundamental

La ministre n'a fait état d'aucun objectif d'intérêt public que servirait l'extradition des intimés sans les assurances prévues et que ne servirait pas également de façon substantielle leur extradition assortie de ces assurances, mesure qui, en cas de déclaration de culpabilité des intimés, pourrait leur valoir l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'élargissement ou de libération conditionnelle. Si les assurances prévues sont données, les intimés seront extradés et devront répondre de leurs actes devant le système juridique du lieu où les meurtres ont été commis. La preuve indique que, lorsque des assurances ont été demandées à des États étrangers par le passé, elles ont été données dans tous les cas sans exception. (Voir, par exemple, la décision ministérielle concernant l'extradition de Lee Robert O'Bomsawin, le 9 décembre 1991, et celle concernant l'extradition de Rodolfo Pacificador, le 19 octobre 1996.) Il n'y a au dossier aucun élément étayant la thèse — que n'a pas avancée l'avocat de la ministre — selon laquelle les États-Unis préféreraient qu'il n'y ait pas d'extradition plutôt qu'une extradition assortie des assurances prévues. Selon le droit en vigueur dans l'État de Washington, il ne s'ensuit pas nécessairement que la poursuite sollicitera la peine capitale si les intimés sont extradés afin d'être jugés pour meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes.

Il est vrai que, si des assurances sont demandées, les intimés ne seront pas passibles des mêmes peines que celles généralement applicables à l'égard des crimes commis dans l'État de Washington, mais le fait est que cet État demande au Canada de l'aider à traduire les intimés en justice. Les assurances ne sont pas demandées par considération pour les intimés, mais plutôt par respect des principes qui ont historiquement guidé le système de justice criminelle de notre pays et qui se reflètent présentement dans la position qu'il préconise sur la scène internationale à l'égard de la peine capitale.

L'expérience à l'échelle internationale, particulièrement au cours de la dernière décennie, révèle que la peine de mort soulève nombre de problèmes complexes, tant de nature philosophique que prag-

issue of whether the state can ever be justified in taking the life of a human being within its power, the present debate goes beyond arguments over the effectiveness of deterrence and the appropriateness of vengeance and retribution. It strikes at the very ability of the criminal justice system to obtain a uniformly correct result even where death hangs in the balance.

International experience thus confirms the validity of concerns expressed in the Canadian Parliament about capital punishment. It also shows that a rule requiring that assurances be obtained prior to extradition in death penalty cases not only accords with Canada's principled advocacy on the international level, but is also consistent with the practice of other countries with whom Canada generally invites comparison, apart from the retentionist jurisdictions in the United States.

The "balancing process" mandated by *Kindler* and *Ng* remains a flexible instrument. The difficulty in this case is that the Minister proposes to send the respondents without assurances into the death penalty controversy at a time when the legal system of the requesting country is under such sustained and authoritative internal attack. Although rumblings of this controversy in Canada, the United States and the United Kingdom pre-dated *Kindler* and *Ng*, the concern has grown greatly in depth and detailed proof in the intervening years. The imposition of a moratorium (*de facto* or otherwise) in some of the retentionist states of the United States attests to this concern, but a moratorium itself is not conclusive, any more than the lifting of a moratorium would be. What is important is the recognition that despite the best efforts of all concerned, the judicial system is and will

matique. Bien que la question fondamentale de savoir si l'État pourra jamais justifier d'enlever la vie à un être humain assujéti à son pouvoir n'ait pas encore été tranchée, le présent débat déborde le cadre des arguments sur l'efficacité de la dissuasion et le caractère approprié de la vengeance et du châtiement. Il touche à la capacité même du système de justice criminelle d'arriver uniformément au bon résultat, même lorsque la vie du contrevenant est en jeu.

L'expérience à l'échelle internationale confirme donc la validité des inquiétudes exprimées au sein du Parlement canadien au sujet de la peine capitale. Elle montre également que la règle exigeant l'obtention d'assurances préalablement à l'extradition dans les affaires de peine de mort est compatible non seulement avec la position de principe défendue par le Canada sur la scène internationale, mais également avec la pratique observée dans d'autres pays auxquels on compare généralement le Canada, exception faite des États qui appliquent encore la peine de mort aux États-Unis.

Le « processus de pondération » requis par les arrêts *Kindler* et *Ng* demeure un instrument souple. La difficulté que soulève la démarche de la ministre en l'espèce vient du fait qu'elle se propose d'extrader les intimés sans les assurances prévues, en pleine controverse au sujet de la peine de mort, à un moment où le système juridique de l'État requérant est contesté à l'interne de façon sérieuse et soutenue. Bien que les premiers signes de cette controverse au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni soient antérieurs aux arrêts *Kindler* et *Ng*, cette préoccupation, tout comme la preuve y afférente, a pris considérablement d'ampleur au cours des années qui se sont écoulées depuis. L'imposition d'un moratoire (*de facto* ou autrement) dans certains États qui appliquent encore la peine de mort aux États-Unis témoigne de l'existence de cette préoccupation, mais la présence d'un moratoire n'est pas concluante, pas plus que ne le serait la levée d'un tel moratoire. Ce qu'il importe de reconnaître, c'est que malgré toute la bonne volonté des personnes concernées, le système judiciaire est et demeurera faillible et ses décisions

128

129

remain fallible and reversible whereas the death penalty will forever remain final and irreversible.

révocables, alors que la peine de mort aura toujours un caractère définitif et irréversible.

130 The arguments in favour of extradition without assurances would be as well served by extradition with assurances. There was no convincing argument that exposure of the respondents to death in prison by execution advances Canada's public interest in a way that the alternative, eventual death in prison by natural causes, would not. This is perhaps corroborated by the fact that other abolitionist countries do not, in general, extradite without assurances.

L'extradition assortie des assurances prévues répond tout aussi bien que l'extradition sans ces assurances aux préoccupations exprimées dans les arguments favorables à cette seconde solution. Il n'a été présenté aucun argument établissant de façon convaincante que le fait d'exposer les intimés à la peine de mort par exécution dans une prison favoriserait l'intérêt général du Canada d'une façon que ne favoriserait pas la solution de rechange, soit leur mort éventuelle en prison par suite de causes naturelles. D'ailleurs, ce point est peut-être corroboré par le fait que d'autres pays abolitionnistes n'extradent généralement pas les personnes recherchées sans requérir les assurances prévues.

131 The arguments against extradition without assurances have grown stronger since this Court decided *Kindler* and *Ng* in 1991. Canada is now abolitionist for all crimes, even those in the military field. The international trend against the death penalty has become clearer. The death penalty controversies in the requesting State — the United States — are based on pragmatic, hard-headed concerns about wrongful convictions. None of these factors is conclusive, but taken together they tilt the s. 7 balance against extradition without assurances.

Les arguments défavorables à l'extradition sans les assurances prévues sont de plus en plus convaincants depuis que notre Cour a rendu les arrêts *Kindler* et *Ng* en 1991. Le Canada a maintenant aboli la peine de mort pour tous les crimes, même dans le domaine militaire. La tendance internationale en faveur de l'abolition de la peine de mort se dessine de plus en plus clairement. Les controverses que suscite présentement la peine de mort dans l'État requérant — les États-Unis — reposent sur des considérations logiques et pragmatiques à l'égard des déclarations de culpabilité erronées. Aucun de ces facteurs n'est à lui seul concluant, mais considérés ensemble, dans le cadre de la pondération fondée sur l'art. 7, ils font pencher la balance en faveur du rejet de l'extradition sans les assurances prévues.

132 Accordingly, we find that the Minister's decision to decline to request the assurances of the State of Washington that the death penalty will not be imposed on the respondents as a condition of their extradition, violates their rights under s. 7 of the *Charter*.

En conséquence, nous jugeons que la décision de la ministre de refuser de demander à l'État de Washington, comme condition d'extradition des intimés, qu'il lui garantisse que la peine de mort ne leur sera pas infligée, viole les droits garantis aux intimés par l'art. 7 de la *Charte*.

13. *Extradition of the Respondents Without Assurances Cannot Be Justified Under Section 1 of the Charter*

The final issue is whether the Minister has shown that the violation of the respondents' s. 7 rights that would occur if they were extradited to face the death penalty can be upheld under s. 1 of the *Charter* as reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. The Court has previously noted that it would be rare for a violation of the fundamental principles of justice to be justifiable under s. 1: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 518. Nevertheless, we do not foreclose the possibility that there may be situations where the Minister's objectives are so pressing, and where there is no other way to achieve those objectives other than through extradition without assurances, that a violation might be justified. In this case, we find no such justification.

The Minister must show that the refusal to ask for assurances serves a pressing and substantial purpose; that the refusal is likely to achieve that purpose and does not go further than necessary; and that the effect of unconditional extradition does not outweigh the importance of the objective: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In our opinion, while the government objective of advancing mutual assistance in the fight against crime is entirely legitimate, the Minister has not shown that extraditing the respondents to face the death penalty without assurances is necessary to achieve that objective.

The Minister cites two important policies that are integral to Canada's mutual assistance objectives, namely, (1) maintenance of comity with cooperating states; and (2) avoiding an influx to Canada of persons charged with murder in retentionist states for the purpose of avoiding the death penalty.

13. *L'extradition des intimés sans les assurances prévues ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la Charte*

La dernière question litigieuse que notre Cour doit trancher est celle de savoir si la ministre a établi que la violation des droits garantis aux intimés par l'art. 7 qu'entraînerait leur extradition vers un pays où ils risquent la peine de mort peut être justifiée, au regard de l'article premier de la *Charte*, en tant que mesure raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Par le passé, la Cour a souligné qu'il arrivera rarement qu'une violation des principes de justice fondamentale puisse être justifiée au regard de l'article premier : *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 518. Néanmoins, nous n'écarterons pas la possibilité qu'il survienne des situations où — du fait que les objectifs du ministre sont tellement urgents et qu'il n'y a pas d'autre moyen de les réaliser qu'en extradant l'intéressé sans obtenir les assurances prévues — une telle violation puisse être justifiée. En l'espèce, nous estimons qu'une telle justification n'existe pas.

La ministre doit démontrer que le refus de solliciter les assurances prévues sert un objectif urgent et réel, que ce refus permettra vraisemblablement de réaliser cet objectif et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire et que l'effet de l'extradition sans condition ne l'emporte pas sur l'importance de l'objectif : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À notre avis, bien que l'objectif poursuivi par le gouvernement, c'est-à-dire soutenir l'entraide dans la lutte contre le crime, soit tout à fait légitime, la ministre n'a pas établi que l'extradition des intimés sans les assurances prévues vers un pays où ils risquent la peine de mort soit nécessaire pour réaliser cet objectif.

La ministre invoque deux importantes politiques qui font partie intégrante des objectifs du Canada en matière d'entraide : (1) le maintien de la courtoisie envers les États qui coopèrent; (2) la volonté d'éviter l'afflux au Canada de personnes qui sont accusées de meurtre dans des États où elles risquent la peine de mort et qui viendraient ici afin d'éviter cette peine.

133

134

135

136

With respect to the argument on comity, there is no doubt that it is important for Canada to maintain good relations with other states. However, the Minister has not shown that the means chosen to further that objective in this case — the refusal to ask for assurances that the death penalty will not be exacted — is necessary to further that objective. There is no suggestion in the evidence that asking for assurances would undermine Canada's international obligations or good relations with neighbouring states. The extradition treaty between Canada and the United States explicitly provides for a request for assurances and Canada would be in full compliance with its international obligations by making it. More and more states are becoming abolitionist and reserving to themselves the right to refuse to extradite unconditionally, as already mentioned.

137

In *Soering, supra*, the European Court of Human Rights held that, in the circumstances of that case, extradition of a West German national from the United Kingdom to face possible execution in the United States would violate the European Convention on Human Rights. West Germany was willing to try Soering in Germany on the basis of his nationality. The European Court ruled that the option of a trial of Soering in West Germany was a "circumstance of relevance for the overall assessment under Article 3 in that it goes to the search for the requisite fair balance of interests and to the proportionality of the contested extradition decision in the particular case" (para. 110) and that "[a] further consideration of relevance is that in the particular instance the legitimate purpose of extradition could be achieved by another means which would not involve suffering of such exceptional intensity or duration" (para. 111). By "another means", the court had in mind the trial of Soering in West Germany. In the present appeal as well, "the legitimate purpose of extradition could be achieved by another means", namely extradition

En ce qui concerne l'argument portant sur la courtoisie, il ne fait aucun doute qu'il est important pour le Canada de maintenir de bonnes relations avec d'autres États. Cependant, la ministre n'a pas établi que le moyen choisi en l'espèce pour réaliser cet objectif — soit le refus de demander la garantie que la peine de mort ne sera pas appliquée — est nécessaire à cette fin. Rien dans la preuve ne tend à indiquer que le fait de demander cette garantie nuirait au respect par le Canada de ses obligations internationales ou aux bonnes relations qu'il entretient avec des États voisins. Le traité d'extradition que le Canada et les États-Unis ont conclu pourvoit explicitement à la présentation de telles demandes et le Canada respecterait pleinement ses obligations internationales s'il en présentait une en l'espèce. Comme il a été mentionné plus tôt, de plus en plus d'États abolissent la peine de mort et se réservent le droit de refuser d'accéder sans conditions aux demandes d'extradition.

Dans l'arrêt *Soering*, précité, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, dans les circonstances de cette affaire, l'extradition d'un ressortissant de l'Allemagne de l'Ouest du Royaume-Uni vers les États-Unis, où il risquait l'exécution, violerait la Convention européenne des droits de l'homme. L'Allemagne de l'Ouest était disposée à juger Soering en Allemagne sur le fondement de sa nationalité. La Cour européenne a estimé, d'une part, que la possibilité de juger Soering en Allemagne de l'Ouest constituait une « circonstance pertinente pour l'appréciation d'ensemble sur le terrain de l'article 3 : elle concerne le juste équilibre à ménager entre les intérêts en jeu, ainsi que la proportionnalité de la décision litigieuse d'extradition » (par. 110), et, d'autre part, que « [l']existence, en l'espèce, d'un autre moyen d'atteindre le but légitime de l'extradition, sans entraîner pour autant de souffrances d'une intensité ou durée aussi exceptionnelles, représente une considération pertinente » (par. 111). Par « autre moyen », la cour entendait le fait de juger Soering en Allemagne de l'Ouest. Dans le présent pourvoi également, il existe « un autre moyen d'atteindre le but légitime de l'extradition », ce moyen est l'extradition assortie des assurances prévues, qui est

with assurances, in perfect conformity with Canada's commitment to international comity.

We have already addressed the speculative argument that an American government might prefer to let accused persons go without trial by refusing to give assurances. As European states now routinely request assurances that the death penalty will not be imposed on an extradited person, there is little indication that U.S. governments would ever refuse such guarantees. A state seeking to prosecute a serious crime is unlikely to decide that if it cannot impose the ultimate sanction — the death penalty — it will not prosecute at all. Seeking assurances that the death penalty will not be imposed does not amount to asking for lawlessness.

An issue could also arise where a treaty did not contain an assurance clause equivalent to Article 6 of the Canada-U.S. treaty. The argument would then be raised that the Canadian government violated the s. 7 rights of fugitives by failing to insist on such a provision. That issue is not raised by the facts of this case and we leave consideration of the point to an appeal where it is fully argued.

As noted, the Minister's second argument is that it is necessary to refuse to ask for assurances in order to prevent an influx to Canada of persons who commit crimes sanctioned by the death penalty in other states. This in turn would make Canada an attractive haven for persons committing murders in retentionist states. The "safe haven" argument might qualify as a pressing and substantial objective. Indeed, it was accepted as such in *Kindler*, *supra*, by both La Forest J. (at p. 836) and McLachlin J. (at p. 853).

International criminal law enforcement including the need to ensure that Canada does not

parfaitement compatible avec les engagements du Canada en matière de courtoisie internationale.

Nous avons déjà examiné l'argument hypothétique selon lequel le gouvernement américain pourrait refuser de donner des assurances et préférer laisser des accusés éviter un procès. Comme les États européens exigent systématiquement des assurances que la peine de mort ne sera pas infligée à la personne dont on demande l'extradition, il y a peu d'indication que le gouvernement américain refuserait de donner de telles garanties. Il est peu probable que l'État qui désire intenter des poursuites à l'égard d'un crime grave déciderait d'y renoncer complètement s'il ne peut infliger la sanction suprême — soit la peine de mort. Le fait d'exiger des assurances que la peine de mort ne sera pas infligée n'équivaut pas à aller au devant de l'anarchie.

Un problème pourrait également surgir si un traité ne comportait pas une clause de garantie équivalente à l'article 6 du traité Canada-États-Unis. On ferait alors valoir l'argument que, en omettant d'insister pour l'inclusion d'une telle clause, le gouvernement canadien a violé les droits que l'art. 7 garantit aux fugitifs. Comme les faits de la présente affaire ne soulèvent pas cette question, nous l'examinerons dans le cadre d'un pourvoi où elle aura été débattue en profondeur.

Comme il a été souligné, le deuxième argument de la ministre est que, en l'espèce, il est nécessaire de refuser de demander des assurances afin d'éviter l'afflux au Canada de personnes qui commettent des crimes punissables de mort dans d'autres États. Cette situation ferait du Canada un refuge attrayant pour les personnes qui commettent des meurtres dans des États appliquant encore la peine de mort. L'argument du « refuge sûr » pourrait être considéré comme un objectif urgent et réel. De fait, il l'a été par les juges La Forest (p. 836) et McLachlin (p. 853) dans l'arrêt *Kindler*, précité.

L'application du droit criminel à l'échelle internationale, y compris la nécessité de veiller à ce que

138

139

140

141

become a “safe haven” for dangerous fugitives is a very legitimate objective, but there is no evidence whatsoever that extradition to face life in prison without release or parole provides a lesser deterrent to those seeking a “safe haven” than the death penalty, or even that fugitives approach their choice of refuge with such an informed appreciation of tactics. If Canada suffers the prospect of being a haven from time to time for fugitives from the United States, it likely has more to do with geographic proximity than the Minister’s policy on treaty assurances. The evidence as stated is that Ministers of Justice have on at least two occasions (since *Kindler* and *Ng*) refused to extradite without assurances, and no adverse consequences to Canada from those decisions were brought to our attention. The respondents pointed out that “[s]ince the execution by the United States of two Mexican nationals in 1997, Mexican authorities have consistently refused to extradite anyone, nationals or non-nationals, in capital cases without first seeking assurances” (respondents’ factum, at para. 63).

142 The fact is, however, that whether fugitives are returned to a foreign country to face the death penalty or to face eventual death in prison from natural causes, they are equally prevented from using Canada as a safe haven. Elimination of a “safe haven” depends on vigorous law enforcement rather than on infliction of the death penalty once the fugitive has been removed from the country.

143 We conclude that the infringement of the respondents’ rights under s. 7 of the *Charter* cannot be justified under s. 1 in this case. The Minister is constitutionally bound to ask for and obtain an assurance that the death penalty will not be imposed as a condition of extradition.

le Canada ne devienne pas un « refuge sûr » pour les fugitifs dangereux, est un objectif très légitime, mais il n’y a absolument aucune preuve que l’extradition d’une personne vers un pays où elle risque l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité d’élargissement ou de libération conditionnelle ait un effet dissuasif moins grand que la peine de mort sur les personnes à la recherche d’un « refuge sûr », ou même que les fugitifs choisissent leur refuge de façon aussi éclairée. Si le Canada est susceptible de constituer à l’occasion un refuge pour des fugitifs en provenance des États-Unis, c’est probablement davantage en raison de la proximité de ce pays que de la politique du ministre relativement aux assurances prévues par le traité. Comme il a été mentionné, la preuve révèle que, à au moins deux reprises (depuis les arrêts *Kindler* et *Ng*), des ministres de la Justice ont refusé d’extrader sans les assurances prévues les personnes qui étaient recherchées, et on ne nous a signalé aucune conséquence défavorable qu’auraient entraînée ces décisions pour le Canada. Les intimés ont souligné que, [TRADUCTION] « [d]epuis l’exécution par les États-Unis de deux ressortissants mexicains en 1997, les autorités du Mexique refusent systématiquement d’extrader quiconque — ressortissant mexicain ou étranger — risque la peine capitale sans d’abord demander des assurances à cet égard » (mémoire des intimés, par. 63).

Le fait est, cependant, que peu importe si le fugitif est renvoyé vers un pays étranger où il risque soit la peine de mort soit la mort en prison de causes naturelles, il ne peut, dans un cas comme dans l’autre, utiliser le Canada comme refuge sûr. L’élimination du « refuge sûr » dépend de l’application vigoureuse de la loi plutôt que de l’infliction de la peine de mort une fois que le fugitif a été renvoyé hors du pays.

Nous concluons que la violation des droits qui sont garantis aux intimés par l’art. 7 de la *Charte* ne peut être justifiée au regard de l’article premier. Le ministre est tenu par la Constitution de demander et d’obtenir, comme condition d’extradition, l’assurance que la peine de mort ne sera pas infligée.

VIII. Conclusion

The outcome of this appeal turns on an appreciation of the principles of fundamental justice, which in turn are derived from the basic tenets of our legal system. These basic tenets have not changed since 1991 when *Kindler* and *Ng* were decided, but their application in particular cases (the “balancing process”) must take note of factual developments in Canada and in relevant foreign jurisdictions. When principles of fundamental justice as established and understood in Canada are applied to these factual developments, many of which are of far-reaching importance in death penalty cases, a balance which tilted in favour of extradition without assurances in *Kindler* and *Ng* now tilts against the constitutionality of such an outcome. For these reasons, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent Burns: Greenspan, Henein & White, Toronto.

Solicitors for the respondent Rafay: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the intervener Amnesty International: David Matas, Winnipeg.

Solicitors for the intervener International Centre for Criminal Law & Human Rights: Gowling Lafleur & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association: Pinkofsky & Lockyer, Toronto.

Solicitors for the intervener Washington Association of Criminal Defence Lawyers: Peck & Tammen, Vancouver.

VIII. Conclusion

L'issue du présent pourvoi dépend d'une appréciation des principes de justice fondamentale, qui eux-mêmes découlent des préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ces préceptes fondamentaux n'ont pas changé depuis que les arrêts *Kindler* et *Ng* ont été rendus en 1991, mais leur application à une affaire donnée (le « processus de pondération ») doit tenir compte des faits nouveaux survenus au Canada et dans des ressorts étrangers pertinents. Si on applique les principes de justice fondamentale — tels qu'ils ont été établis et qu'ils sont interprétés au Canada — à ces faits nouveaux, dont bon nombre ont une portée considérable dans les affaires de peine de mort, la balance, qui penchait en faveur de l'extradition sans les assurances prévues dans les arrêts *Kindler* et *Ng*, penche maintenant en faveur de l'inconstitutionnalité d'un tel résultat. Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Burns : Greenspan, Henein & White, Toronto.

Procureurs de l'intimé Rafay : Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intervenante Amnistie Internationale : David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant International Centre for Criminal Law & Human Rights : Gowling Lafleur & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Pinkofsky & Lockyer, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Washington Association of Criminal Defence Lawyers : Peck & Tammen, Vancouver.

Solicitors for the intervener Senate of the Republic of Italy: Jackman, Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Sénat de la République italienne: Jackman, Waldman & Associates, Toronto.

Alan Guttman and Werner Patek *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GUTTMAN

Neutral citation: 2001 SCC 8.

File No.: 27817.

2001: February 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Appeal — Question of law — No error at trial giving rise to Crown appeal under s. 676(1)(a) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.***Cases Cited**Referred to: *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286.**Statutes and Regulations Cited***Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2000), 145 C.C.C. (3d) 81, [2000] Q.J. No. 609 (QL), J.E. 2000-679, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Christian Desrosiers, for the appellants.*Claude Chartrand* and *Henri-Pierre LaBrie*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

ARBOUR J. — We are of the view that the trial judge did not commit any error of law that would give rise to a Crown appeal under s. 676(1)(a) of

Alan Guttman et Werner Patek *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. GUTTMAN

Référence neutre : 2001 CSC 8.

N° du greffe : 27817.

2001 : 21 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Appel — Question de droit — Absence d'erreur au procès donnant ouverture à un appel du ministère public en vertu de l'art. 676(1)(a) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.***Jurisprudence**Arrêts mentionnés : *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286.**Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2000), 145 C.C.C. (3d) 81, [2000] J.Q. n° 609 (QL), J.E. 2000-679, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittal des accusés. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Christian Desrosiers, pour les appelants.*Claude Chartrand* et *Henri-Pierre LaBrie*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE ARBOUR — Nous sommes d'avis que le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit donnant ouverture à un appel de la

the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and that the majority of the Court of Appeal erred in substituting its own assessment of the facts for that of the trial judge.

2 The trial judge correctly directed himself in law and conducted a detailed examination of the evidence. His extensive reasons show that he considered the evidence in its totality, assessed the credibility of the witnesses who appeared before him in order to arrive at findings of fact that were not unreasonable. His analysis does not reveal any error within the meaning of *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, and *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286.

3 Accordingly the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the acquittal of the appellants is restored. Madame Justice L'Heureux-Dubé, dissenting, would have dismissed the appeal for the reasons given by Chamberland J.A. in the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Guttman: Morneau, Roy, L'Écuyer, La Leggia & Lamarche, Montréal.

Solicitors for the appellant Patek: Desrosiers, Turcotte, Marchand, Montréal; Girouard, Peris, Pappas, Sutton, Prihoda, Dickson & Cherbaka, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General's Prosecutor, Longueuil.

Couronne en vertu de l'al. 676(1)a du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et que la majorité de la Cour d'appel a erré en substituant son appréciation des faits à celle du juge du procès.

Le juge du procès s'est bien dirigé en droit et a procédé à un examen détaillé de la preuve. Ses motifs étoffés démontrent qu'il s'est penché sur l'ensemble de la preuve, a apprécié la crédibilité des témoins qui ont comparu devant lui pour tirer des conclusions de fait qui n'étaient pas déraisonnables. Son analyse ne révèle aucune erreur au sens des arrêts *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, et *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286.

En conséquence l'appel est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est cassé et l'acquittal des appelants est rétabli. Madame le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, aurait rejeté l'appel pour les motifs du juge Chamberland de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant Guttman: Morneau, Roy, L'Écuyer, La Leggia & Lamarche, Montréal.

Procureurs de l'appellant Patek: Desrosiers, Turcotte, Marchand, Montréal; Girouard, Peris, Pappas, Sutton, Prihoda, Dickson & Cherbaka, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le substitut du Procureur général, Longueuil.

Eric Arthur Berntson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BERNTSON

Neutral citation: 2001 SCC 9.

File No.: 27896.

2001: February 23.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Fraud — Elements of offence.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, [2000] 8 W.W.R. 388, 145 C.C.C. (3d) 1, 35 C.R. (5th) 152, [2000] S.J. No. 237 (QL), 2000 SKCA 47, dismissing the accused's appeal from his conviction for fraud (1999), 178 Sask. R. 1, [1999] S.J. No. 89 (QL). Appeal dismissed.

Michael T. Megaw, for the appellant.*D. Murray Brown, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — This appeal comes to us as of right. We are all of the view to dismiss the appeal against conviction for substantially the reasons of the majority in the Saskatchewan Court of Appeal.

On the application for leave to appeal sentence, we are all of the view that the courts below addressed the relevant guiding principles and consequently the leave application raises no issue of general importance that warrants our granting leave.

Eric Arthur Berntson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BERNTSON

Référence neutre : 2001 CSC 9.

N° du greffe : 27896.

2001 : 23 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Fraude — Éléments de l'infraction.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [2000] 8 W.W.R. 388, 145 C.C.C. (3d) 1, 35 C.R. (5th) 152, [2000] S.J. No. 237 (QL), 2000 SKCA 47, qui a rejeté l'appel formé par l'accusé à l'encontre d'une déclaration de culpabilité relativement à une accusation de fraude (1999), 178 Sask. R. 1, [1999] S.J. No. 89 (QL). Pourvoi rejeté.

Michael T. Megaw, pour l'appelant.*D. Murray Brown, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Le pourvoi dont nous sommes saisis est un appel de plein droit. Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel visant la déclaration de culpabilité, essentiellement pour les motifs exposés par la majorité de la Cour d'appel de la Saskatchewan.

Pour ce qui est de la demande d'autorisation d'interjeter appel de la sentence, nous sommes tous d'avis que les juridictions inférieures ont tenu compte des principes directeurs pertinents et, en conséquence, la demande d'autorisation ne soulève aucune question d'importance générale justifiant que nous accordions l'autorisation demandée.

3

The appeal is dismissed.

Le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Shirkey, Ulmer, Willner & Megaw, Regina.

Procureurs de l'appelant: Shirkey, Ulmer, Willner & Megaw, Regina.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Regina.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Regina.

Philip Douglas Backman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: BACKMAN v. CANADA

Neutral citation: 2001 SCC 10.

File No.: 27561.

2000: November 10; 2001: March 1.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Calculation of income — Partnership — Losses — Original U.S. partners assigning partnership interest to Canadian assignees and assignees immediately selling asset of partnership back to original partners at loss — Assignees subsequently purchasing one percent interest in oil and gas property which ceased production shortly after acquisition — Whether valid partnership established for income tax purposes — Whether assignees entitled to deduct partnership loss — Whether purchase of interest in oil and gas property established ancillary intention to carry on business with view to profit — Whether taking of assignment constituted assignees as partners notwithstanding criteria for valid partnership.

A U.S. partnership, which was involved in the construction of an apartment complex incurred potential losses which the appellant and other Canadians sought to acquire for use as an income tax deduction in Canada. Through a series of transactions that occurred on the same day, they became assignees of the interests of the original American partners. The Canadians then disposed of the apartment complex to the original American partners, resulting in the acquisition and realization of accounting losses to the Canadians. These accounting losses were used as deductions in computing the Canadians' 1988 Canadian taxable income under s. 96 of the *Income Tax Act*. The Canadian partners also

Philip Douglas Backman *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : BACKMAN c. CANADA

Référence neutre : 2001 CSC 10.

N° du greffe : 27561.

2000 : 10 novembre; 2001 : 1^{er} mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Société de personnes — Pertes — Cession par les associés américains originaux à des cessionnaires canadiens de leur participation dans une société de personnes — Vente immédiate à perte par les cessionnaires de l'élément d'actif de la société aux associés originaux — Achat ultérieur par les cessionnaires d'une participation de un pour cent dans un bien relatif au pétrole et au gaz, qui a cessé d'être exploité peu après son acquisition — Une société de personnes valable a-t-elle été créée aux fins d'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Les cessionnaires peuvent-ils déduire les pertes de la société de personnes? — L'achat d'une participation directe dans un bien relatif au pétrole et au gaz établit-il l'existence d'une intention accessoire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice? — Les cessionnaires sont-ils devenus des associés du fait qu'ils ont obtenu cession d'une participation, indépendamment des conditions de validité d'une société de personnes?

Une société de personnes américaine qui avait été formée pour construire des appartements a subi des pertes potentielles que l'appellant et d'autres Canadiens ont voulu acquérir en vue de réduire leurs impôts au Canada. En vertu d'une série d'opérations survenues la même journée, ils sont devenus cessionnaires des intérêts des associés américains originaux. Les Canadiens ont ensuite vendu les appartements aux associés américains originaux, ce qui s'est traduit par l'acquisition et la réalisation de pertes comptables par les Canadiens. Ceux-ci ont par la suite déduit ces pertes dans le calcul de leur revenu imposable au Canada pour l'année 1988 en vertu de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

acquired a one percent interest in a Canadian oil and gas property for \$5,000. This interest was not managed by the Canadian partners, never produced a profit, and production ceased shortly after the acquisition. The taxation authorities by notice of reassessment disallowed the claim for partnership losses. The appellant filed a notice of objection but the reassessment was confirmed. Appeals to the Tax Court of Canada and then to the Federal Court of Appeal were unsuccessful. Both courts concluded that the definition of a partnership was not met in this case.

Held: The appeal should be dismissed.

Even in respect of foreign partnerships, a taxpayer seeking to deduct Canadian partnership losses through s. 96 of the *Income Tax Act* must satisfy the definition of partnership that exists under the relevant provincial or territorial law. The three essential ingredients of a partnership are (1) a business (2) carried on in common (3) with a view to profit. A valid partnership does not depend on the creation of a new business. It is sufficient that an existing business is continued. It is also not necessary to show that the partners carried on a business for a long period of time. A partnership may be formed for a single transaction. The common purpose requirement will usually exist where the parties entered into a valid partnership agreement setting out their respective rights and obligations as partners. The existence of a "view to profit" is to be determined by an inquiry into the intentions of the parties. To meet the requirement, it will be sufficient for a taxpayer to show that there was an ancillary profit-making purpose. The determination of the existence of a view to a profit is not a matter of strictly quantitative analysis. The law of partnership does not require a net gain over a determined period in order to establish that an activity is with a view to profit. Where a partnership is formed with the predominant motive of acquiring a tax loss, it is therefore not necessary to show an intention to profit by the amount necessary to recoup the acquired losses or produce a net gain. Finally, for a person to become a partner by assignment, the criteria of a valid partnership must be reaffirmed in order for the partnership to continue in its new form. Otherwise the partnership will continue as formerly constituted, absent an event of dissolution. A bare assignee will have only

Les associés canadiens ont également acquis, au coût de 5 000 \$, une participation de un pour cent dans un bien canadien relatif au pétrole et au gaz. Ce bien n'était pas géré par les associés canadiens, il n'a jamais produit de bénéfice et la production du puits a cessé peu après son acquisition. Par un avis de nouvelle cotisation les autorités fiscales ont rejeté les pertes déduites par l'appelant au titre de la société de personnes. Ce dernier a déposé un avis d'opposition, mais la nouvelle cotisation a été confirmée. Il a ensuite interjeté appel sans succès devant la Cour canadienne de l'impôt puis la Cour d'appel fédérale. Les deux tribunaux ont conclu qu'il n'avait pas satisfait à la définition de société de personnes en l'espèce.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Même lorsqu'il s'agit de sociétés étrangères, le contribuable qui désire déduire des pertes d'une société de personnes canadienne en vertu de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit satisfaire à la définition de société de personnes prévue par le droit provincial ou territorial applicable. La société de personnes comporte trois éléments essentiels : (1) une entreprise (2) exploitée en commun (3) en vue de réaliser un bénéfice. L'existence d'une société de personnes valable ne dépend pas de la création d'une nouvelle entreprise. Il suffit qu'une entreprise qui existait déjà ait été maintenue. Il n'est pas non plus nécessaire d'établir que les associés ont exploité une entreprise pendant une longue période. Une société de personnes peut être créée en vue d'une seule opération. L'objectif commun nécessaire à l'établissement d'une société de personnes sera habituellement présent lorsque les parties auront conclu un contrat de société valide énonçant leurs droits et obligations respectifs en tant qu'associés. Pour déterminer si une entreprise est exploitée « en vue de réaliser un bénéfice », il faut se demander quelles étaient les intentions des parties. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit au contribuable d'établir l'existence d'un objectif accessoire visant la réalisation d'un bénéfice. Pour déterminer s'il y avait intention de réaliser un bénéfice, il ne convient pas d'adopter ou utiliser une analyse purement quantitative. Le droit relatif aux sociétés de personnes n'exige pas la réalisation d'un gain net pendant une période déterminée afin d'établir qu'une activité est exercée dans le but de réaliser un bénéfice. Lorsque le motif prédominant de la création d'une société de personnes est l'acquisition d'une perte fiscale, le contribuable n'a donc pas à établir qu'il avait l'intention de réaliser un bénéfice suffisant pour effacer les pertes acquises ou produire un gain net. Enfin, pour qu'un individu devienne un associé par suite d'une cession, l'existence des conditions de validité d'une société de personnes

those rights and entitlements provided for in the relevant statute or partnership agreement.

Here, although the partnership agreement and other documentation indicated an intention to form a partnership, the fundamental criteria of a valid partnership were not met. The Canadians did not intend to carry on business with a view to a profit. While a partnership can be formed only for a brief period of time, there was no continuity of a business. Once the Canadians acquired their interests in the alleged partnership, the apartment complex was owned only briefly before it was sold, terminating the former business of managing the complex. Furthermore, there was no evidence showing that the Canadians intended to make a profit during the term of their involvement with that complex. The purchase of a working interest in an oil and gas property did not establish an ancillary intention to carry on business with a view to a profit. Although the documentary evidence indicated an intention to form a partnership in that property, there was no evidence that the alleged partnership or its agents expended anything other than nominal time, attention or labour on the project and did not incur any liabilities to other persons in respect of it.

Cases Cited

Considered: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, rev'g [1996] 3 F.C. 713; **distinguished:** *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391, 2001 SCC 11; **referred to:** *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36; *Economics Laboratory (Canada) Ltd. v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1208; *Gordon v. The Queen*, [1961] S.C.R. 592; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Tara Exploration and Development Co. v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 6370.

doit être confirmée de nouveau pour assurer le maintien de la société dans sa nouvelle forme. Autrement, la société sera maintenue dans sa forme originale, à moins que ne soit survenu un fait entraînant sa dissolution. Le simple cessionnaire n'aura que les droits prévus par la loi applicable ou le contrat de société.

En l'espèce, bien que le contrat de société et les autres documents indiquent l'intention de créer une société de personnes, les conditions fondamentales d'existence d'une société de personnes valable n'ont pas été respectées. Les Canadiens n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Bien qu'une société de personnes puisse être créée pour une courte période seulement, aucune entreprise n'a été maintenue. Après l'acquisition par les Canadiens de leurs participations dans la prétendue société de personnes, les appartements ne leur ont appartenu que brièvement avant d'être vendus, ce qui a mis fin aux activités de gestion des appartements. En outre, aucune preuve n'a été produite en vue d'établir que les Canadiens avaient eu l'intention de réaliser un bénéfice pendant la période où ils participaient à l'entreprise relative aux appartements. L'achat d'une participation directe dans un bien relatif au pétrole et au gaz n'établissait pas l'existence d'une intention accessoire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Même si la preuve documentaire indiquait l'intention de créer une société de personnes à l'égard de ce bien, il n'y avait aucune preuve indiquant que la prétendue société de personnes ou ses représentants ont consacré plus qu'un apport symbolique au projet en temps, attention ou travail, ou qu'ils ont contracté des obligations envers d'autres personnes relativement au projet.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, inf. [1996] 3 C.F. 713; **distinction faite d'avec l'arrêt :** *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391, 2001 CSC 11; **arrêtés mentionnés :** *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36; *Economics Laboratory (Canada) Ltd. c. M.R.N.*, 70 D.T.C. 1208; *Gordon c. La Reine*, [1961] R.C.S. 592; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Tara Exploration and Development Co. c. M.R.N.*, 70 D.T.C. 6370.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 96 [am. 1984, c. 1, s. 43(1); am. 1985, c. 45, s. 48(1); am. 1987, c. 46, s. 32(1); am. 1988, c. 55, s. 66].
Partnership Act, 1890 (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 39.
Partnership Act, R.S.A. 1980, c. P-2, s. 34.
Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370, s. 5.

Authors Cited

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.
 Canada. Department of National Revenue, Taxation. Interpretation Bulletin IT-90, "What is a Partnership?", February 9, 1973.
Lindley & Banks on Partnership, 17th ed. By R. C. L'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated October 2000, release 6).
 Nathanson, David C. "Tax Motive Kills Partnership: Spire Freezers (cf. Continental Bank)" (1999), 7 *Tax Litigation* 458.
 Tobias, Norman C. *Taxation of Corporations, Partnerships and Trusts*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
 VanDuzer, J. Anthony. *The Law of Partnerships and Corporations*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 1 F.C. 555, 178 D.L.R. (4th) 126, 246 N.R. 309, 46 B.L.R. (2d) 225, 99 D.T.C. 5602, [1999] 4 C.T.C. 177, [1999] F.C.J. No. 1327 (QL), dismissing the appellant's appeal from a judgment of the Tax Court of Canada, 97 D.T.C. 1468, [1997] T.C.J. No. 728 (QL), which found that the appellant was not entitled to deduct partnership losses under s. 96 of the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

C. D. O'Brien, Q.C., Al Meghji and Michel Bourque, for the appellant.

Paul Malette and Naomi Goldstein, for the respondent.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 96 [mod. 1984, ch. 1, art. 43(1); mod. 1985, ch. 45, art. 48(1); mod. 1987, ch. 46, art. 32(1); mod. 1988, ch. 55, art. 66].
Partnership Act, 1890 (R.-U.), 53 & 54 Vict., ch. 39.
Partnership Act, R.S.A. 1980, ch. P-2, art. 34.
Partnerships Act, R.S.O. 1980, ch. 370, art. 5.

Doctrine citée

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990.
 Canada. Ministère du Revenu national (Impôt). Bulletin d'interprétation IT-90, « Qu'est-ce qu'une société? », 9 février 1973.
Lindley & Banks on Partnership, 17th ed. By R. C. L'Anson Banks. London : Sweet & Maxwell, 1995.
 Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Aurora, Ont. : Canada Law Book (loose-leaf updated October 2000, release 6).
 Nathanson, David C. « Tax Motive Kills Partnership: Spire Freezers (cf. Continental Bank) » (1999), 7 *Tax Litigation* 458.
 Tobias, Norman C. *Taxation of Corporations, Partnerships and Trusts*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.
 VanDuzer, J. Anthony. *The Law of Partnerships and Corporations*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 1 C.F. 555, 178 D.L.R. (4th) 126, 246 N.R. 309, 46 B.L.R. (2d) 225, 99 D.T.C. 5602, [1999] 4 C.T.C. 177, [1999] A.C.F. n° 1327 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'appelant contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, 97 D.T.C. 1468, [1997] A.C.I. n° 728 (QL), qui avait conclu que l'appelant n'avait pas le droit de déduire des pertes de société de personnes en vertu de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pourvoi rejeté.

C. D. O'Brien, c.r., Al Meghji et Michel Bourque, pour l'appelant.

Paul Malette et Naomi Goldstein, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. — This appeal was heard with *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391, 2001 SCC 11, released concurrently. Both cases raise the basic question of whether a valid partnership has been established for income tax purposes.

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391, 2001 CSC 11, dont les motifs sont également déposés aujourd'hui. Les deux pourvois soulèvent la question fondamentale de savoir si une société de personnes valable a été établie aux fins d'application des lois fiscales.

I. Facts

I. Les faits

In 1985, a limited partnership was created by U.S. residents (the "American Partners") under the laws of Texas, called "The Commons at Turtle Creek Ltd." (the "Commons"). The Commons acquired land and constructed an apartment building on the land (the "Dallas Apartment Complex"). By August 1988, the cost of the land and the building far exceeded the fair market value.

En 1985, des résidents américains (les « associés américains ») ont constitué, en vertu des lois du Texas, une société en commandite appelée « The Commons at Turtle Creek Ltd. » (ci-après « Commons »). Commons a acquis un terrain et y a construit un immeuble d'habitation (les « appartements Dallas »). En août 1988, le coût du terrain et du bâtiment dépassait largement leur juste valeur marchande.

The appellant believed that, through a series of transactions, he could acquire and realize a portion of the losses arising from the difference between the original cost and the August 1988 market value of the Dallas Apartment Complex which he could then use as a deduction in computing his Canadian taxable income.

L'appelant estimait que, par une série d'opérations, il pouvait acquérir et réaliser une partie des pertes représentant la différence entre le coût initial des appartements Dallas et leur valeur marchande en août 1988, somme qu'il pourrait ensuite utiliser comme déduction dans le calcul de son revenu imposable au Canada.

In order to secure the losses, the appellant, 38 other Canadians, and an Alberta corporation (collectively referred to as the "Canadians"), arranged to become assignees of the interests of the original American partners in the Commons.

Afin d'obtenir les pertes, l'appelant ainsi que 38 autres Canadiens et une société de l'Alberta (collectivement appelés les « Canadiens ») ont pris des dispositions afin de se faire céder les intérêts des associés américains initiaux dans Commons.

A series of transactions took place on August 29, 1988 which were intended to secure the losses to the Canadians all according to a predetermined closing agenda. The transactions were intended to result in:

Une série d'opérations a été réalisée le 29 août 1988, selon un ordre préétabli, en vue de permettre aux Canadiens d'acquérir les pertes en question. Ces diverses opérations visaient les objectifs suivants :

(a) the Canadians' becoming partners (with 99.97 percent general partnership interests and .03 percent limited partnership interest) in the ongoing Commons limited partnership by assignment of partnership interests from the

a) Permettre aux Canadiens de devenir associés (et détenir une participation de 99,97 p. 100 comme commandités et de 0,03 p. 100 comme commanditaires) de la société en commandite en activité Commons par la cession des intérêts des

American partners for a total cost of US\$180,000;

(b) the disposition of the Dallas Apartment Complex by the Commons to the original American partners, and the acquisition and realization of accounting losses to the Canadians. The Canadians could then use the losses as deductions in computing their 1988 Canadian taxable income under s. 96 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63;

(c) acquisition of a one percent interest in a Canadian oil and gas property at a cost of C\$5,000.

6 Although the alleged partnership purchased an interest in the oil and gas property, it never produced a profit and production was halted owing to flooding shortly after its acquisition. Later, the alleged partnership purchased a Montana condominium, but this asset also never produced a profit.

7 In the 1988 taxation year, each of the Canadians was allocated his proportionate percentage of the loss arising from the sale of the Dallas Apartment Complex by the Commons. By notice of reassessment, the taxation authorities disallowed the partnership losses claimed by the appellant. The appellant filed a notice of objection but the reassessment was confirmed. The appellant appealed to the Tax Court of Canada, then to the Federal Court of Appeal, and now to this Court.

II. Judgments Below

1. *Tax Court of Canada*, 97 D.T.C. 1468

8 Rip T.C.C.J. found that the transactions in this case were legally effective and not a sham, and that the tax avoidance provisions of the Act had no application to the appeal at bar.

9 The reasons for judgment of Rip T.C.C.J. are primarily concerned with the issue of whether the

associés américains contre une somme totale 180 000 \$US.

b) Réaliser l'aliénation des appartements Dallas par Commons aux associés américains initiaux ainsi que l'acquisition et la réalisation par les Canadiens de pertes comptables. Permettre ainsi aux Canadiens d'utiliser les pertes comme déductions dans le calcul de leur revenu imposable au Canada pour l'année 1988 en vertu de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la « Loi »).

c) Permettre l'acquisition, au coût de 5 000 \$CAN, d'une participation de un pour cent dans un bien canadien relatif au pétrole et au gaz.

Bien que la prétendue société de personnes ait acheté une participation dans le bien relatif au pétrole et au gaz, ce bien n'a jamais produit de bénéfice et la production a cessé en raison de l'inondation du puits peu après son acquisition. Plus tard, la prétendue société de personnes a acheté un condominium au Montana, mais ce bien n'a lui aussi jamais produit aucun bénéfice.

Au cours de l'année d'imposition 1988, chacun des Canadiens s'est vu attribuer sa part proportionnelle de la perte résultant de la vente des appartements Dallas par Commons. Par un avis de nouvelle cotisation, les autorités fiscales ont rejeté les pertes déduites par l'appelant au titre de la société de personnes. Ce dernier a déposé un avis d'opposition, mais la nouvelle cotisation a été confirmée. Il a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt, la Cour d'appel fédérale et, enfin, notre Cour.

II. L'historique des procédures judiciaires

1. *La Cour canadienne de l'impôt*, 97 D.T.C 1468

Le juge Rip de la Cour canadienne de l'impôt a estimé que les opérations produisaient un effet juridique et n'étaient pas un trompe-l'œil, et que les dispositions de la Loi en matière d'évitement fiscal ne s'appliquaient pas en l'espèce.

Les motifs de jugement du juge Rip portent principalement sur la question de savoir si les

Canadians became members of a valid partnership. The Tax Court judge concluded that the definition of a partnership requires a relationship or an association between persons carrying on a business with a view to profit. He also concluded that the “sole purpose” of the Canadians in entering into the transactions at issue was to acquire a potential tax loss. Relying on the since overturned Federal Court of Appeal decision in *Canada v. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 F.C. 713, the Tax Court judge found (at p. 1483) that

neither the appellant nor any of the Canadians intended anything other than to obtain a tax loss from the venture. The purchases of the Canadian Oil and Gas Property and the Montana Condominium were nothing more than window dressing. Their expectation of income from these two properties was minimal, never even approaching the amount of the loss that they hoped to deduct from their income. The relationship subsisting between the Canadians was not that of carrying on business in common with a view to profit. The Canadians were not associated to carry on a business for profit.

Thus, the Tax Court judge found that the Canadians were not members of a partnership with respect to the ownership of the Dallas Apartment Complex. The Tax Court judge also dismissed the argument that the Canadians did not have to meet the criteria for the creation of a partnership because they had acquired partnership interests in an existing partnership. He held that this relationship must exist between partners whether they create a new partnership or are admitted to an existing one. Having found that the criteria of a partnership relationship were not met in the case at bar, the Tax Court judge concluded that the appeal should be dismissed.

2. *Federal Court of Appeal*, [2000] 1 F.C. 555

The Federal Court of Appeal (Rothstein J.A., Isaac C.J. and Décaré J.A. concurring) unanimously affirmed the result reached by the Tax

Canadiens sont devenus membres d'une société de personnes valable. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que, suivant de la définition de société de personnes, il doit exister un lien ou une association entre des personnes exploitant une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Il a également jugé que le « seul objectif » que visaient les Canadiens en concluant les opérations consistait à acquérir une perte fiscale potentielle. S'appuyant sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Canada c. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 C.F. 713, qui a depuis été infirmé, le juge de la Cour de l'impôt a estimé, à la p. 1483, que

ni l'appellant ni les Canadiens n'avaient l'intention de faire autre chose que d'obtenir une perte fiscale subie dans le cadre de l'entreprise. L'achat du bien canadien relatif au pétrole et au gaz et du condominium du Montana n'était que du camouflage. L'espoir que les Canadiens avaient de tirer un revenu de ces deux biens était minime, et ne se rapprochait même pas du montant de la perte qu'ils espéraient déduire de leur revenu. La relation existant entre les Canadiens n'était pas une relation dans le cadre de laquelle ceux-ci exploitaient une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. Les Canadiens n'étaient pas associés en vue d'exploiter une entreprise dans un but lucratif.

En conséquence, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les Canadiens n'étaient pas membres d'une société de personnes en ce qui concerne la propriété des appartements Dallas. Il a également rejeté l'argument que les Canadiens n'étaient pas tenus de satisfaire aux critères applicables à la création d'une société de personnes puisqu'ils avaient acquis des intérêts dans une société de personnes qui existait déjà. Il a jugé qu'un tel lien devait exister entre les associés, peu importe qu'ils constituent une nouvelle société de personnes ou qu'ils soient admis au sein d'une société de personnes existante. Ayant conclu à l'absence des conditions d'existence d'une relation de société de personnes en l'espèce, le juge de la Cour de l'impôt a estimé que l'appel devait être rejeté.

2. *La Cour d'appel fédérale*, [2000] 1 C.F. 555

La Cour d'appel fédérale (le juge Rothstein, avec l'appui du juge en chef Isaac et du juge Décaré) a confirmé à l'unanimité le résultat auquel

Court judge. The Federal Court of Appeal addressed two major issues: first, was there any business being carried on with a view to profit which was ancillary to the Canadians' tax minimization objective? Second, were the Canadians partners by reason of the assignment of partnership interests in an existing partnership?

le juge de la Cour de l'impôt était parvenu. La Cour d'appel fédérale a examiné deux questions principales : Premièrement, est-ce qu'une entreprise a été exploitée en vue de réaliser un bénéfice, accessoirement à l'objectif de réduction maximale de l'impôt? Deuxièmement, les Canadiens étaient-ils des associés parce qu'ils avaient obtenu cession d'intérêts dans une société de personnes existante?

12 With regard to the first issue, the Federal Court of Appeal applied the principles enunciated by this Court in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298. They considered the evidence of the Canadians' intentions and conduct in relation to each of the assets owned by the Commons at the material times. They concluded that, after the Canadians took up their assignments, there was no business carried on by the Commons. In the Federal Court of Appeal's view, once the Canadians became members of the Commons, all that took place was a series of transactions leading to the disposition of the Dallas Apartment Complex and the acquisition of the Canadian oil and gas property. Accordingly, the Federal Court of Appeal concluded that, unlike the facts in *Continental Bank, supra*, there was "no real, albeit ancillary, profit element" (para. 26) to permit the inference that a business was being carried on with a view to profit in order to satisfy the definition of partnership.

En ce qui concerne la première question en litige, les juges de la Cour d'appel fédérale ont appliqué les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298. Ils ont tenu compte de la preuve concernant les intentions et la conduite des Canadiens relativement à chaque élément d'actif que possédait Commons à l'époque pertinente. Ils ont jugé que Commons n'avait pas exploité d'entreprise après la cession des intérêts aux Canadiens. De l'avis de la Cour d'appel fédérale, une fois que les Canadiens sont devenus membres de Commons, il y a simplement eu une série d'opérations ayant abouti à l'aliénation des appartements Dallas et à l'acquisition du bien canadien relatif au pétrole et au gaz. En conséquence, la Cour d'appel fédérale a jugé que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Continental Bank, précitée*, il n'y avait pas d'« élément véritable, bien qu'accessoire, de profit » (par. 26) permettant d'inférer qu'une entreprise était exploitée en vue de réaliser un bénéfice et ainsi de respecter la définition de société de personnes.

13 With regard to the second issue, the Federal Court of Appeal held that the entry of new persons and the departure of existing partners will be considered to constitute the creation of a new partnership provided the requisite components of the definition of partnership are satisfied. Hence, the court concluded that the taking of an assignment of partnership interest does not obviate the need to comply with the definition of partnership, and that the Canadians' failure to comply with that definition rendered the alleged partnership nothing more than a collection of co-owners of property.

Pour ce qui est de la deuxième question, la Cour d'appel fédérale a estimé que l'admission de nouveaux membres et le départ d'associés existants sont considérés comme ayant pour effet d'entraîner la constitution d'une nouvelle société de personnes, pourvu que les éléments essentiels de la définition de société de personnes soient présents. La cour a donc jugé que la cession d'une participation dans une telle société n'élimine pas l'obligation de conformité à la définition de société de personnes et que, comme les Canadiens ne respectaient pas cette définition, la prétendue société de personnes n'était en conséquence rien de plus qu'un regroupement de copropriétaires de certains biens.

III. Analysis

As noted at the outset, the resolution of this appeal turns on the application of principles of the law of partnership. The principal issue is whether the appellant was a member of a valid partnership such that he could deduct partnership losses from his income pursuant to s. 96 of the Act. The secondary issue is, notwithstanding the criteria for a valid partnership, whether the taking of an assignment constituted the appellant as a partner.

In dealing with these issues in this appeal and in *Spire Freezers*, we do not find it necessary to discuss the general anti-avoidance rule that was introduced on September 13, 1988 as the transactions in these appeals took place before that date and are consequently not affected by the rule.

Section 96(1) of the Act provides as follows:

96. (1) Where a taxpayer is a member of a partnership, his income, non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss and farm loss, if any, for a taxation year, or his taxable income earned in Canada for a taxation year, as the case may be, shall be computed as if

(a) the partnership were a separate person resident in Canada;

(b) the taxation year of the partnership were its fiscal period;

(c) each partnership activity (including the ownership of property) were carried on by the partnership as a separate person, and a computation were made of the amount of

(i) each taxable capital gain and allowable capital loss of the partnership from the disposition of property, and

(ii) each income and loss of the partnership from each other source or from sources in a particular place,

for each taxation year of the partnership;

III. L'analyse

Comme nous l'avons souligné au départ, l'issue du présent pourvoi dépend de l'application des principes du droit relatif aux sociétés de personnes. La principale question en litige consiste à déterminer si l'appelant était membre d'une société de personnes valable et pouvait en conséquence déduire de son revenu les pertes de la société conformément à l'art. 96 de la Loi. La deuxième question en litige est de savoir si, indépendamment des conditions de validité d'une société de personnes, l'appelant était devenu un associé du fait qu'il avait obtenu cession d'une participation.

Dans l'examen de ces questions dans le cadre du présent pourvoi et de l'affaire *Spire Freezers*, nous n'estimons pas nécessaire d'analyser la règle générale anti-évitement introduite le 13 septembre 1988, puisque les opérations en cause sont survenues avant cette date et ne sont donc pas visées par cette règle.

Voici le texte du par. 96(1) de la Loi :

96. (1) Lorsqu'un contribuable est membre d'une société, son revenu, le montant de sa perte autre qu'une perte en capital, de sa perte en capital nette, de sa perte agricole restreinte et de sa perte agricole, s'il y en a, pour une année d'imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition, selon le cas, est calculé comme si

a) la société était une personne distincte résidant au Canada;

b) l'année d'imposition de la société correspondait à son exercice financier;

c) chaque activité de la société (y compris une activité relative à la propriété de biens) était exercée par celle-ci en tant que personne distincte, et comme si était établi le montant

(i) de chaque gain en capital imposable et de chaque perte en capital déductible de la société, découlant de la disposition de biens, et

(ii) de chaque revenu et perte de la société afférents à chacune des autres sources ou à des sources situées dans un endroit donné,

pour chaque année d'imposition de la société;

14

15

16

(d) each income or loss of the partnership for a taxation year were computed as if this Act were read without reference to subsections 66.1(1), 66.2(1) and 66.4(1) and as if no deduction were permitted by section 29 of the *Income Tax Application Rules, 1971*, subsection 65(1) or section 66, 66.1, 66.2 or 66.4;

(e) each gain of the partnership from the disposition of land used in a farming business of the partnership were computed as if this Act were read without reference to paragraph 53(1)(i);

. . .

(f) the amount of the income of the partnership for a taxation year from any source or from sources in a particular place were the income of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof; and

(g) the amount, if any, by which

(i) the loss of the partnership for a taxation year from any source or sources in a particular case,

exceeds

(ii) in the case of a specified member (within the meaning of the definition "specified member" in subsection 248(1) if that definition were read without reference to paragraph (b) thereof) of the partnership in the year, the amount, if any, deducted by the partnership by virtue of section 37 in calculating its income for the taxation year from that source or sources in the particular place, as the case may be, and

(iii) in any other case, nil

were the loss of the taxpayer from that source or from sources in that particular place, as the case may be, for the taxation year of the taxpayer in which the partnership's taxation year ends, to the extent of the taxpayer's share thereof.

d) chaque revenu ou perte de la société pour une année d'imposition était calculé sans tenir compte des paragraphes 66.1(1), 66.2(1) et 66.4(1) et comme si aucune déduction n'était permise par l'article 29 des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* ou par le paragraphe 65(1) ou l'article 66, 66.1, 66.2 ou 66.4;

e) chaque gain de la société résultant de la disposition de fonds de terre utilisés dans une entreprise agricole de la société, était calculé comme si la présente loi était interprétée en faisant abstraction de l'alinéa 53(1)i);

. . .

f) le montant du revenu de la société, pour une année d'imposition, tiré d'une source quelconque ou de sources situées dans un endroit donné, constituait le revenu du contribuable tiré de cette source ou de sources situées dans cet endroit donné, selon le cas, pour l'année d'imposition du contribuable au cours de laquelle l'année d'imposition de la société se termine, jusqu'à concurrence de la part du contribuable, et

g) la perte du contribuable — à concurrence de la part dont il est tenu — résultant d'une source ou de sources situées dans un endroit donné, pour l'année d'imposition du contribuable dans laquelle l'année d'imposition de la société se termine, équivalait à l'excédent éventuel :

(i) de la perte de la société, pour une année d'imposition, résultant de cette source ou de ces sources,

sur

(ii) dans le cas d'un associé déterminé (au sens de la définition d'«associé déterminé» figurant au paragraphe 248(1), mais sans tenir compte de l'alinéa b) de celle-ci) de la société dans l'année, le montant éventuellement déduit par la société en application de l'article 37 dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition provenant de cette source ou de ces sources,

(iii) dans les autres cas, zéro.

1. *Was the Appellant a Member of a Partnership: Was He Carrying on Business in Common with a View to Profit?*

(a) The Essential Ingredients of Partnership

The term “partnership” is not defined in the Act. Partnership is a legal term derived from common law and equity as codified in various provincial and territorial partnership statutes. As a matter of statutory interpretation, it is presumed that Parliament intended that the term be given its legal meaning for the purposes of the Act: N. C. Tobias, *Taxation of Corporations, Partnerships and Trusts* (1999), at p. 21. We are of the view that, where a taxpayer seeks to deduct Canadian partnership losses through s. 96 of the Act, the taxpayer must satisfy the definition of partnership that exists under the relevant provincial or territorial law. This is consistent with Interpretation Bulletin IT-90, “What is a Partnership?” dated February 9, 1973. It is also consistent with the approach taken to the interpretation of the Act by a majority of this Court in *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36, at para. 31. It follows that even in respect of foreign partnerships, for the purposes of s. 96 of the Act, the essential elements of a partnership that exist under Canadian law must be present: for a similar approach, see *Economics Laboratory (Canada) Ltd. v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 1208 (T.A.B.).

Each of the common law provinces has enacted its own partnership legislation based on the *Partnership Act, 1890* (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 39. However, partnership as a concept was recognized by the courts of law and equity long before the enactment of that statute. It is perhaps not surprising that common law jurisdictions generally, and the common law provinces of Canada in particular, define partnership as a relationship comprised of the same three essential ingredients. The three essential ingredients of partnership were recently

1. *L'appelant était-il membre d'une société de personnes : Exploitait-il une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice?*

a) Les éléments essentiels d'une société de personnes

L'expression « société de personnes » n'est pas définie dans la Loi. Il s'agit d'une expression juridique venant de la common law et de l'*equity* qui a été codifiée dans diverses lois provinciales et territoriales traitant de ce type de société (qu'on appelle « société en nom collectif » dans ces lois). Sur le plan de l'interprétation législative, on présume que le législateur entendait que, pour l'application de la Loi, l'expression reçoive son sens juridique : N. C. Tobias, *Taxation of Corporations, Partnerships and Trusts* (1999), p. 21. Nous sommes d'avis que le contribuable qui désire déduire des pertes d'une société de personnes canadienne en vertu de l'art. 96 de la Loi doit satisfaire à la définition de société prévue par la loi provinciale ou territoriale applicable. Cette exigence est conforme au Bulletin d'interprétation IT-90, qui est intitulé « Qu'est-ce qu'une société? » et daté du 9 février 1973. Elle est également conforme à l'approche adoptée par les juges majoritaires de notre Cour aux fins d'interprétation de la Loi dans l'arrêt *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36, par. 31. Il s'ensuit que, pour l'application de l'art. 96 de la Loi, les éléments essentiels d'une société de personnes prévus par le droit canadien doivent être présents, même lorsqu'il s'agit de sociétés étrangères : pour une approche similaire, voir *Economics Laboratory (Canada) Ltd. c. M.R.N.*, 70 D.T.C. 1208 (C.A.I.).

Chacune des provinces de common law a adopté sa propre loi sur les sociétés en nom collectif, inspirée de la loi intitulée *Partnership Act, 1890* (R.-U.), 53 & 54 Vict., ch. 39. Cependant, le concept même de « société en nom collectif » (« société de personnes » dans la Loi) avait depuis longtemps été reconnu par les tribunaux de droit et d'*equity* avant l'édiction de la loi anglaise. Il n'est donc pas surprenant que les ressorts de common law en général, et les provinces de common law canadiennes en particulier, définissent ce type de

17

18

described by this Court in *Continental Bank, supra*, at para. 22:

Section 2 of the [Ontario] *Partnerships Act* defines partnership as “the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit”. This wording, which is common to the majority of partnership statutes in the common law world, discloses three essential ingredients: (1) a business, (2) carried on in common, (3) with a view to profit.

19

In law, the meaning of “carrying on a business” may differ depending on the context in which it is used. Provincial partnership acts typically define “business” as including “every trade, occupation and profession”. The kinds of factors that may be relevant to determining whether there is a business are contained in the existing legal definitions. One simple definition of “carrying on trade or business” is given in *Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 214: “To hold one’s self out to others as engaged in the selling of goods or services.” Another definition requires at least three elements to be present: (1) the occupation of time, attention and labour; (2) the incurring of liabilities to other persons; and (3) the purpose of a livelihood or profit: see *Gordon v. The Queen*, [1961] S.C.R. 592, per Cartwright J., dissenting but not on this point, at p. 603.

20

The existence of a valid partnership does not depend on the creation of a new business because it is sufficient that an existing business was continued. Partnerships may be formed where two parties agree to carry on the existing business of one of them. It is not necessary to show that the partners carried on a business for a long period of time. A partnership may be formed for a single

société comme étant une relation comportant les trois mêmes éléments essentiels. Ces trois éléments ont récemment été décrits ainsi par notre Cour dans l’arrêt *Continental Bank*, précité, par. 22 :

À l’article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* [de l’Ontario], le terme société en nom collectif est défini comme étant «la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice». Ce libellé, commun à la plupart des lois sur les sociétés en nom collectif dans les ressorts de common law, comporte trois éléments essentiels: (1) une entreprise, (2) exploitée en commun (3) en vue de réaliser un bénéfice.

En droit, le sens de l’expression « exploiter une entreprise » peut varier selon le contexte dans lequel cette expression est utilisée. Dans les lois provinciales sur les sociétés en nom collectif, les mots « entreprise » ou « affaires » sont généralement définis comme visant également les « commerces, occupations et professions ». Les facteurs susceptibles d’être pertinents pour statuer sur l’existence d’une entreprise se trouvent dans les définitions juridiques existantes. L’ouvrage *Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990) donne, à la p. 214, une définition simple de l’expression « *carrying on trade or business* » ([TRADUCTION] « exploiter une entreprise »), savoir : [TRADUCTION] « Se présenter à autrui comme faisant la vente de biens ou services ». Une autre définition requiert la présence d’au moins trois éléments : (1) un apport sous forme de temps, d’attention et de travail; (2) le fait de contracter des obligations envers d’autres personnes; (3) l’objectif de gagner sa vie ou de réaliser un bénéfice : voir *Gordon c. La Reine*, [1961] R.C.S. 592, le juge Cartwright, dissident mais non sur ce point, p. 603.

L’existence d’une société de personnes valable ne dépend pas de la création d’une nouvelle entreprise, car il suffit qu’une entreprise qui existait déjà ait été maintenue. Une telle société peut être formée lorsque deux parties conviennent d’exploiter ensemble l’entreprise que l’une d’elles possède déjà. Il n’est pas nécessaire d’établir que les associés ont exploité une entreprise pendant une longue

transaction. As was noted by this Court in *Continental Bank, supra*, at para. 48, “[a]s long as the parties do not create what amounts to an empty shell that does not in fact carry on business, the fact that the partnership was created for a single transaction is of no consequence.” Furthermore, to establish the carrying on of a business, it is not necessary to show that the parties held meetings, entered into new transactions, or made decisions: *Continental Bank, supra*, at paras. 31-33. A business may be established even in circumstances where the sole business activity is the passive receipt of rent, as was noted by L’Heureux-Dubé J. in *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at para. 46:

Where machinery is rented out, the essential core operations may at times be limited to accepting rental revenue and assuming the business risk and other obligations. At any time during that period, any client could demand the execution of any of the contractual obligations, such as fixing an engine, for example. Where, because a rental business is fortunate enough to experience no mechanical breakdowns or accidents during a period of time, it “passively” accepts rental revenue and assumes business risk and obligations, it does not necessarily follow that it is not carrying on a business during that period. Holding otherwise would imply that rental businesses are “intermittent”, that is, that they carry on a business only when something goes wrong in the operations. Such a proposition is unacceptable.

In determining whether a business is carried on “in common”, it should be kept in mind that partnerships arise out of contract. The common purpose required for establishing a partnership will usually exist where the parties entered into a valid partnership agreement setting out their respective rights and obligations as partners. As was noted in *Continental Bank, supra*, at paras. 34-35, a recognition of the authority of any partner to bind the partnership is relevant, but the fact that the management of a partnership rests with a single partner

période. Une société de personnes peut être créée en vue d’une seule opération. Comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *Continental Bank*, précité, par. 48, « [t]ant que les parties ne créent pas l’équivalent d’une coquille vide qui n’exploite dans les faits aucune entreprise, le fait que la société en nom collectif ait été créée pour une seule opération est sans conséquence. » En outre, pour établir qu’il y avait exploitation d’une entreprise, il n’est pas nécessaire de démontrer que les parties tenaient des réunions, faisaient de nouvelles opérations ou prenaient des décisions : *Continental Bank*, précité, par. 31-33. On peut établir une entreprise même dans des circonstances où l’unique activité de celle-ci consiste à accepter passivement des revenus de location, comme l’a indiqué le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, par. 46 :

Lorsque de la machinerie est louée, l’essentiel des opérations peut, à l’occasion, se limiter à recevoir les revenus de location ainsi qu’à assumer le risque commercial et les autres obligations. En tout temps au cours de cette période, un client pourrait exiger l’exécution de l’une des obligations prévues au contrat, par exemple, la réparation d’un moteur. Lorsque, parce qu’elle a la chance de ne pas avoir d’ennuis ou d’accidents de nature mécanique au cours d’une certaine période, une entreprise de location accepte « passivement » les revenus de location ainsi que les risques et les obligations de nature commerciale, il ne s’ensuit pas pour autant qu’elle n’exploite pas une entreprise au cours de cette période. Toute autre conclusion laisserait implicitement supposer que les entreprises de location sont « intermittentes », c’est-à-dire qu’elles n’exploitent une entreprise que dans le cas où quelque chose ne va pas dans les opérations. Une telle proposition est inacceptable.

Pour déterminer si une entreprise est exploitée « en commun », il faut se rappeler qu’une société de personnes naît d’un contrat. L’objectif commun nécessaire à l’établissement d’une société de personnes sera habituellement présent lorsque les parties auront conclu un contrat de société valide énonçant leurs droits et obligations respectifs en tant qu’associés. Comme il a été souligné dans l’arrêt *Continental Bank*, précité, par. 34-35, la reconnaissance du pouvoir de tout associé de lier la société est certes pertinente, mais le fait que la ges-

does not mandate the conclusion that the business was not carried on in common. This is confirmed in *Lindley & Banks on Partnership* (17th ed. 1995), at p. 9, where it is pointed out that one or more parties may in fact run the business on behalf of themselves and the others without jeopardizing the legal status of the arrangement. It may be relevant if the parties held themselves out to third parties as partners, but it is also relevant if the parties did not hold themselves out to third parties as being partners. Other evidence consistent with an intention to carry on business in common includes: the contribution of skill, knowledge or assets to a common undertaking, a joint property interest in the subject-matter of the adventure, the sharing of profits and losses, the filing of income tax returns as a partnership, financial statements and joint bank accounts, as well as correspondence with third parties: see *Continental Bank, supra*, at paras. 24 and 36.

tion de celle-ci ait été confiée à un seul associé n'oblige pas à conclure que l'entreprise n'était pas exploitée en commun. Cette constatation est confirmée dans *Lindley & Banks on Partnership* (17^e éd. 1995), p. 9, où l'on mentionne qu'une ou plusieurs parties peuvent, dans les faits, gérer l'entreprise pour leur propre compte et celui des autres parties sans pour autant menacer le statut juridique de l'arrangement. Ce fait peut être pertinent si les parties se sont présentées à des tiers comme étant des associés, tout comme peut l'être le fait pour les parties de ne pas se présenter comme tel. Parmi les autres éléments de preuve qui sont compatibles avec l'intention d'exploiter l'entreprise en commun, mentionnons les suivants : apport à l'entreprise commune sous forme d'habiletés, de connaissances ou de biens, propriété conjointe de l'objet de l'entreprise, partage des profits et des pertes, production de déclarations de revenus à titre de société de personnes, existence d'états financiers et de comptes bancaires conjoints et échange de correspondance avec des tiers : voir *Continental Bank, précité*, par. 24 et 36.

22

A determination of whether there exists a “view to profit” requires an inquiry into the intentions of the parties entering into an alleged partnership. At the outset, it is important to distinguish between motivation and intention. Motivation is that which stimulates a person to act, while intention is a person's objective or purpose in acting. This Court has repeatedly held that a tax motivation does not derogate from the validity of transactions for tax purposes: *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 540. Similarly, a tax motivation will not derogate from the validity of a partnership where the essential ingredients of a partnership are otherwise present: *Continental Bank, supra*, at paras. 50-52. The question at this stage is whether the taxpayer can establish an intention to make a profit, whether or not he was motivated by tax considerations. For further discussion, see D. Nathanson, “Tax Motive Kills Partnership:

Pour déterminer si une entreprise est exploitée « en vue de réaliser un bénéfice », il faut se demander quelles étaient les intentions des parties lorsqu'elles auraient formé la société de personnes. Il importe au départ de distinguer la motivation de l'intention. La motivation est ce qui pousse la personne à agir, alors que l'intention est l'objectif ou la fin que vise l'acte qui a été accompli. À maintes reprises, notre Cour a jugé qu'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité d'opérations faites à des fins fiscales : *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 540. De même, une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité d'une société de personnes lorsque les éléments essentiels d'une telle société sont réunis : *Continental Bank, précité*, par. 50-52. À ce stade-ci, la question est de savoir si le contribuable peut établir qu'il avait l'intention de réaliser un bénéfice, peu importe s'il était motivé par des considérations fiscales. Pour une analyse plus approfondie, voir D. Nathanson, « Tax Motive Kills Partnership:

Spire Freezers (cf. *Continental Bank*)” (1999), 7 *Tax Litigation* 458.

Moreover, in *Continental Bank, supra*, this Court held that a taxpayer’s overriding intention is not determinative of whether the essential ingredient of “view to profit” is present. It will be sufficient for a taxpayer to show that there was an ancillary profit-making purpose. This flows from the following observation made in *Lindley & Banks on Partnership, supra*, at pp. 10-11, and adopted in *Continental Bank, supra*, at para. 43:

... if a partnership is formed with some other predominant motive [other than the acquisition of profit], e.g., tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary, profit element, it may be permissible to infer that the business is being carried on “with a view of profit.” If, however, it could be shown that the sole reason for the creation of a partnership was to give a particular partner the “benefit” of, say, a tax loss, when there was no contemplation in the parties’ minds that a profit . . . would be derived from carrying on the relevant business, the partnership could not in any real sense be said to have been formed “with a view of profit”.

An ancillary purpose is by definition a lesser or subordinate purpose. In determining whether there is a view to profit courts should not adopt or employ a purely quantitative analysis. The amount of the expected profit is only one of several factors to consider. The law of partnership does not require a net gain over a determined period in order to establish that an activity is with a view to profit. For example, a partnership may incur initial losses during the start up phase of its enterprise. That does not mean that the relationship is not one of partnership, so long as the enterprise is carried on with a view to profit in the future. Therefore, where a partnership is formed with the predominant motive of acquiring a tax loss, it is not necessary to show an intention to profit by the amount

Spire Freezers (cf. *Continental Bank*) » (1999), 7 *Tax Litigation* 458.

En outre, dans l’arrêt *Continental Bank*, précité, notre Cour a jugé que l’intention prédominante du contribuable n’est pas déterminante pour statuer sur l’existence de l’élément essentiel que constitue la volonté de « réaliser un bénéfice ». Il suffit que le contribuable établisse l’existence d’un objectif accessoire visant la réalisation d’un bénéfice. Cela ressort de l’observation suivante, faite aux p. 10-11 de *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, et adoptée dans l’arrêt *Continental Bank*, précité, par. 43 :

[TRADUCTION] . . . lorsqu’une société est constituée dans quelque autre but dominant [autre qu’un but lucratif], notamment pour éviter l’impôt, mais qu’il existe aussi un élément véritable, bien qu’accessoire, de profit, il est possible d’en conclure que l’entreprise est exploitée «dans le but de réaliser un bénéfice». Cependant, lorsqu’il peut être établi que l’unique raison pour laquelle une société est mise sur pied est de conférer à un associé l’«avantage», par exemple, d’une perte fiscale, alors que les parties n’envisagent nullement qu’un bénéfice [. . .] puisse être tiré de l’exploitation de l’entreprise en cause, la société ne peut véritablement être considérée comme ayant été créée «dans le but de réaliser un bénéfice».

Un objectif accessoire est, par définition, un objectif subordonné ou de moindre importance. Les tribunaux appelés à décider s’il y avait intention de réaliser un bénéfice ne doivent pas adopter ou utiliser une analyse purement quantitative. Le montant du bénéfice escompté n’est qu’un des divers facteurs à considérer. Le droit relatif aux sociétés de personnes n’exige pas la réalisation d’un gain net pendant une période déterminée afin d’établir qu’une activité est exercée dans le but de réaliser un bénéfice. Par exemple, une société de personnes peut subir des pertes lors du démarrage de son entreprise. Cela ne signifie pas que la relation qui existe n’est pas une société de personnes, pourvu toujours que l’entreprise soit exploitée dans le but de réaliser un bénéfice dans le futur. En conséquence, lorsque le motif prédominant de la création d’une société de personnes est l’acquisition d’une perte fiscale, le contribuable n’a pas à établir

necessary to recoup the acquired losses or produce a net gain.

(b) The Approach to Determining Whether a Partnership Exists

25 As adopted in *Continental Bank, supra*, at para. 23, and stated in *Lindley & Banks on Partnership, supra*, at p. 73: “in determining the existence of a partnership . . . regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case”. In other words, to ascertain the existence of a partnership the courts must inquire into whether the objective, documentary evidence and the surrounding facts, including what the parties actually did, are consistent with a subjective intention to carry on business in common with a view to profit.

26 Courts must be pragmatic in their approach to the three essential ingredients of partnership. Whether a partnership has been established in a particular case will depend on an analysis and weighing of the relevant factors in the context of all the surrounding circumstances. That the alleged partnership must be considered in the totality of the circumstances prevents the mechanical application of a checklist or a test with more precisely defined parameters.

(c) Application to the Facts of the Case at Bar

27 In the case at bar, taken by themselves, the partnership agreement and other documentation indicate an intention to form a partnership. But that is not sufficient because the fundamental criteria of a valid partnership must still be met.

28 In this case, the alleged partnership held two assets: the Dallas Apartment Complex and a one percent working interest in an Alberta oil and gas property. We agree with the Federal Court of

qu’il avait l’intention de réaliser un bénéfice suffisant pour effacer les pertes acquises ou produire un gain net.

b) L’approche applicable pour statuer sur l’existence d’une société de personnes

Conformément à l’observation suivante, énoncée dans *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, p. 73, et adoptée dans *Continental Bank, précité*, par. 23 : [TRADUCTION] « pour déterminer l’existence d’une société en nom collectif [. . .] il faut tenir compte du contrat et de l’intention véritables des parties ressortant de l’ensemble des faits de l’affaire ». En d’autres termes, pour statuer sur l’existence d’une société de personnes, les tribunaux doivent se demander si la preuve documentaire objective et les circonstances de l’affaire, notamment les actes concrets des parties, sont compatibles avec l’existence d’une intention subjective d’exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice.

Les tribunaux doivent se montrer pragmatiques dans l’examen des trois éléments essentiels d’une société de personnes. Pour déterminer si une telle société a été établie dans une affaire donnée, il faut analyser et soupeser les facteurs pertinents eu égard à toutes les circonstances. Le fait que l’existence de la prétendue société de personnes doive être examinée au regard de l’ensemble des circonstances est incompatible avec l’application mécanique d’une liste de contrôle ou d’un critère comportant des paramètres définis de façon plus précise.

c) L’application aux faits de l’espèce

En l’espèce, considérés seuls, le contrat de société et les autres documents indiquent l’intention de créer une société de personnes. Toutefois, cela ne suffit pas, car les conditions fondamentales d’existence d’une société de personnes valable doivent également être respectées.

En l’espèce, la prétendue société de personnes détenait deux éléments d’actif : les appartements Dallas et une participation directe de un pour cent dans un bien relatif au pétrole et au gaz en Alberta.

Appeal that the facts in this case indicate that at the time they entered into the transactions at issue, the Canadians did not intend to carry on business with a view to profit in respect of the Dallas Apartment Complex. Once the Canadians acquired their interests in the alleged partnership, the apartment complex was owned only briefly before it was disposed of in accordance with the option granted to the American partners and according to a predetermined closing agenda. As was contemplated in *Continental Bank, supra*, a partnership can be formed for a brief period of time. It was also acknowledged in that case that the parties need not hold meetings or make decisions, and that the passive receipt of rent can constitute a business. However, in *Continental Bank, supra*, the business of the partnership was pre-existing and continued after the partnership was formed. In this case, there was no continuity of a business, in fact, one of the first acts of the alleged partnership was effectively to terminate the Commons' former business of managing the apartment complex. Furthermore, there was no evidence provided to show that the Canadians intended to make a profit during the term of their involvement with the apartment complex. Consequently, in the time between the entry of the Canadians and the disposition of the Dallas Apartment Complex, the Canadians were not, judging from all the surrounding circumstances, carrying on business in common with a view to profit in respect of that asset.

The appellant argues that he established an ancillary intention to carry on business with a view to profit by virtue of the purchase of a working interest in an oil and gas property. Here, again, the documentary evidence indicates an intention to form a partnership. Just prior to the transactions at issue in this appeal, the partnership agreement was amended to provide for investment in oil and gas as one of the purposes of the partnership. Shortly

Tout comme la Cour d'appel fédérale, nous sommes d'avis qu'il ressort des faits de la présente affaire que, à l'époque où ils ont effectué les opérations en cause, les Canadiens n'avaient pas l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice pour ce qui est des appartements Dallas. Après l'acquisition par les Canadiens de leurs participations dans la prétendue société de personnes, les appartements Dallas ne leur ont appartenu que brièvement avant d'être aliénés conformément à l'option consentie aux associés américains et suivant l'ordre préétabli de conclusion des diverses opérations. Comme il a été mentionné dans l'arrêt *Continental Bank*, précité, une société en nom collectif peut être créée pour une courte période. On a également reconnu dans cette affaire qu'il n'était pas nécessaire que les parties tiennent des réunions ou prennent des décisions, et que le fait d'accepter passivement des revenus de location pouvait constituer une entreprise. Cependant, dans l'arrêt *Continental Bank*, précité, l'entreprise exploitée par la société en nom collectif existait déjà avant la formation de la société et elle a continué d'être exploitée par la suite. En l'espèce, aucune entreprise n'a été maintenue; en fait, l'un des premiers gestes de la prétendue société de personnes a été de mettre fin aux activités de gestion, par Commons, des appartements Dallas. En outre, aucune preuve n'a été produite en vue d'établir que les Canadiens avaient eu l'intention de réaliser un bénéfice pendant la période où ils participaient à l'entreprise relative aux appartements Dallas. En conséquence, compte tenu de l'ensemble des circonstances, pendant la période qui s'est écoulée de l'entrée en scène des Canadiens jusqu'à l'aliénation des appartements Dallas, les Canadiens n'ont pas, à l'égard de ce bien, exploité une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice.

L'appellant soutient que l'achat de la participation directe dans un bien relatif au pétrole et au gaz établit l'existence d'une intention accessoire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Ici encore, la preuve documentaire témoigne de l'intention de créer une société de personnes. Tout juste avant les opérations en cause dans le présent pourvoi, le contrat de société a été modifié de façon à y prévoir que l'investissement dans le

before the scheduled withdrawal of the American partners, the alleged partnership did purchase a one percent interest in an Alberta oil and gas property for \$5,000. However, as discussed above, this evidence of intention must be weighed against other factors in the context of the surrounding circumstances relating to the oil and gas property. In considering those circumstances, we are not convinced that the putative partners had the necessary intention to carry on business in common with a view to profit. It is difficult to accept that there was in fact a business being carried on when none of the factors relevant to the existence of a business supports that contention. The putative partners did not hold themselves out to others as providers of goods or services derived from their interest in the oil and gas property. They had no management duties in respect of the property. There is no evidence that the alleged partnership or its agents expended anything other than nominal time, attention or labour on the project; nor did they incur any liabilities to other persons in respect of it.

domaine du pétrole et du gaz était l'un des objets de la société de personnes. Peu de temps avant le retrait prévu des associés américains, la prétendue société de personnes a effectivement acquis, au prix de 5 000 \$, une participation de un pour cent dans un bien relatif au pétrole et au gaz en Alberta. Cependant, comme il a été vu plus tôt, cet élément de preuve touchant l'intention doit être soupesé avec d'autres facteurs, eu égard aux circonstances propres au bien relatif au pétrole et au gaz. Après avoir examiné ces circonstances, nous ne sommes pas convaincus que les supposés associés avaient, comme il se doit, l'intention d'exploiter une entreprise en commun dans le but de réaliser un bénéfice. Il est difficile d'accepter qu'une entreprise ait effectivement été exploitée alors qu'aucun des facteurs pertinents en ce qui concerne l'existence d'une entreprise n'étaye cette prétention. Les supposés associés ne se sont pas présentés à d'autres personnes comme étant des fournisseurs de biens ou services tirés du bien relatif au pétrole et au gaz dans lequel ils avaient un intérêt. Ils n'avaient aucune responsabilité quant à la gestion du bien. Il n'y a aucune preuve indiquant que la prétendue société de personnes ou ses représentants ont consacré plus qu'un apport symbolique au projet en temps, attention ou travail, ou qu'ils ont contracté des obligations envers d'autres personnes relativement au projet.

30

Furthermore, when asked at trial, the appellant could not remember the name of the management company that was operating the oil and gas well. The only evidence of an expectation of profit was a vague and self-serving assertion at trial by the appellant of an expected return of between \$1,000 and \$1,500 per year. There was no evidence that a profit was ever realized, and no financial statements were produced. The one percent interest in the oil and gas property was the sole asset of the alleged partnership and approximately two months after it was purchased it became flooded and production was suspended. No other interests in oil and gas properties were ever purchased. Not until 18 months after the shut-down of the oil and gas

En outre, lorsqu'il a été interrogé à ce sujet au procès, l'appelant ne se souvenait pas du nom de la société de gestion qui exploitait le puits de pétrole et de gaz. Le seul élément de preuve d'une expectative de profit était l'assertion vague et intéressée qu'a faite l'appelant au procès et selon laquelle il escomptait un rendement annuel de 1 000 \$ à 1 500 \$. Aucune preuve n'a établi que quelque profit ait jamais été réalisé, et aucun état financier n'a été produit. La participation directe de un pour cent dans le bien relatif au pétrole et au gaz était le seul élément d'actif de la prétendue société de personnes et, environ deux mois après l'achat du bien, le puits a été inondé et la production a été suspendue. Aucune autre participation dans des biens relatifs au pétrole et au gaz n'a été acquise. Ce n'est que 18 mois après l'arrêt de l'ex-

property did the alleged partnership purchase another asset, the Montana condominium.

Given the above circumstances, we do not accept the appellant's characterization of the Canadians' activities in respect of the oil and gas investment as carrying on business with a view to profit, even as an ancillary purpose. As stated, the time, labour and money spent on the purchase and holding of the interest in the oil and gas property was nominal; indeed, it may be that that arrangement can be viewed as co-ownership of property as found by the Federal Court of Appeal or as an isolated event or adventure as opposed to the carrying on of a business: see *Tara Exploration and Development Co. v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 6370 (Ex. Ct.).

We agree with the trial judge that the transactions at issue were not a sham: see *Stuart Investments*, *supra*, at pp. 545-46. However, the trial judge also found that the purchase of the one per cent interest in an oil and gas property was "nothing more than window dressing". We take that as a finding that there was no real ancillary profit-making purpose behind the appellant's involvement in the oil and gas property. Like the Federal Court of Appeal, we agree with that finding as well. In coming to this conclusion we do not adopt or employ a quantitative analysis, that is, we do not base our conclusion solely on the amount of the expected profit, although that is a factor to consider. In determining whether there is the necessary "view to profit" the courts must look at all the factors that relate to carrying on business in common with a view to profit.

In contrast, the appellants in *Spire Freezers*, *supra*, made a considerable investment in a pre-existing business which they continued to operate

exploitation du bien relatif au pétrole et au gaz que la prétendue société de personnes a acheté un autre bien, soit le condominium au Montana.

Compte tenu des circonstances susmentionnées, nous n'acceptons pas la prétention de l'appellant selon laquelle les activités des Canadiens relativement à leur investissement dans le domaine du pétrole et du gaz constituait l'exploitation d'une entreprise en vue de réaliser un bénéfice, pas même en tant qu'objectif accessoire. Comme il a été mentionné plus tôt, le temps, le travail et l'argent consacrés à l'achat et à la détention de la participation dans le bien relatif au pétrole et au gaz n'ont été que symboliques; de fait, cet arrangement pourrait être considéré comme la copropriété d'un bien, conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel fédérale, ou comme un événement ou un projet isolé, par opposition à l'exploitation d'une entreprise : voir *Tara Exploration and Development Co. c. M.R.N.*, 70 D.T.C. 6370 (C. de l'É.).

Nous souscrivons à la conclusion du juge de première instance que les opérations en cause n'étaient pas un trompe-l'œil : voir *Stuart Investments*, précité, p. 545-546. Cependant, le juge de première instance a également estimé que l'achat de la participation directe de un pour cent dans le bien relatif au pétrole et au gaz n'était « que du camouflage ». Nous assimilons cette constatation à une conclusion que l'achat par l'appellant de la participation dans le bien relatif au pétrole et au gaz ne visait aucun objectif commercial accessoire véritable. À l'instar de la Cour d'appel fédérale, nous souscrivons également à cette constatation. Nous n'arrivons pas à cette conclusion en adoptant ou en utilisant une analyse quantitative; en d'autres mots, nous ne fondons pas notre conclusion sur le seul montant du bénéfice escompté, bien qu'il s'agisse d'un facteur à considérer. Pour déterminer si l'intention de « réaliser un bénéfice » qui est requise existe, les tribunaux doivent prendre en compte tous les facteurs qui ont trait à l'exploitation d'une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice.

Par contraste, les appelants dans l'affaire *Spire Freezers*, précitée, ont fait un investissement considérable dans une entreprise existante, qu'ils ont

31

32

33

after entering the partnership. Ultimately, they acquired an asset, an apartment building, requiring substantially more than nominal management effort. The common purpose requirement was met by the parties' having entered into a valid partnership agreement, and by the fact that they were joint owners of the apartment building, albeit briefly. The appellants in *Spire Freezers* must have entered into the transaction with a view to profit since they were apprised of the potential to make a profit from the apartment building and they clearly intended to continue that business. In that case, the requirements of partnership were met.

34

In summary, it is true that the trial judge in this case did not have the benefit of this Court's reasons in *Continental Bank, supra*, and consequently, he applied the wrong law in finding against the appellant. However, after applying this Court's decision in *Continental Bank, supra*, we agree that the trial judge's finding was correct in this case. The appellant was not a member of a partnership because there was no business being carried on in common with a view to profit.

2. *Does the Taking of An Assignment Obviate the Need to Comply With the Definition?*

35

The appellant's alternative position is that he need not have satisfied the *Continental Bank* criteria because he and the other Canadians became partners of a valid partnership by assignment of interests in a pre-existing Texas partnership. In this regard, the appellant argues that Texas law governs and that under Texas law the criteria of carrying on business in common with a view to profit is irrelevant to the continuing validity of that partnership. There is some dispute between the parties as to whether this aspect of Texas law was adequately proven. The lower courts found that it was not because the expert witness had not turned his mind

continué d'exploiter après avoir formé la société de personnes. Essentiellement, ils ont acquis un bien, en l'occurrence un immeuble d'habitation, qui exigeait beaucoup plus qu'un effort minimal de gestion. Les parties ont satisfait à l'exigence relative à l'objectif commun du fait qu'elles ont conclu un contrat de société valide et qu'elles ont été, quoique brièvement, propriétaires conjoints de l'immeuble d'habitation. Dans *Spire Freezers*, les appelants doivent avoir conclu l'opération en vue de réaliser un bénéfice, puisqu'ils avaient été informés de la possibilité de tirer un bénéfice de l'immeuble d'habitation et qu'ils entendaient clairement continuer d'exploiter cette entreprise. Dans cette affaire, les conditions d'existence d'une société de personnes étaient réunies.

En résumé, il est vrai que, dans la présente affaire, le juge de première instance ne disposait pas des motifs exposés par notre Cour dans l'arrêt *Continental Bank*, précité, et que, en conséquence, il n'a pas appliqué les bonnes règles de droit lorsqu'il s'est prononcé contre l'appelant. Cependant, ayant appliqué cet arrêt, nous sommes d'avis que, en l'espèce, la conclusion du juge de première instance était fondée. L'appelant n'était pas membre d'une société de personnes puisqu'aucune entreprise n'était exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice.

2. *Le fait d'être cessionnaire écarte-t-il l'obligation de conformité à la définition?*

L'autre thèse avancée par l'appelant est qu'il n'était pas tenu de satisfaire aux critères de l'arrêt *Continental Bank* étant donné que, à l'instar des autres Canadiens, il était devenu un associé d'une société de personnes valable en obtenant cession d'intérêts dans une telle société existant déjà au Texas. À cet égard, l'appelant soutient que le droit applicable est celui du Texas et que, en vertu de ce droit, le critère exigeant l'exploitation d'une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice n'est pas pertinent pour déterminer si la société était toujours valide. Les parties ne s'entendent pas encore sur la question de savoir si cet aspect du droit du Texas a été établi de façon satisfaisante. Les cours de juridiction inférieure ont estimé qu'il ne l'avait pas été, étant donné que le témoin expert

to the question of whether the essential ingredients of a partnership were necessary.

As noted above, we are of the view that, where a Canadian taxpayer seeks to deduct partnership losses through s. 96 of the Act, the taxpayer must satisfy the essential ingredients of a partnership under Canadian law. Even in respect of foreign partnerships, for the purposes of s. 96 of the Act, the essential elements of a partnership that exist under Canadian law must be present. A partnership must be that entity familiar to Canadian law, it must be more than a partnership in name only.

To accede to the appellant's alternative position would require us to accept that, by virtue of the nature of a partnership as an independent and continuing entity, a person is capable of becoming a partner by acquiring an economic interest in the partnership, notwithstanding that he or she does not possess the intention to form the definitive relationship with the other partners. A partnership can be viewed as either an independent entity or a relationship between individuals depending on the context in which it is observed. That a partnership may be considered an entity for some purposes is clear from s. 5 of the Ontario *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, c. 370, where it is prescribed that for the sake of convenience a partnership may be referred to as a "firm" and the name under which it carries on business is called the firm name. Likewise, for income tax purposes, the income from the partnership business is calculated at the firm level. And typically, rules of civil procedure provide for actions against a partnership to be commenced and defended using the partnership name, and any order made against a partnership may be enforced against the property of the partnership, as well as the property of the partners: J. A. VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations* (1997), at p. 26.

Furthermore, that a partnership has some characteristics of an entity follows from the principles

ne s'était pas arrêté à la question de savoir si la présence des éléments essentiels d'une société de personnes était nécessaire.

Comme il a été mentionné précédemment, nous sommes d'avis que le contribuable canadien qui désire déduire des pertes d'une société de personnes en application de l'art. 96 de la Loi doit satisfaire aux éléments essentiels à l'existence d'une telle société en droit canadien. Même lorsqu'il s'agit d'une société de personnes étrangère, ces éléments essentiels doivent être présents pour l'application de l'art. 96 de la Loi. La société de personnes doit correspondre à l'entité connue en droit canadien et ne pas être simplement une entité portant ce nom.

Pour retenir la seconde thèse de l'appelant, il nous faudrait accepter que, du fait qu'une société de personnes est par nature une entité indépendante et permanente, une personne peut devenir un associé de cette société en acquérant une participation financière dans celle-ci, même si cette personne n'a pas l'intention d'établir une relation fixe avec les autres associés. Une société de personnes peut, selon le contexte, être considérée comme une entité indépendante ou comme une relation entre des individus. Le fait qu'une société de personnes puisse être considérée comme une entité pour certaines fins ressort clairement de l'art. 5 de la loi ontarienne intitulée *Partnerships Act*, R.S.O. 1980, ch. 370, qui précise que, par souci de commodité, une telle société peut être appelée [TRADUCTION] « firme », et que le nom sous lequel cette société exploite son entreprise est sa « raison sociale ». De même, en ce qui concerne l'impôt sur le revenu, le revenu tiré de l'entreprise de la société est calculé selon les règles applicables à la firme. En outre, les règles de procédure civile précisent habituellement que, en cas d'action intentée contre une société de personnes, tant la demande que la défense doivent utiliser la raison sociale de la société, et toute ordonnance rendue contre une société peut être exécutée contre les biens de celle-ci et ceux de ses associés : J. A. VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations* (1997), p. 26.

En outre, le fait qu'une société de personnes possède certains des attributs d'une entité découle

36

37

38

of partnership law relating to the dissolution of a partnership. There are some statutorily established circumstances under which the partnership is automatically deemed to be dissolved. A court may also intervene to order dissolution of the partnership in specified circumstances. Partners may also agree to dissolve the partnership upon the happening of certain events. Otherwise, an overt act by one of the partners is required to terminate the partnership and end the relationship. As well, notice to the remaining partners and possibly other persons may be necessary: see A. R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (loose-leaf), at paras. 7.60, 7.70 and 7.150.

des principes du droit relatif aux sociétés de personnes en matière de dissolution. La loi prévoit certaines circonstances dans lesquelles la société est automatiquement réputée dissoute. Un tribunal peut également intervenir et ordonner la dissolution de la société dans des circonstances bien précises. Les associés peuvent également convenir de dissoudre la société si certains événements se produisent. Dans les autres cas, il faut un acte explicite de l'un des associés pour mettre fin à la société de personnes et à la relation. De plus, il pourrait être nécessaire de donner un avis aux associés restants et possiblement à d'autres personnes : voir A. R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (éd. feuilles mobiles), par. 7.60, 7.70 et 7.150.

39

However, the question before us concerns the effect of an assignment of partnership interest, and whether an assignee becomes a partner by virtue of such an assignment. Under partnership law generally, an assignee of a partnership interest does not of itself convert the assignee into a partner; see *Lindley & Banks on Partnership, supra*, at pp. 556-57. For example, s. 34 of the *Alberta Partnership Act*, R.S.A. 1980, c. P-2, sets out the rights of an assignee of a partnership interest. It is conspicuous that s. 34 does not grant to an assignee the full rights of partnership, only an entitlement to share in the profits of the partnership and, upon dissolution, the assets of the partnership.

Cependant, la question dont nous sommes saisis porte sur l'effet de la cession d'une participation dans une société de personnes et consiste à déterminer si le cessionnaire devient un associé par suite d'une telle cession. En règle générale, suivant le droit relatif aux sociétés de personnes, le cessionnaire d'une participation dans une telle société ne devient pas de ce seul fait un associé de cette dernière : voir *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, p. 556-557. Par exemple, l'art. 34 de la *Partnership Act*, R.S.A. 1980, ch. P-2, de l'Alberta, énonce les droits du cessionnaire d'une participation dans une société de personnes. Il est clair que l'art. 34 ne confère pas au cessionnaire tous les droits d'un associé, mais seulement le droit à une quote-part des bénéfices réalisés par la société et des biens de celle-ci en cas de dissolution.

40

In our view, for a person to become a partner by assignment there must be a valid partnership at the time of entry of the new partner. In other words, upon the entry of a new partner, the criteria of a valid partnership must be reaffirmed in order for the partnership to continue in its new form. Otherwise the partnership will continue as formerly constituted, provided there has not been an event of dissolution. A bare assignee will have only those

À notre avis, pour qu'un individu devienne un associé par suite d'une cession, il doit exister une société de personnes valable au moment où le nouvel associé est admis dans celle-ci. En d'autres termes, en cas d'admission d'un nouvel associé, l'existence des conditions de validité d'une société de personnes doit être confirmée de nouveau pour assurer le maintien de la société dans sa nouvelle forme. Autrement, la société sera maintenue dans sa forme originale, à moins que ne soit survenu un fait entraînant sa dissolution. Le simple cession-

rights and entitlements provided for in the relevant statute or partnership agreement.

It follows from fundamental principles of partnership law that in order for a person to enter and become a new partner of a valid and pre-existing partnership, that person and the existing members of the partnership must satisfy the essential elements of a valid partnership at the time of the entry of the new partner. That is, they all must be carrying on business in common with a view to profit. In this regard, we agree with the conclusion of the Federal Court of Appeal that “the entry of new persons . . . will be considered to constitute the creation of a new partnership, provided of course, that the requisite components of the definition . . . are satisfied” (para. 51). In particular, we agree with the Federal Court of Appeal’s approval of para. 3-04 of *Lindley & Banks on Partnership, supra*, where the conventional legal view is stated as follows:

The law, ignoring the firm, looks to the partners composing it; any change amongst them destroys the identity of the firm; what is called the property of the firm is their property, and what are called the debts and liabilities of the firm are their debts and their liabilities.

A validly constituted partnership, therefore, is a continuing entity so long as none of the statutory or contractual events of dissolution occurs and the composition of that partnership remains the same. A partnership agreement may facilitate a change in the composition of a partnership by providing that “the partnership continues” upon the entry or withdrawal of partners, but that does not obviate the need for persons intending to enter the partnership as partners to meet the essential criteria of a valid partnership. Those criteria are fundamental and cannot be avoided simply by contract alone. This result is consistent with the view that formation of a partnership does not depend solely on contractual arrangements but must also satisfy the essential

naire n’aura que les droits prévus par la loi applicable ou le contrat de société.

Il ressort des principes fondamentaux du droit relatif aux sociétés de personnes que, pour qu’une personne puisse être admise dans une société de personnes valable existant déjà et devenir un nouvel associé de celle-ci, cette personne et celles qui sont déjà membres de la société doivent satisfaire aux éléments essentiels à l’existence d’une société de personnes valable au moment de l’admission du nouvel associé. Elles doivent donc toutes exploiter l’entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice. À cet égard, nous souscrivons à la conclusion de la Cour d’appel fédérale que « l’admission de nouveaux membres [. . .] [est] considéré[e] comme entraînant la constitution d’une nouvelle société de personnes, à condition bien sûr que les éléments nécessaires de la définition de la société de personnes soient présents » (par. 51). En particulier, nous faisons nôtres, à l’instar de la Cour d’appel fédérale, les propos suivants figurant au par. 3-04 de *Lindley & Banks on Partnership, op. cit.*, qui énoncent ainsi la position juridique classique :

[TRADUCTION] Le droit ne tient pas compte de la société, il tient compte des associés qui la composent; tout changement survenu à leur égard a pour effet de détruire la nature de la société; ce qu’on appelle les biens de la société sont les biens des associés et ce qu’on appelle les dettes et obligations de la société sont les dettes et obligations des associés.

Une société de personnes validement constituée est donc une entité qui continue d’exister, tant et aussi longtemps que sa composition demeure la même et que ne survient pas un des faits qui, suivant la loi ou le contrat, entraînent sa dissolution. Un contrat de société peut prévoir le maintien de la société après l’admission ou le retrait de membres, mais cela n’écarte pas l’obligation qu’ont les personnes qui entendent devenir des associés de cette société de satisfaire aux critères essentiels de validité d’une société de personnes. Ces critères sont fondamentaux et ne peuvent être écartés simplement par contrat. Une telle conclusion est compatible avec l’opinion que la formation d’une société de personnes ne dépend pas seulement des arran-

ingredients of a partnership described by this Court in *Continental Bank, supra*.

43 Since we have already found that at the time of entering into the transactions at issue the alleged partners did not possess the essential ingredients of partnership as described in *Continental Bank, supra*, we cannot accede to the appellant's position on this issue.

44 Finally, after having said this, it is important to mention that, if a person or group of persons hold themselves out as partners in a partnership, but subsequently claim not to be partners for failure to meet the essential ingredients of a valid partnership, third parties dealing with such a non-entity may well have contractual and tortious remedies against the alleged partner(s). Thus, third parties need not look behind representations of partnership in order to be assured of a remedy against the alleged partners.

IV. Disposition

45 For the foregoing reasons, we would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Bennett Jones, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Winnipeg.

gements prévus par contrat, mais également du respect des éléments essentiels à l'existence d'une telle société qui ont été décrits par notre Cour dans l'arrêt *Continental Bank*, précité.

Comme nous avons déjà jugé que, au moment où ils ont conclu les opérations en cause, les prétendus associés ne satisfaisaient pas à ces éléments essentiels, nous ne pouvons retenir la thèse de l'appelant sur cette question.

Enfin, cela dit, il importe de mentionner que si une personne ou un groupe de personnes se présentent comme étant des associés d'une société de personnes, mais soutiennent ultérieurement ne pas être des associés parce qu'elles ne satisfont pas aux éléments essentiels d'une société de personnes valable, les tiers qui traitent avec une telle « non-entité » pourraient bien disposer de recours de nature contractuelle ou délictuelle contre le ou les prétendus associés. En conséquence, les tiers ne sont pas tenus de vérifier les assertions relatives à l'existence d'une société de personnes pour être certains d'avoir un recours contre les prétendus associés.

IV. Le dispositif

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Bennett Jones, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Winnipeg.

Spire Freezers Ltd., Patrick Gouveia, John O'Neill, Edward Butcher, John Dobrei and Maroje Miloslavac *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: SPIRE FREEZERS LTD. v. CANADA

Neutral citation: 2001 SCC 11.

File No.: 27415.

2000: November 10; 2001: March 1.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Calculation of income — Partnership — Losses — Original U.S. partners assigning partnership interest to Canadian assignees — Assignees immediately selling main asset of partnership back to original partners at fair market value incurring substantial loss — Assignees carrying on ancillary business of partnership — Whether valid partnership established for income tax purposes — Whether assignees entitled to deduct partnership loss.

A U.S. partnership, which was involved in the development of luxury residential condominiums and a low-rent apartment building ancillary to the main project, incurred potential losses which the appellants, through taking assignments of partnership interests, sought to acquire for use as an income tax deduction in Canada. Negotiations resulted in several transactions occurring on the same day. The corporate appellant acquired 75 percent of the partnership interest and for a brief moment was a *de jure* partner with a U.S. partner. The individual appellants acquired the remaining partnership interest a short time later. After the Americans left the partnership, the Canadians who had been assigned their interests sold the condominium project to them at fair market value incurring a substantial loss which was later claimed on their 1987 Canadian income tax. The Canadians also paid for the low-rent apartment building which they managed profitably for several years. Revenue Canada disallowed the losses claimed by the appel-

Spire Freezers Ltd., Patrick Gouveia, John O'Neill, Edward Butcher, John Dobrei et Maroje Miloslavac *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : SPIRE FREEZERS LTD. c. CANADA

Référence neutre : 2001 CSC 11.

N° du greffe : 27415.

2000 : 10 novembre; 2001 : 1^{er} mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Société de personnes — Pertes — Cession par les associés américains originaux à des cessionnaires canadiens de leur participation dans une société de personnes — Vente immédiate par les cessionnaires du principal élément d'actif aux associés originaux à sa juste valeur marchande — Perte considérable découlant de la vente — Exploitation par les cessionnaires de l'entreprise accessoire de la société — Une société de personnes valable a-t-elle été créée pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Les cessionnaires pouvaient-ils déduire la perte de la société de personnes?

Une société de personnes américaine qui avait été formée pour réaliser un projet de condominiums résidentiels de luxe et, accessoirement au projet principal, construire un immeuble à logements à loyer modique, a subi des pertes potentielles que les appelants ont acquises par cession en leur faveur d'intérêts dans la société de personnes, en vue de réduire leurs impôts au Canada. Les négociations ont donné lieu à plusieurs opérations, survenues la même journée. La société appelante a acquis une participation de 75 p. 100 dans la société de personnes et, pendant un bref instant, a été associée *de jure* à un associé américain. Les personnes physiques appelantes ont acquis la participation restante dans la société peu de temps après. Après le retrait des Américains de la société de personnes, les Canadiens qui avaient obtenu cession des intérêts des Américains dans la société ont vendu à ceux-ci les condominiums à leur juste valeur marchande, subissant ainsi une perte qu'ils ont ensuite déduite dans le calcul de leur revenu

lants and both the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be allowed.

The appellants are entitled to deduct the business losses. The fact that they entered into the transactions mainly to reduce their income tax liability by gaining access to the losses does not prevent a finding of partnership where, as in this case, the three essential ingredients of a valid partnership are present. First, the partnership was "carrying on business". The partnership held the entire interest in an apartment building and the property management business that was associated with that asset was pre-existing and continued by the appellants. Although the original American partners and the corporate appellant held the property management business jointly for only a brief period of time, the duration of the carrying on of business is not determinative. A partnership may be created for a single transaction. Second, the business was carried on "in common". The parties having entered into a valid partnership agreement setting out their rights and obligations as partners established the common purpose element and some *indicia* of partnership were also present during the brief period the Americans and the corporate appellant were combined. Finally, the business was carried on with a view to profit. The original partnership had been conceded to be valid and running a business with a view to a profit when the appellants were added. During the time that the corporate appellant and the Americans were partners, and up until the latter withdrew from the partnership, they continued to carry on business with a view to profit. Further, the appellants had been apprised during negotiations of the potential to make a profit from the apartment building and they clearly intended to continue that business. Since the determination of the existence of a view to a profit is not a matter of strictly quantitative analysis, the quantum of the initial loss compared to the anticipated profit does not negate the holding of partnership. The law of partnership does not require a net gain over a determined period in order to establish that an activity is with a view to profit. The parties' intention to make a profit can be revisited on appeal in this case because the trial judge equated intention with

imposable au Canada en 1987. Les Canadiens ont également acheté l'immeuble à logements à loyer modique, qu'ils ont géré de façon rentable pendant plusieurs années. Revenu Canada a refusé la déduction de ces pertes, décision qui a été confirmée par la Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les appelants ont le droit de déduire les pertes d'entreprise. Le fait que les appelants aient effectué les opérations principalement en vue de réduire leurs impôts en acquérant les pertes n'empêche pas de conclure à l'existence d'une société de personnes lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les trois éléments essentiels à l'existence d'une société de personnes valable sont présents. Premièrement, la société « exploitait une entreprise ». L'élément d'actif détenu par la société de personnes était un immeuble à logements en pleine propriété, et l'entreprise de gestion immobilière se rapportant à cet élément d'actif existait déjà et a été poursuivie par les appelants. Même si les associés américains originaux et la société appelante n'ont détenu conjointement l'entreprise de gestion immobilière que pendant une courte période, la durée de l'exploitation de l'entreprise n'est pas déterminante. Une société de personnes peut être créée pour une seule opération. Deuxièmement, l'entreprise était exploitée « en commun ». La conclusion par les parties d'un contrat de société valable qui énonçait leurs droits et obligations respectifs en tant qu'associés établit la présence de l'élément constitutif exigeant l'existence d'un but commun, et certains des indices de l'existence d'une société de personnes étaient également présents pendant la courte période au cours de laquelle les Américains et la société appelante ont été associés. Enfin, l'entreprise était exploitée en vue de réaliser un bénéfice. Il a été admis que la société de personnes originale était une société de personnes valable existante, qui exploitait une entreprise en vue de réaliser un bénéfice lorsque les appelants s'y sont joints. Pendant la période où la société appelante et les Américains étaient associés, et ce jusqu'au retrait de ces derniers de la société de personnes, ils ont continué à exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. En outre, les appelants avaient été informés pendant les négociations de la possibilité de tirer un bénéfice des appartements, et ils avaient manifestement l'intention de continuer à exploiter cette entreprise. Comme la détermination de l'existence de l'objectif de réaliser un bénéfice n'est pas fonction d'une analyse strictement quantitative, le montant de la perte initiale par rapport au bénéfice escompté n'empêche pas de conclure à l'existence d'une société de personnes. Le droit relatif aux sociétés n'exige pas, comme preuve qu'une activité est exercée en vue de réa-

predominant motive and did not consider whether an ancillary intention to profit existed.

Cases Cited

Applied: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, rev'g [1996] 3 F.C. 713; **distinguished:** *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10; **referred to:** *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 96 [am. 1984, c. 1, s. 43(1); am. 1985, c. 45, s. 48(1); am. 1987, c. 46, s. 32(1)].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1999] 4 F.C. 381, 242 N.R. 358, 99 D.T.C. 5297, [1999] 3 C.T.C. 476, 46 B.L.R. (2d) 153, [1999] F.C.J. No. 796 (QL), dismissing the appellants' appeal from a judgment of the Tax Court of Canada, 98 D.T.C. 1287, [1998] 2 C.T.C. 2764, [1997] T.C.J. No. 1271 (QL), which found that the appellants were not entitled to deduct partnership losses under s. 96 of the *Income Tax Act*. Appeal allowed.

Warren J. A. Mitchell, Q.C., and *John R. Owen*, for the appellants.

J. S. Gill and *Marilyn Vardy*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. — This appeal was heard with *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10, released concurrently. Both appeals raise the basic question of whether a valid partnership has been established for income tax purposes.

liser un bénéfice, qu'un gain net ait été réalisé dans une période déterminée. La question de savoir si l'intention des parties était de réaliser un bénéfice peut, en l'espèce, être réexaminée en appel, car le juge de première instance a assimilé intention et motif dominant et ne s'est pas demandé s'il existait une intention secondaire de réaliser un bénéfice.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, inf. [1996] 3 C.F. 713; **distinction faite d'avec l'arrêt :** *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10; **arrêt mentionné :** *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 96 [mod. 1984, ch. 1, art. 43(1); mod. 1985, ch. 45, art. 48(1); mod. 1987, ch. 46, art. 32(1)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1999] 4 C.F. 381, 242 N.R. 358, 99 D.T.C. 5297, [1999] 3 C.T.C. 476, 46 B.L.R. (2d) 153, [1999] A.C.F. n° 796 (QL), qui a rejeté l'appel formé par les appelants contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, 98 D.T.C. 1287, [1998] 2 C.T.C. 2764, [1997] A.C.I. n° 1271 (QL), qui avait conclu que les appelants n'avaient pas le droit de déduire des pertes d'une société de personnes en vertu de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pourvoi accueilli.

Warren J. A. Mitchell, c.r., et *John R. Owen*, pour les appelants.

J. S. Gill et *Marilyn Vardy*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10, dont les motifs sont également déposés aujourd'hui. Les deux pourvois soulèvent la question fondamentale de savoir si une société de personnes valable a été établie aux fins d'application des lois fiscales.

I. Facts

2 In 1978, a partnership named the Hamilton Cove Partnership (“HCP”) was formed in California to develop a luxury residential condominium project on Santa Catalina Island off the coast of California. By late 1980, two equal partners remained, both American corporations: BCE Development Inc. (“BDI”), and its wholly owned subsidiary, Peninsula Cove Corporation (“Peninsula”).

3 In order to obtain government approvals, the partnership was required to build a low-rent apartment project known as the Tremont Apartments (“Tremont”) in Avalon on Santa Catalina Island. Tremont was owned by a corporation called the Tremont Street Apartments Corporation (“TSAC”), which was in turn fully owned by HCP.

4 By the end of 1986, the development costs of the HCP condominium project exceeded the fair market value of the project by approximately US\$10 million. In the spring of 1987, several Canadian parties, of whom the appellant Spire Freezers Ltd. was the largest, were apprised of the opportunity to purchase the tax losses of the HCP project at 20 cents on the dollar.

5 After detailed negotiations, the parties came to an agreement. On November 30, 1987, the following transactions occurred:

- (a) BDI and Peninsula amended their partnership agreement to keep the partnership operative regardless of the withdrawal of any of its partners.
- (b) TSAC sold Tremont to HCP for approximately US\$2.9 million. HCP borrowed these funds from BDI.
- (c) HCP, which sold its shares of TSAC to BDI, was paid by set-off against the loan from BDI.
- (d) Peninsula sold its 50 percent interest in the partnership to the appellant Spire Freezers

I. Les faits

En 1978, une société de personnes nommée Hamilton Cove Partnership (« HCP ») a été formée en Californie pour réaliser, sur l’île Santa Catalina, au large des côtes de la Californie, un projet de condominiums résidentiels de luxe. À la fin des années 80, il restait deux associés à parts égales, en l’occurrence deux sociétés américaines : BCE Development Inc. (« BDI ») et sa filiale en propriété exclusive, Peninsula Cove Corporation (« Peninsula »).

Pour obtenir des autorités compétentes les permis requis, la société de personnes a dû construire un immeuble à logements à loyer modique, connu sous le nom de Tremont Apartments (« Tremont »), à Avalon sur l’île Santa Catalina. Tremont appartenait à une société appelée Tremont Street Apartments Corporation (« TSAC »), laquelle appartenait entièrement à HCP.

À la fin de 1986, les coûts de construction des condominiums HCP dépassaient leur juste valeur marchande d’environ 10 millions de dollars américains. Au printemps 1987, plusieurs entreprises canadiennes, dont l’appelante Spire Freezers Ltd. était la plus importante, ont été informées de la possibilité d’acheter les pertes fiscales relatives aux condominiums HCP au prix de 20 cents le dollar.

À la suite de négociations exhaustives, les parties sont arrivées à une entente. Le 30 novembre 1987, les opérations suivantes ont eu lieu :

- a) BDI et Peninsula ont modifié leur contrat de société de personnes afin de maintenir cette société en activité indépendamment du retrait de l’un ou l’autre de ses associés.
- b) TSAC a vendu Tremont à HCP pour la somme d’environ 2,9 millions de dollars américains. HCP a emprunté cette somme à BDI.
- c) HCP, qui a vendu ses actions de TSAC à BDI, a été payée par une réduction en conséquence de l’emprunt contracté auprès de BDI.
- d) Peninsula a vendu sa participation de 50 p. 100 dans la société de personnes à l’appelante Spire

Ltd., and BDI sold a 25 percent interest in the partnership to the appellant Spire Freezers Ltd. For a brief instant, the *de jure* partners were BDI and Spire Freezers Ltd. BDI's remaining 25 percent interest in the partnership was then sold to the Spire Group, a group made up of the individual Canadian parties other than the appellant Spire Freezers Ltd. The total purchase price was US\$34,530,253.

- (e) HCP immediately sold the condominium project to BDI for US\$33.3 million. The sale of the condominium project at this price gave rise to an operational loss of approximately US\$10.4 million.
- (f) HCP changed its name to the Tremont Street Partnership.

In effect, Spire Freezers Ltd. and the Spire Group (together the Canadians) paid approximately US\$1.2 million to acquire Tremont and the losses totaling about US\$10.4 million that were incurred by the sale of the HCP project. The Canadians have managed Tremont profitably since its acquisition. In the fiscal year ending December 31, 1987, the partnership claimed a loss of US\$10 million in respect of the HCP project sale and a capital loss of US\$367,000 in respect of the sale of TSAC shares. Revenue Canada disallowed the losses. The appellants appealed to the Tax Court of Canada which ruled against them, as did the majority in the Federal Court of Appeal.

II. Judgments Below

1. *Tax Court of Canada*, 98 D.T.C. 1287

Rip T.C.C.J. found that the transactions in the case at bar were legally effective and were not a sham. He also found that the losses were true losses, and that the tax avoidance sections of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (the "Act"), did not apply. Most of the reasons for judgment was concerned with whether the appel-

Freezers Ltd., et BDI a vendu à cette dernière une participation de 25 p. 100 dans la société. Pendant un bref instant, les associés *de jure* étaient BDI et Spire Freezers Ltd. La participation restante de 25 p. 100 de BDI dans la société a ensuite été vendue à Spire Group, groupe qui était constitué de personnes physiques canadiennes à l'exclusion de l'appelante Spire Freezers Ltd. Le prix d'achat total s'est élevé à 34 530 253 de dollars américains.

- e) HCP a immédiatement vendu les condominiums à BDI pour la somme de 33,3 millions de dollars américains. La vente des condominiums a entraîné une perte d'exploitation d'environ 10,4 millions de dollars américains.
- f) HCP a changé son nom et est devenue Tremont Street Partnership.

Dans les faits, Spire Freezers Ltd. et Spire Group (collectivement les « Canadiens ») ont versé environ 1,2 million de dollars américains pour acquérir Tremont ainsi que les pertes totalisant environ 10,4 millions de dollars américains auxquelles avait donné lieu la vente des condominiums HCP. Les Canadiens ont géré Tremont de façon rentable depuis son acquisition. Pour l'année d'imposition ayant pris fin le 31 décembre 1987, la société de personnes a déduit une perte de 10 millions de dollars américains relativement à la vente des condominiums HCP ainsi qu'une perte en capital de 367 000 dollars américains relativement à la vente des actions de TSAC. Revenu Canada a refusé la déduction de ces pertes. Les appelants ont interjeté appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt, qui s'est prononcée contre eux, comme l'ont fait les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale.

II. L'historique des procédures judiciaires

1. *La Cour canadienne de l'impôt*, 98 D.T.C. 1287

Le juge Rip de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que les opérations en cause produisaient des effets juridiques et ne constituaient pas un trompe-l'œil. Il a également jugé que les pertes étaient réelles et que les dispositions en matière d'évitement fiscal de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la « Loi »), ne

lants were members of a partnership for the purposes of deducting losses under the Act.

8 The Tax Court judge reviewed the formal admissions of fact made by the appellants in respect of their intention to acquire a tax loss. He also noted that they were aware that the continued existence of the partnership and the ownership of the Tremont apartment building were necessary for their objective to succeed. He concluded that the appellants' sole motivation in entering into the transactions with BDI and Peninsula was to acquire a tax loss and that the thought of the transaction being profitable was never in the minds of the appellants.

9 The Tax Court judge then applied the decision of the Federal Court of Appeal in *Canada v. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 F.C. 713, which has since been overturned. He held that since none of the appellants intended anything other than to obtain a tax loss, the Canadians were not partners with respect to the ownership of the HCP condominium complex and Tremont.

2. *The Federal Court of Appeal*, [1999] 4 F.C. 381

10 The majority of the Federal Court of Appeal (Linden J.A., Strayer J.A. concurring) affirmed the result reached in the Tax Court. The majority considered this Court's decision in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298. They recognized that even an ancillary purpose of profit making may form the basis of partnership. However, in the majority's view, the Tax Court judge in this case made an unambiguous finding of fact that the Canadians, when they purported to become partners, had absolutely no intention to carry on business with a view to profit. Rather, their sole intention was to obtain a tax loss. Because the law that an ancillary profit intention is sufficient in creating a partnership was known to the Tax Court judge, and because in their view there was no persuasive evidence to demonstrate an intention to earn a profit, ancillary or otherwise,

s'appliquaient pas. L'essentiel des motifs du jugement a porté sur la question de savoir si les appelants étaient membres d'une société de personnes aux fins de déduction des pertes conformément à la Loi.

Le juge de la Cour de l'impôt a examiné les admissions de fait faites formellement par les appelants relativement à leur intention d'acquiescer une perte fiscale. Il a également souligné que ceux-ci savaient que le maintien de l'existence de la société de personnes et de leur droit de propriété sur les appartements Tremont étaient nécessaires à la réalisation de leur objectif. Il a estimé que, lorsque les appelants avaient effectué les opérations avec BDI et Peninsula, leur seule motivation était d'acquiescer une perte fiscale, et qu'ils ne s'étaient jamais attardés à la rentabilité de ces opérations.

Le juge de la Cour de l'impôt a ensuite appliqué l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Canada c. Continental Bank Leasing Corp.*, [1996] 3 C.F. 713, qui a depuis été infirmé. Il a jugé que, puisqu'aucun des appelants n'avait jamais eu d'autre intention que celle d'acquiescer une perte fiscale, les Canadiens n'étaient pas des associés relativement à la propriété des condominiums HCP et des appartements Tremont.

2. *La Cour d'appel fédérale*, [1999] 4 C.F. 381

Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale (le juge Linden avec l'appui du juge Strayer) ont confirmé la décision de la Cour de l'impôt. Ils ont examiné l'arrêt de notre Cour *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298. Ils ont reconnu que, même si la réalisation d'un bénéfice n'est qu'un but accessoire, cet objectif peut constituer le fondement d'une société de personnes. Les juges majoritaires ont toutefois estimé que, en l'espèce, le juge de la Cour de l'impôt avait tiré la conclusion de fait claire que, lorsque les Canadiens sont censément devenus associés, ils n'avaient aucunement l'intention d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. Leur seule intention était plutôt d'acquiescer une perte fiscale. Comme le juge de la Cour de l'impôt savait que, en droit, l'intention accessoire de réaliser un bénéfice suffit pour former une

the majority held that there was no basis upon which it could reverse a finding of fact as to the intention of the parties at the time of entering into a partnership contract. Hence, the conclusion of the Tax Court judge that there was no business being carried on with a view to profit could not be challenged.

In his dissenting opinion, Robertson J.A. held that the reasons of the Tax Court judge should be interpreted as finding that the appellants' predominant motive was to gain access to a tax loss. At the time of his decision, the Tax Court judge's conclusion that a valid partnership could not be formed in such a situation was fully supported by the Federal Court of Appeal decision in *Continental Bank, supra*, which he quoted extensively. However, in the meantime that decision had been reversed by this Court. In Robertson J.A.'s view, it was obvious that the taxpayers' primary intention was to acquire a substantial non-capital loss. But it is equally obvious that their secondary intention was to acquire and retain an income producing asset, Tremont, by which they could continue to carry on business in common. Hence, he concluded that this Court's decision in *Continental Bank, supra*, was dispositive of the issue before the Court of Appeal and that the appellants had established a sufficient basis for a finding that a partnership existed at the material time.

III. Analysis

1. *Introduction*

In this appeal, we are asked to consider whether the appellants, Spire Freezers Ltd. and the Spire Group, are entitled to deduct the business losses they claim to have accumulated as partners in the Californian partnership HCP. The Canada Customs and Revenue Agency, on behalf of the

société de personnes, et comme, de l'avis des juges majoritaires, il n'y avait aucune preuve convaincante démontrant l'existence d'une intention — accessoire ou autre — de réaliser un bénéfice, ces derniers ont conclu qu'il n'y avait rien les justifiant d'infirmer une conclusion de fait concernant l'intention des parties lorsqu'elles ont signé le contrat de société. Par conséquent, la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle aucune entreprise n'était exploitée en vue de réaliser un bénéfice ne pouvait être contestée.

Dans ses motifs dissidents, le juge Robertson a estimé qu'il fallait considérer que, dans ses motifs, le juge de la Cour de l'impôt avait conclu que la motivation dominante des appelants était d'acquiescer à une perte fiscale. Lorsque le juge de la Cour de l'impôt a rendu sa décision, sa conclusion selon laquelle une société de personnes valable ne pouvait être formée dans une telle situation était pleinement étayée par l'arrêt *Continental Bank, précité*, de la Cour d'appel fédérale, qu'il a cité abondamment. Entre-temps, toutefois, cet arrêt avait été infirmé par notre Cour. Selon le juge Robertson, il était évident que l'intention première des contribuables était d'acquiescer à une perte autre qu'en capital importante. Cependant, il est tout aussi évident que leur intention secondaire était d'acquiescer et de conserver un élément d'actif générateur de revenus, les appartements Tremont, qui leur permettait de continuer à exploiter une entreprise en commun. Il a donc conclu que l'arrêt *Continental Bank, précité*, de notre Cour était déterminant quant à la question dont était saisie la Cour d'appel fédérale et que les appelants avaient apporté une preuve suffisante pour étayer la conclusion qu'une société de personnes existait au cours de la période pertinente.

III. L'analyse

1. *Introduction*

Dans le présent pourvoi, on nous demande de décider si les appelants, Spire Freezers Ltd. et Spire Group, ont le droit de déduire les pertes d'entreprise qu'ils prétendent avoir accumulées en tant que membres de la société de personnes californienne HCP. Agissant au nom de l'intimée au

respondent in this appeal, reassessed the appellants on the ground that they were not true partners and therefore could not claim the business losses. As already noted, this case was heard at the same time as *Backman, supra*, reasons in which are being released concurrently herewith, and which applied the principles enunciated by this Court in *Continental Bank, supra*. Like *Backman*, the principal issue to be decided in this appeal is: were the appellants members of a partnership at the time the losses were incurred?

13 With respect to the majority in the Federal Court of Appeal, we would allow the appeal for substantially the same reasons as expressed in the dissent of Robertson J.A. but wish to elaborate some points.

2. *Were the Appellants Members of a Partnership?*

14 The essential ingredients of partnerships and the proper approach to determining whether a partnership exists are discussed in *Backman*. We summarize those principles below.

(a) The Essential Ingredients of Partnership

15 The three essential ingredients of a valid partnership in Canada were recently described by this Court in *Continental Bank, supra*, at para. 22. At the time the alleged partnership is formed, the evidence must disclose that the alleged partners were (1) carrying on a business, (2) in common, (3) with a view to profit.

16 In *Backman, supra*, we discuss the concepts of “carrying on a business”, “business”, “in common”, and “view to profit” as applied to partnership law and as described in *Continental Bank*. We

présent pourvoi, l’Agence canadienne des douanes et du revenu a fait parvenir une nouvelle cotisation aux appelants pour le motif qu’ils n’étaient pas de véritables associés et que, en conséquence, ils ne pouvaient pas déduire les pertes d’entreprise en question. Comme il a été mentionné plus tôt, le présent pourvoi a été entendu en même temps que l’affaire *Backman*, précitée, dont les motifs sont également déposés aujourd’hui et dans laquelle ont été appliqués les principes énoncés par notre Cour dans l’arrêt *Continental Bank*, précité. Tout comme dans l’affaire *Backman*, la principale question à trancher dans le présent pourvoi est la suivante : Est-ce que les appelants étaient membres d’une société de personnes au moment où les pertes ont été subies?

En toute déférence pour les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi, essentiellement pour les motifs de dissidence exposés par le juge Robertson, mais nous désirons préciser certains points.

2. *Les appelants étaient-ils membres d’une société de personnes?*

Les éléments essentiels d’une société de personnes et l’approche appropriée pour statuer sur l’existence d’une telle société sont analysés dans l’arrêt *Backman*. Nous allons résumer ces principes dans les lignes qui suivent.

a) Les éléments essentiels de la société de personnes

Les trois éléments essentiels à l’existence d’une société de personnes valable au Canada ont été décrits récemment par notre Cour dans l’arrêt *Continental Bank*, précité, par. 22. La preuve doit démontrer que, au moment où la société aurait été formée, les présumés associés (1) exploitaient une entreprise (2) en commun (3) en vue de réaliser un bénéfice.

Dans l’arrêt *Backman*, précité, nous analysons les concepts énumérés ci-après, tels qu’ils sont appliqués en droit des sociétés de personnes et qu’ils ont été décrits dans l’arrêt *Continental*

need not repeat that discussion here. Indeed, most of the reasoning in *Backman* is applicable in this case.

As stated in *Continental Bank*, and reiterated in *Backman*, a tax motivation will not derogate from the validity of a partnership where the essential ingredients of a partnership are otherwise present: *Continental Bank*, *supra*, at paras. 50-52; *Backman*, *supra*, at para. 22. Furthermore, as held in *Backman*, where a Canadian taxpayer seeks to deduct partnership losses through s. 96 of the Act, he or she must satisfy the essential elements of a partnership that exist under Canadian law. In other words, for the purposes of s. 96 of the Act, the essential elements of a partnership must be present, even in respect of foreign partnerships: *Backman*, *supra*, at para. 17.

(b) The Approach to Determining Whether a Partnership Exists

As explained in *Backman*, the determination of the existence of a partnership will depend on the true contract and intention of the parties as appearing from the whole of the facts of the case. Courts must be pragmatic in their approach to the three essential ingredients of partnership and weigh the relevant factors in the context of all the surrounding circumstances: *Backman*, *supra*, at paras. 25-26.

(c) Application to the Facts at Bar

The transactions at issue in this case are similar to those in *Backman*. As in *Backman*, in this case, two groups of Canadians allege that they became partners in a valid partnership through a series of transactions that involved their taking assignments of partnership interests in a pre-existing American partnership. The original American partners withdrew, leaving the resultant alleged partnership between the Canadians holding two assets. The

Bank : « exploitation d'une entreprise », « entreprise », « en commun » et « en vue de réaliser un bénéfice ». Il n'est pas nécessaire que nous refaisons cette analyse en l'espèce. De fait, l'essentiel du raisonnement suivi dans l'arrêt *Backman* s'applique au présent pourvoi.

Comme il a été dit dans *Continental Bank* et réitéré dans *Backman*, l'existence d'une motivation d'ordre fiscal n'enlève rien à la validité de la société de personnes lorsque les éléments essentiels d'une telle société sont de toute manière présents : *Continental Bank*, précité, par. 50-52; *Backman*, précité, par. 22. En outre, comme il a été jugé dans l'arrêt *Backman*, le contribuable canadien qui désire déduire les pertes d'une société de personnes en vertu de l'art. 96 de la Loi doit satisfaire aux conditions essentielles de validité d'une société de personnes en droit canadien. En d'autres mots, pour l'application de l'art. 96 de la Loi, les éléments essentiels d'une société de personnes doivent être présents, même dans le cas d'une société de personnes étrangère : *Backman*, précité, par. 17.

b) L'approche applicable pour déterminer si une société de personnes existe

Comme on l'explique dans l'arrêt *Backman*, pour déterminer si une société de personnes existe, il faut tenir compte du contrat et de l'intention véritables des parties eu égard à l'ensemble des faits de l'affaire. Les tribunaux doivent se montrer pragmatiques dans l'examen des trois éléments essentiels à la validité d'une société de personnes et ils doivent soupeser les facteurs pertinents eu égard à toutes les circonstances : *Backman*, précité, par. 25-26.

c) L'application aux faits de l'espèce

Les opérations en cause dans le présent pourvoi sont similaires à celles de l'affaire *Backman*. En l'espèce, tout comme dans *Backman*, deux groupes de Canadiens plaignent qu'ils sont devenus membres d'une société de personnes valable par suite d'une série d'opérations, notamment la cession en leur faveur d'intérêts dans une société américaine existante. Les associés américains originaux se sont retirés, laissant deux éléments

17

18

19

primary asset, in this case the HCP condominium project, was held briefly and in effect sold back to the original American partners, generating a large loss for the alleged partnership. The subordinate asset, in this case the Tremont apartment building, is the vehicle through which the appellants seek to establish that there was an ancillary purpose in the transactions that rendered them members of a valid partnership, namely to carry on business in common with a view to profit.

d'actif à la présumée société de personnes formée de Canadiens qui en a résulté. En l'espèce, le principal élément d'actif — les condominiums HCP — a été détenu brièvement puis dans les faits revendu aux associés américains originaux, opération qui a entraîné une perte considérable pour la présumée société de personnes. L'élément d'actif secondaire dans la présente affaire — les appartements Tremont — est le moyen par lequel les appelants cherchent à démontrer que les opérations visaient un objectif accessoire ayant fait d'eux des membres d'une société de personnes valable, en l'occurrence l'exploitation d'une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice.

20

However, despite the similarities between the transactions in this case and those in *Backman*, there are some essential differences. For example, in respect of whether there was a carrying on of business, it is notable that there is a significant difference between the subordinate assets in *Backman* and *Spire* in terms of the degree of effort required of the appellants and expended by them in management. In *Backman*, the subordinate asset was a one percent interest in an oil and gas property, purchased for the sum of \$5,000 during the transition between American and Canadian control of the alleged partnership. The alleged partnership in *Backman* had no significant management control over that asset, nor did the acquisition of that asset represent a continuation of a pre-existing business of one of the putative partners. When production was shut down shortly after purchase, no other investments in oil and gas were made. Thus, in *Backman*, the alleged partnership was “an empty shell that does not in fact carry on business” (see *Backman, supra*, at para. 20). In this case, the subordinate asset held by the partnership was the entire interest in an apartment building. The property management business that was associated with that asset was pre-existing and continued by the Canadians. Tremont required a substantial management effort which the appellants provided, and from which they benefited by generating profit. As noted by Robertson J.A., “the partnership continued to hold title to a profit-generating asset, namely, the apartment building, for at least a

Toutefois, malgré les similitudes qui existent entre les opérations en l'espèce et celles de l'affaire *Backman*, elles présentent néanmoins certaines différences essentielles. Par exemple, relativement à la question de savoir s'il y avait exploitation d'une entreprise, il convient de souligner la différence importante qui existe entre les éléments d'actif secondaires en cause dans les affaires *Backman* et *Spire* du point de vue de l'ampleur des efforts requis des appelants et consacrés par eux sur le plan de la gestion. Dans *Backman*, l'élément d'actif secondaire était un intérêt de un pour cent dans un bien relatif au pétrole et au gaz, acheté pour la somme de 5 000 \$ lors du transfert du contrôle de la présumée société des Américains aux Canadiens. Dans *Backman*, la présumée société ne disposait pas de pouvoir important relativement à la gestion de cet élément d'actif et l'acquisition de celui-ci ne constituait pas non plus la poursuite d'une entreprise existante de l'un des associés présumés. Lorsque la production a été arrêtée peu de temps après l'achat du bien, aucun autre investissement n'a été fait dans le domaine du pétrole et du gaz. Par conséquent, dans *Backman*, la présumée société était « une coquille vide qui n'exploit[ait] dans les faits aucune entreprise » (voir *Backman*, précité, par. 20). Dans la présente affaire, l'élément d'actif secondaire détenu par la société de personnes était un immeuble à logements en pleine propriété. L'entreprise de gestion immobilière se rapportant à cet élément d'actif existait déjà et a été poursuivie par les

decade after the sale of the condominium development” (para. 57 (emphasis in original)).

Although the original American partners and Spire Freezers Ltd. held the property management business jointly for only a brief period of time, the duration of the carrying on of business is not determinative. The fact that a partnership is created for a single transaction is of no consequence. Furthermore, it is not necessary to show that the parties held meetings, entered into new transactions, or made decisions: *Continental Bank, supra*, at paras. 31-33. And a business may be established even in circumstances where the sole business activity is the passive receipt of rent, as was noted by L’Heureux-Dubé J. in *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at para. 46. Consequently, while in *Backman* it could not fairly be said that the alleged partnership was carrying on business, that is not true of the appellants in this case.

Turning to the question of whether the business in this case was carried on “in common”, the common purpose element of a partnership was established in this case by the parties’ having entered into a valid partnership agreement setting out their respective rights and obligations as partners. Contrary to the finding of the Federal Court of Appeal in this case, some of the *indicia* of partnership described in *Continental Bank, supra*, were present during the brief period the Americans and Spire Freezers Ltd. were combined. For example, the Americans and Spire Freezers Ltd. did hold “a joint property interest in the subject-matter of the adventure” (*Backman, supra*, at para. 21), that is the assets and property management business of HCP. In addition, as already noted, the business of the Tremont apartment building involved substan-

Canadiens. La gestion des appartements Tremont a demandé des efforts importants, que les appelants ont déployés et dont ils ont profité en réalisant un bénéfice. Comme l’a souligné le juge Robertson, « la société de personnes a continué pendant au moins une dizaine d’années après la vente de l’immeuble en copropriété à être propriétaire d’un bien qui générerait des bénéfices, en l’occurrence l’immeuble d’habitation » (par. 57 (souligné dans l’original)).

Même si les associés américains originaux et Spire Freezers Ltd. n’ont détenu conjointement l’entreprise de gestion immobilière que pendant une courte période, la durée de l’exploitation de l’entreprise n’est pas déterminante. Le fait qu’une société de personnes soit créée pour une seule opération est sans incidence. En outre, il n’est pas nécessaire de démontrer que les parties ont tenu des réunions, effectué de nouvelles opérations ou pris des décisions: *Continental Bank*, précité, par. 31-33. De plus, une entreprise peut être établie même lorsque la seule activité commerciale est la perception passive de loyers, comme l’a souligné le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, par. 46. En conséquence, alors que dans *Backman* on ne pouvait pas raisonnablement dire que la présumée société exploitait une entreprise, il n’en va pas de même pour les appelants en l’espèce.

Pour ce qui est de la question de savoir si, en l’espèce, l’entreprise a été exploitée « en commun », l’élément constitutif exigeant l’existence d’un but commun a été établi par le fait que les parties ont conclu un contrat de société valable, qui énonçait leurs droits et obligations respectifs en tant qu’associés. Contrairement à la conclusion qu’a tirée à cet égard la Cour d’appel fédérale dans la présente affaire, certains des indices de l’existence d’une société de personnes qui ont été décrits dans l’arrêt *Continental Bank*, précité, étaient présents pendant la courte période au cours de laquelle les Américains et Spire Freezers Ltd. ont été associés. Par exemple, les Américains et Spire Freezers Ltd. détenaient un « [droit de] propriété conjointe [dans] l’objet de l’entreprise » (*Backman*, précité, par. 21), soit les éléments d’ac-

21

22

tial efforts and management and in this sense the parties contributed “skill, knowledge or assets to a common undertaking”. All things considered, there is sufficient evidence to found a common purpose among the parties during the transition between American and Canadian control of that partnership.

23

With respect to the question of whether the business was carried on with a view to profit, it is conceded that prior to the relevant transactions, HCP was a valid and existing partnership and that it had been formed with a view to profit. It is also clear that the partnership was running a business with a view to profit when the new Canadian partners were added. The fact that the American partners withdrew from the partnership does not take away from the fact that during the time that they were partners, and up until their withdrawal from the partnership, they continued to carry on business with a view to profit. For their part, the appellants must have entered into the transactions in this case with a view to profit since they were apprised during negotiations of the potential to make a profit from the Tremont apartment building and they clearly intended to continue that business. This is in contrast to the appellant in *Backman* whose efforts were characterized by the trial judge as “nothing more than window dressing” and the finding by the Court of Appeal that there was no real ancillary profit-making purpose behind the appellant’s involvement in the oil and gas property.

24

The majority in the Court of Appeal rejected the contention that a valid partnership with a view to profit was formed when the new Canadian partners were admitted to the partnership based on the intention of the American partners to abandon the partnership and their possession of the Tremont asset immediately thereafter. This amounts to a

tif et l’entreprise de gestion immobilière de HCP. En outre, comme il été souligné précédemment, l’exploitation des appartements Tremont a exigé des efforts et un travail de gestion importants et, en ce sens, les parties ont contribué « à l’entreprise commune sous forme d’habiletés, de connaissances ou de biens ». Eu égard à l’ensemble des circonstances, la preuve permet de conclure que les parties avaient un but commun pendant le transfert du contrôle de la société des Américains aux Canadiens.

Pour ce qui est de la question de savoir si l’entreprise était exploitée en vue de réaliser un bénéfice, il est admis que, avant les opérations pertinentes, HCP était une société de personnes valable existante, qui avait été formée en vue de réaliser un bénéfice. Il est également clair que la société exploitait une entreprise en vue de réaliser un bénéfice lorsque les nouveaux associés canadiens s’y sont joints. Le fait que les associés américains se soient retirés de la société ne change rien au fait que, pendant la période où ils étaient associés, et ce jusqu’à leur retrait, ils ont continué à exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice. De leur côté, les appelants doivent en l’espèce avoir effectué les opérations en vue de réaliser un bénéfice, puisqu’ils ont été informés pendant les négociations de la possibilité de tirer un bénéfice des appartements Tremont et qu’ils avaient manifestement l’intention de continuer à exploiter cette entreprise. Cette situation fait contraste, d’une part, avec celle de l’appelant dans *Backman*, dont les démarches ont été considérées par le juge de première instance comme n’étant « que du camouflage », et, d’autre part, avec la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’investissement de l’appelant dans un bien relatif au pétrole et au gaz ne visait pas accessoirement un objectif commercial réel.

Se fondant sur l’intention des associés américains de quitter la société et de céder l’actif Tremont immédiatement après, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté la prétention voulant qu’une société de personnes valide ait été formée en vue de réaliser un bénéfice lorsque les nouveaux associés canadiens ont été admis dans

conclusion that there was no carrying on of a business in common between the American and Canadian partners. However, the fact is that during the short time the American and Spire Freezers Ltd. were involved, they ran the HCP condominium project and Tremont as a business in common. The partnership subsisted and continued to carry on a business after the withdrawal of the Americans. At all relevant times, then, there were partners managing assets. At some point, all partners were associated in the management of the Tremont apartment building. In other words, at all times there was a carrying on of business in common.

As noted above, the duration of the partnership is not determinative. It is settled law that a partnership may be formed for a single transaction. As a general matter, internal arrangements with regard to liability between partners are not of prime importance in determining the existence of a partnership. Consequently, the liability sharing arrangement in respect of the condominium project and Tremont is not of great significance on the partnership question. Furthermore, as noted above, the fact that the appellants admitted that they principally entered into the transactions to reduce their Canadian income tax liability by gaining access to the losses does not prevent a finding of partnership.

The majority of the Court of Appeal also rejected the notion that there was a view to profit because the parties did not contemplate recouping the initial loss. However, the determination of the existence of a view to profit is not a matter of strictly quantitative analysis. The quantum of the initial loss compared to the anticipated profit does not negate the holding of partnership in this case. The law of partnership does not require a net gain over a determined period in order to establish that an activity is with a view to profit. For example, a partnership may incur initial losses during the start-up phase of its enterprise. That does not mean

cette société. Cela revient à conclure que les associés américains et canadiens n'ont pas exploité d'entreprise en commun. Toutefois, le fait est que, pendant la courte période au cours de laquelle les Américains et Spire Freezers Ltd. ont été associés, ils ont exploité les condominiums HCP et les appartements Tremont comme une entreprise commune. La société de personnes a continué d'exister et d'exploiter une entreprise après le retrait des Américains. À tout moment pertinent, donc, des associés géraient des éléments d'actif. À un certain moment, tous les membres participaient à la gestion des appartements Tremont. En d'autres termes, il y a eu, à tout moment, exploitation d'une entreprise en commun.

Comme il a été mentionné précédemment, la durée de la société n'est pas déterminante. Il est bien établi en droit qu'une société de personnes peut être formée en vue d'une seule opération. En règle générale, les arrangements internes concernant les obligations des associés entre eux n'ont pas une importance capitale pour déterminer s'il existe ou non une société. Par conséquent, les arrangements sur la répartition des obligations relatives aux condominiums HCP et aux appartements Tremont n'ont pas une grande importance pour la question de l'existence de la société de personnes. En outre, comme il a été indiqué plus tôt, le fait que les appelants aient admis avoir effectué les opérations principalement en vue de réduire leurs impôts au Canada en acquérant les pertes n'empêche pas de conclure à l'existence de la société.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont également rejeté l'idée que les parties avaient comme objectif de réaliser un bénéfice, puisqu'elles n'avaient pas envisagé de récupérer la perte initiale. Toutefois, la détermination de l'existence de l'objectif de réaliser un bénéfice n'est pas fonction d'une analyse strictement quantitative. Le montant de la perte initiale par rapport au bénéfice escompté n'empêche pas de conclure à l'existence d'une société de personnes en l'espèce. Le droit relatif aux sociétés n'exige pas, comme preuve qu'une activité est exercée en vue de réaliser un bénéfice, qu'un gain net ait été réalisé dans une

25

26

that the relationship is not one of partnership, so long as the enterprise is carried on with a view to profit in the future. Here, the transactions at issue necessarily involved a transfer of both the condominium project and Tremont. Despite the fact that a loss was incurred by the subsequent sale of the condominium project, the fact that the Canadian partners were aware of the potential for profit from the Tremont apartment building before entering the partnership and the fact that Tremont consistently turned a profit after the entry of the Canadian partners clearly establish the business was carried on with a view to profit, notwithstanding that the aggregate profits may never exceed the tax loss incurred in the year of the transactions at issue.

27

We reject the conclusion of the majority of the Federal Court of Appeal that the question of whether the parties' intention to make a profit is a purely factual one that cannot be revisited in the instant case. The intention to make a profit cannot only be judged merely subjectively, it must also be based on objective evidence. We place little weight on the finding that the appellants' only intent was to obtain a tax benefit. The trial judge erred with respect to this issue by failing to give proper attention to the ancillary purpose described above. As mentioned earlier, the trial judge did not have the benefit of this Court's ruling in *Continental Bank* and made his findings while under the impression that the predominant motive of the taxpayer was determinative and that profit had to consist of a net gain over and above the initial loss sought to be deducted (see *Rip T.C.C.J.*'s reasons at pp. 1298-99).

28

In summary, although there are similarities between the transactions at issue in *Backman* and in this case, there are also several essential differ-

période déterminée. Par exemple, une société peut subir des pertes au cours de la période de démarrage de son entreprise. Cela ne signifie pas que la relation qui existe n'est pas une société de personnes, dans la mesure où l'entreprise est exploitée en vue de réaliser un bénéfice dans le futur. En l'espèce, parmi les opérations en cause, il y a nécessairement eu la cession des condominiums HCP et des appartements Tremont. Malgré le fait que la vente subséquente des condominiums ait entraîné des pertes, le fait que les associés canadiens savaient, avant de joindre la société de personnes, qu'un bénéfice pouvait être tiré des appartements Tremont et que leur exploitation a toujours été rentable après l'entrée en scène des associés canadiens établit clairement que l'entreprise a été exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice, indépendamment du fait que les bénéfices globaux pourraient ne jamais excéder la perte globale subie au cours de l'année des opérations en cause.

Nous rejetons la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale selon laquelle la question de savoir si l'intention des parties était de réaliser un bénéfice est une question purement factuelle, qui ne peut pas être réexaminée en l'espèce. L'intention de réaliser un bénéfice ne peut pas être appréciée simplement de façon subjective; elle doit également l'être en fonction de la preuve objective. Nous n'accordons que peu de poids à la conclusion que les appelants avaient uniquement l'intention d'obtenir un avantage fiscal. Le juge de première instance a commis une erreur sur cette question en ne prêtant pas suffisamment attention au but accessoire décrit précédemment. Comme il a été mentionné plus tôt, le juge ne disposait pas de l'arrêt *Continental Bank* de notre Cour et il a tiré ses conclusions en croyant que la motivation première du contribuable était déterminante et que le bénéfice devait consister en un gain net excédant la perte initiale que l'on désirait déduire (voir les motifs du juge *Rip* de la Cour canadienne de l'impôt, p. 1298-1299).

En résumé, quoiqu'il y ait des similitudes entre les opérations en cause dans l'affaire *Backman* et celles de la présente affaire, il existe également

ences, including the continuity of the business of the partnership, the management effort required to sustain it, and the objective evidence of an anticipation of profit. Considering all the facts and circumstances, we believe it is clear that the formal requirements necessary for partnership are present in *Spire*, while in *Backman* they were not.

IV. Disposition

We would allow the appeal with costs, set aside the decision of the Federal Court of Appeal, and order that the appellants are entitled to deduct the loss in question under s. 96 of the *Income Tax Act*.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Thorsteinssons, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Toronto.

plusieurs différences fondamentales, notamment la poursuite de l'entreprise de la société de personnes, le travail de gestion requis pour l'exploiter et la preuve objective d'une expectative de profit. À la lumière de l'ensemble des faits et circonstances, nous estimons qu'il est clair que les conditions fondamentales nécessaires à l'existence d'une société de personnes sont respectées dans *Spire*, alors qu'elles ne l'étaient pas dans *Backman*.

IV. Le dispositif

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rendre une ordonnance portant que les appelants ont le droit de déduire la perte en question en vertu de l'art. 96 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Thorsteinssons, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Toronto.

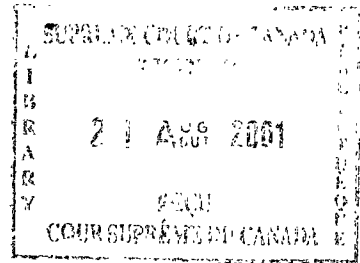
If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 3, 2001 Vol. 1

3^e cahier, 2001 Vol. 1

Cited as [2001] 1 S.C.R. 407-646

Renvoi [2001] 1 R.C.S. 407-646

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Miller v. Canada..... 407

Civil procedure — Declinatory exceptions — Lack of jurisdiction by reason of subject matter — Crown leasing premises used by international organization for its head office — Former employee of organization bringing action against Crown seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Crown bringing motion to dismiss for lack of jurisdiction — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 164.

Courts — Jurisdiction — Civil claim for damages — International organizations — Immunity — Crown leasing premises used by international organization for its head office — Former employee of organization bringing action against Crown seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 31.

Miller v. Monit International Inc..... 432

Civil procedure — Declinatory exceptions — Lack of jurisdiction by reason of subject matter — Crown leasing premises used by international organization for its head office from building owner — Former employee of organization bringing action against owner seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Owner bringing motion to dismiss for lack of jurisdiction — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 164.

Courts — Jurisdiction — Civil claim for damages — International organizations — Immunity — Crown leasing premises used by international organization for its head office from building owner — Former employee of organization bringing action against building owner seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 31.

Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)..... 470

Constitutional law — Education — Funding — School boards — Right to financial management and control — Right to tax — Provincial legislation creating new governance and funding model for all school boards in Ontario — Legislation authorizing Minister of Finance to make regulations prescribing tax rates for school purposes — Legislation also providing for supervision of school boards' financial affairs by Minister of Education and Training and for take over of a board's financial control under certain conditions — Whether legislation prejudicially affecting any protected denominational rights guaranteed by s. 93 of Constitution Act, 1867 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, Divisions B, D and F — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

Continued on next page

SOMMAIRE

États-Unis d'Amérique c. Cobb..... 587

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Réparations — Extradition — Les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — Le juge d'extradition avait-il compétence pour examiner des considérations de justice fondamentale à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition et pour remédier à l'atteinte à la justice fondamentale par l'arrêt des procédures? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Abus de procédure — Peut-on invoquer la règle de l'abus de procédure à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures?

États-Unis d'Amérique c. Kwok..... 532

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de demeurer au Canada — Extradition — La liberté de circulation entre-t-elle en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Cette liberté ne doit-elle être prise en compte qu'à l'étape de l'extradition du fugitif? — La décision du ministre d'extrader le fugitif vers les É.-U. a-t-elle porté atteinte à la liberté de circulation de ce dernier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

Extradition — Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — Interprétation de l'art. 9(3) de la Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23.

Extradition — Communication de la preuve — Droits du fugitif à la communication de la preuve dans le processus d'extradition — Rejet par le juge d'extradition à l'étape de l'incarcération et par le ministre à l'étape de l'extradition de la demande de communication de la preuve présentée par le fugitif dans le cours du processus d'extradition — Le juge d'extradition et le ministre ont-ils eu raison de rejeter la demande?

États-Unis d'Amérique c. Shulman..... 616

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation — Droit de demeurer au Canada — Extradition — La liberté de circulation entre-t-elle en jeu à l'étape de l'incarcé-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Conventions — Education — Funding — Public school boards — Property taxes — Provincial legislation creating new governance and funding model for all school boards in Ontario — Whether constitutional convention protects design of public school system — Whether constitutional convention protects right to levy or determine property taxes — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, Divisions B, D and F — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

Constitutional law — Delegation — Taxation — Education — Provincial legislation authorizing Minister of Finance to make regulations prescribing tax rates for school purposes — Whether guarantee of no taxation without representation infringed — Whether delegation constitutional — Constitution Act, 1867, s. 53 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 257.12(1)(b) — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

R. v. McClure..... 445

Criminal law — Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Accused charged with sexual offences — Complainant bringing civil action against accused — Accused seeking production of complainant's civil litigation file — Accused arguing that information needed in criminal action to determine nature of complainant's allegations and to assess motive for fabrication or exaggeration of abuse — Whether solicitor-client privilege should yield to accused's right to make full answer and defence — If so, in what circumstances — Whether trial judge erred in ordering civil litigation file to be disclosed.

Criminal law — Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Appropriate test to determine whether solicitor-client privilege should yield to accused's right to make full answer and defence.

R. v. W.B.C. 530

Criminal law — Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Court of Appeal dismissing accused's appeal from conviction — Court of Appeal correct in applying curative proviso of Criminal Code.

R. v. Z.L..... 528

Criminal law — Unreasonable or unsafe verdict — Accused convicted of sexually assaulting his own son — Court of Appeal setting aside accused's conviction and entering acquittal — No reason to change judgment of Court of Appeal.

Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. v. CAW-Canada 644

Practice — Supreme Court of Canada — Applications for leave to appeal — Service — Meaning of term "party" — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 1, 23(1).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

rati on du processus d'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Extradition — Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — La liberté de circulation et d'établissement et les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition a-t-il compétence pour accorder des réparations fondées sur la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6, 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Réparations — Compétence relative à la Charte — Abus de procédures — Rôle des cours d'appel.

Extradition — Preuve — Nouvelle preuve — Un fugitif cherche à produire une nouvelle preuve en Cour d'appel — La preuve comprend des menaces proférées par le procureur de la poursuite américain — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant d'admettre la nouvelle preuve? — La nouvelle preuve révèle-t-elle un abus des procédures? — Si oui, faut-il ordonner l'arrêt des procédures?

Extradition — Preuve — Admissibilité — La preuve par affidavit portant sur les activités illégales reprochées au fugitif provient de présumés complices — La peine des présumés complices n'est pas encore déterminée au moment de la préparation sous serment de leurs affidavits — Le fugitif soutient que le recours à la preuve fournie par les complices présumés contrevient aux principes de justice fondamentale et constitue un abus des procédures — Le juge d'extradition et la Cour d'appel ont-ils eu raison de refuser d'exclure la preuve par affidavit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24.

États-Unis d'Amérique c. Tsioubris 613

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Réparations — Extradition — Les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — Le juge d'extradition avait-il compétence pour examiner des considérations de justice fondamentale à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition et pour remédier à l'atteinte à la justice fondamentale par l'arrêt des procédures? — Le juge d'extradition

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

United States of America v. Cobb..... 587

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Remedies — Extradition — Whether considerations relating to fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Whether extradition judge had jurisdiction to entertain considerations relating to fundamental justice at committal stage of extradition process and to remedy breach of fundamental justice by granting stay of proceedings — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Abuse of process — Whether doctrine of abuse of process can be invoked at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay.

United States of America v. Kwok..... 532

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to remain in Canada — Extradition — Whether mobility rights engaged at committal stage of extradition process — Whether such rights should only be considered at surrender stage — Whether Minister's decision to surrender fugitive to U.S. breached his mobility rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

Extradition — Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Interpretation of s. 9(3) of Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23.

Extradition — Disclosure of information — Fugitive's disclosure rights in extradition process — Fugitive's request for disclosure denied by extradition judge at committal stage and by Minister at surrender stage of extradition process — Whether extradition judge and Minister correct in denying request.

United States of America v. Shulman..... 616

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to remain in Canada — Extradition — Whether mobility rights engaged at committal stage of extradition process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Whether considerations relating to fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Abus de procédure — Peut-on invoquer la règle de l'abus de procédure à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures?

Miller c. Canada..... 407

Procédure civile — Exceptions déclinatoires — Incompétence *ratione materiae* — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre l'État par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — Présentation par l'État d'une requête en rejet d'action pour absence de compétence — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 164.

Tribunaux — Compétence — Action civile en dommages-intérêts — Organisations internationales — Immunité — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre l'État par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31.

Miller c. Monit International Inc..... 432

Procédure civile — Exceptions déclinatoires — Incompétence *ratione materiae* — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre le propriétaire de l'immeuble par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — Présentation par le propriétaire d'une requête en rejet d'action pour absence de compétence — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 164.

Tribunaux — Compétence — Action civile en dommages-intérêts — Organisations internationales — Immunité — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre le propriétaire de l'immeuble par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Extradition — Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Whether mobility rights and considerations of fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Whether extradition judge competent to grant Charter remedies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6, 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Remedies — Charter jurisdiction — Abuse of process — Role of appellate courts.

Extradition — Evidence — Fresh evidence — Fugitive seeking to adduce fresh evidence in Court of Appeal — Evidence including threats uttered by U.S. prosecutor — Whether Court of Appeal erred in dismissing fugitive's motion to adduce fresh evidence — Whether fresh evidence revealed abuse of process — If so, whether stay of proceedings should be granted.

Extradition — Evidence — Admissibility — Affidavit evidence referring to fugitive's allegedly unlawful activities provided by alleged co-conspirators — Alleged co-conspirators awaiting sentence when affidavit material prepared and sworn — Fugitive claiming that co-conspirators' evidence infringed principles of fundamental justice and constituted abuse of process — Whether extradition judge and Court of Appeal correct in refusing to exclude affidavit evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24.

United States of America v. Tsioubris 613

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Remedies — Extradition — Whether considerations relating to fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Whether extradition judge had jurisdiction to entertain considerations relating to fundamental justice at committal stage of extradition process and to remedy breach of fundamental justice by granting stay of proceedings — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Abuse of process — Whether doctrine of abuse of process can be invoked at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay.

SOMMAIRE (Suite)

Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)..... 470

Droit constitutionnel — Éducation — Financement — Conseils scolaires — Droit de gestion et de contrôle financiers — Droit de taxation — Législation provinciale créant un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de l'Ontario — Législation autorisant le ministre des Finances à prescrire par règlement le taux des impôts scolaires — Législation prévoyant aussi le contrôle des affaires financières des conseils par le ministre de l'Éducation et de la Formation et le contrôle financier des conseils scolaires dans certaines conditions — La législation porte-t-elle atteinte à des droits confessionnels garantis par l'art. 93 de la Loi constitutionnelle de 1867? — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, sections B, D et F — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

Droit constitutionnel — Conventions — Éducation — Financement — Conseils scolaires publics — Impôts fonciers — Législation provinciale créant un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de l'Ontario — La convention constitutionnelle protège-t-elle la forme du système d'écoles publiques? — La convention constitutionnelle protège-t-elle le droit d'imposer ou d'établir des taxes foncières? — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, sections B, D et F — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

Droit constitutionnel — Délégation — Taxation — Éducation — Législation provinciale autorisant le ministre des Finances à prescrire par règlement le taux des impôts scolaires — Y a-t-il violation du principe selon lequel il ne peut y avoir taxation sans représentation? — La délégation est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53 — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 257.12(1)b) — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

R. c. McClure..... 445

Droit criminel — Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — Action civile intentée par le plaignant contre l'accusé — Demande de l'accusé visant la production du dossier du plaignant relatif à son action civile — Accusé prétendant que les renseignements sont nécessaires dans les poursuites criminelles pour déterminer la nature des allégations du plaignant et pour évaluer ce qui a pu l'inciter à inventer ou à exagérer des épisodes d'agression — Le secret professionnel de l'avocat devrait-il céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière? — Dans l'affirmative, dans quelles circonstances? — Le juge du procès a-t-il eu tort d'ordonner la communication du dossier relatif à l'action civile?

Droit criminel — Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Critère à appliquer pour

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

déterminer si le secret professionnel de l'avocat devrait céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière.

R. c. W.B.C. 530

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave — Appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — Cour d'appel appliquant à bon droit la disposition réparatrice du Code criminel.

R. c. Z.L. 528

Droit criminel — Verdict déraisonnable ou imprudent — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle contre son fils — Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité et inscivant un acquittement — Aucune raison de modifier le jugement de la Cour d'appel.

Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. c.

TCA-Canada 644

Pratique — Cour suprême du Canada — Demande d'autorisation d'appel — Signification — Sens du mot « partie » — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1, 23(1).

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Appellant*

v.

Bernard Miller *Respondent*

INDEXED AS: MILLER v. CANADA

Neutral citation: 2001 SCC 12.

File No.: 27295.

Hearing and judgment: November 1, 2000.

Reasons delivered: March 1, 2001.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil procedure — Declinatory exceptions — Lack of jurisdiction by reason of subject matter — Crown leasing premises used by international organization for its head office — Former employee of organization bringing action against Crown seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Crown bringing motion to dismiss for lack of jurisdiction — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 164.

Courts — Jurisdiction — Civil claim for damages — International organizations — Immunity — Crown leasing premises used by international organization for its head office — Former employee of organization bringing action against Crown seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 31.

The respondent M was employed as an interpreter by the International Civil Aviation Organization ("ICAO"). Pursuant to the Headquarters and Supplementary Agreements between Canada and ICAO, the appellant Crown was responsible for leasing the premises to be used by ICAO for its head office in Montreal. The Crown leased part of a building owned by Monit International Inc. for

**Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Appelante*

c.

Bernard Miller *Intimé*

RÉPERTORIÉ : MILLER c. CANADA

Référence neutre : 2001 CSC 12.

N° du greffe : 27295.

Audition et jugement : 1^{er} novembre 2000.

Motifs déposés : 1^{er} mars 2001.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Exceptions déclinatoires — Incompétence ratione materiae — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre l'État par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — Présentation par l'État d'une requête en rejet d'action pour absence de compétence — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 164.

Tribunaux — Compétence — Action civile en dommages-intérêts — Organisations internationales — Immunité — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre l'État par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31.

L'intimé M travaillait comme interprète pour l'Organisation de l'aviation civile internationale (« OACI »). En vertu de l'Accord de siège et de l'Accord supplémentaire entre le Canada et l'OACI, l'État appelant était chargé de prendre à bail des locaux à Montréal pour que l'OACI y établisse son siège social. C'est ainsi que l'État a loué une partie de l'immeuble appartenant à

this purpose. M alleges that he suffered health problems at all times he regularly worked in the building because of inadequate air quality. He claims that the Crown was aware of the air quality problems for at least two years but failed to warn him and other employees of the danger to their health. M brought an action against the Crown and Monit seeking damages. At trial, the Crown brought a motion to dismiss for lack of jurisdiction pursuant to art. 164 of the *Code of Civil Procedure*. The Superior Court dismissed the motion, and that decision was upheld by a majority of the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed. The Superior Court is competent to hear the claim.

There is no basis for the claim that, because of M's status as a civil servant of an international organization, the immunity referred to in art. 33(b) of the Headquarters Agreement applies and affects his ability to bring an action against the Crown. M's status as an international civil servant is irrelevant since he is not bringing an action in that capacity. In addition, despite the Crown's argument that M's alleged injuries occurred in relation to his employment, he has presented evidence that his injuries may have been incurred, in part, upon returning to the ICAO headquarters after he was dismissed. In any event, immunity pursuant to art. 33(b) only transfers to an employee of ICAO when the employee is a defendant in a court action and not when he or she is a plaintiff.

The mere fact that M's damages were stated to have arisen from working conditions and were stated to be "entirely work-related" cannot change the true nature of the claim into one of labour relations. This case does not involve a dispute between an employer and an employee, but rather is premised on a claim by a former employee against third parties who have nothing to do with the employment relationship. The Crown's failure to warn of dangerous environmental conditions within the ICAO headquarters, if proven, cannot be seen as a "sovereign act" as it clearly has nothing to do with the agreement between ICAO and the Crown, nor with ICAO's daily activities.

The concerns raised by the Crown regarding the effect of ICAO's immunity on the preparation of its defence are both hypothetical and premature. Any real issue on this subject could be handled by the trial judge. Although ICAO immunity covers the premises with an "inviolable" character, pursuant to arts. 4 and 5 of the

Monit International Inc. M allègue avoir eu des problèmes de santé pendant toute la période où il a travaillé régulièrement dans l'immeuble en raison de la mauvaise qualité de l'air. Il prétend que l'État connaissait les problèmes de qualité de l'air de l'immeuble depuis au moins deux ans mais qu'il a omis de l'avertir et d'avertir les autres employés des risques pour leur santé. M a intenté une action en dommages-intérêts contre l'État et Monit. Au procès, l'État a, en vertu de l'art. 164 du *Code de procédure civile*, présenté une requête en rejet de l'action pour cause d'absence de compétence. La Cour supérieure a rejeté la requête; la Cour d'appel à la majorité a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. La Cour supérieure a compétence pour entendre la réclamation.

Il n'y avait aucun fondement à l'argument qu'en raison du statut de fonctionnaire international de M, l'immunité mentionnée à l'al. 33b) de l'Accord de siège s'applique et l'empêche d'intenter une action contre l'État. Ce statut de M n'est pas pertinent puisqu'il n'intente pas l'action à ce titre. De plus, malgré l'argument de l'État que les lésions alléguées par M se sont produites dans le cadre de ses fonctions, celui-ci a présenté des éléments de preuve indiquant qu'elles peuvent s'être produites en partie à son retour au siège de l'OACI, après son licenciement. Quoi qu'il en soit, l'immunité prévue par l'al. 33b) ne protège un employé de l'OACI que s'il est défendeur dans une action en justice et non pas s'il est demandeur.

Le simple fait de dire que les dommages subis par M découlent des conditions de travail et qu'ils sont « entièrement liés au travail » ne peut changer la véritable nature de la réclamation et faire en sorte que celle-ci relève des relations de travail. La présente affaire ne porte pas sur un litige entre employeur et employé, mais sur une action intentée par un ancien employé contre des tiers qui n'ont rien à voir avec les relations en matière d'emploi. L'omission par l'État de signaler les conditions environnementales dangereuses qui existaient au siège de l'OACI, si elle est établie, ne peut pas être considérée comme un « acte souverain » puisqu'elle n'a manifestement rien à voir avec l'accord entre l'OACI et l'État et les opérations quotidiennes de l'OACI.

Les inquiétudes que l'État a mentionnées au sujet de l'effet de l'immunité de l'OACI sur la préparation de sa défense sont hypothétiques et prématurées. Le juge du procès pourrait régler toute véritable question qui se pose à ce sujet. Même si l'immunité de l'OACI confère aux locaux un caractère « inviolable », en vertu des

Headquarters Agreement, the facts of this case indicate that this immunity is not so broad as to completely preclude the Crown from gathering evidence to support its arguments on the merits of the case. There is evidence that the Crown entered the ICAO premises on numerous occasions owing to the continuing air quality problems. This evidence also suggests that the Crown supplied full-time staff to assist and advise Monit, the owner of the building, and that the Crown participated in committee meetings. Finally, it suggests that ICAO was not the only tenant of the building, which was open to the public. In addition, art. VII of the Supplementary Agreement states that any cause of action related to the lease can be brought to a competent court of Canada and, in such a case, ICAO should "facilitate the proper administration of justice and assist the Government of Canada by providing all relevant evidence". Although M's claim is not based on the lease but rather on the Crown's failure to warn of environmental problems, the Crown could point to the fact that its involvement in this case is "related" to the lease to obtain ICAO's cooperation.

There is nothing in the international instruments to preclude M's action from being heard and considered by the Superior Court. The international order as stated in these instruments only relates to actions in which ICAO is a party. Under art. 31 of the *Code of Civil Procedure*, the Superior Court is the court of first instance for all suits that are not assigned exclusively to another court by a specific provision of law. The international documents that must be considered include the Headquarters Agreement, the Supplementary Agreement, the ICAO Staff Rules, and the ICAO Service Code. Whether or not all of these documents form part of Canadian law is, in this case, irrelevant since there is nothing in any of these documents to specifically exclude an employee of ICAO from bringing an action against the Canadian government in Canadian courts.

Cases Cited

Distinguished: *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50; **referred to:** *Miller v. Monit International Inc.*, [2001] 1 S.C.R. 432, 2001 SCC 13.

art. 4 et 5 de l'Accord de siège, les faits de la présente affaire indiquent qu'elle n'est pas large au point d'empêcher complètement l'État de recueillir des éléments de preuve en vue d'appuyer ses arguments quant au fond de l'affaire. La preuve indique que l'État a pénétré dans les locaux de l'OACI à de nombreuses reprises en raison des problèmes continus de qualité de l'air. Elle indique aussi que l'État a fourni une personne à plein temps pour aider et conseiller Monit, la propriétaire de l'immeuble, qu'il a participé à des réunions de comité et, enfin, que l'OACI n'était pas le seul locataire de l'immeuble, auquel le public avait accès. Par ailleurs, l'art. VII de l'Accord supplémentaire prévoit que toute cause d'action relative au bail peut être portée devant les tribunaux compétents du Canada et que, en pareil cas, l'OACI « facilitera la bonne administration de la justice et assistera le Gouvernement du Canada en fournissant tout élément pertinent à la preuve ». Même si la réclamation de M est fondée non pas sur le bail, mais sur l'omission de l'État de signaler les problèmes environnementaux, l'État pourrait, pour obtenir la collaboration de l'OACI, faire valoir que sa participation en l'espèce est « liée » au bail.

Les textes internationaux ne contiennent aucune disposition qui empêche que l'action de M soit entendue et examinée par la Cour supérieure. L'ordre international prévu par ces textes juridiques a trait seulement aux actions auxquelles l'OACI est partie. En vertu de l'art. 31 du *Code de procédure civile*, la Cour supérieure est le tribunal de première instance pour toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal. Les documents internationaux dont il faut tenir compte sont notamment l'Accord de siège, l'Accord supplémentaire, les règles du personnel de l'OACI et le Code du personnel de l'OACI. En l'espèce, peu importe que ces documents fassent partie ou non du droit canadien, ils ne contiennent rien qui empêche expressément un employé de l'OACI de poursuivre le gouvernement canadien devant les tribunaux du pays.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50; **arrêt mentionné :** *Miller c. Monit International Inc.*, [2001] 1 R.C.S. 432, 2001 CSC 13.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 164, 481.1(c) [ad. 1996, c. 5, s. 40].

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50 [am. 1990, c. 8, s. 21], s. 3.

Headquarters Agreement between the Government of Canada and the International Civil Aviation Organization, Can. T.S. 1992 No. 7, arts. 4, 5, 21, 32, 33.

Supplementary Agreement between Canada and the International Civil Aviation Organization, Can. T.S. 1980 No. 18, arts. II, VI, VII.

Vienna Convention on Diplomatic Relations, Can. T.S. 1966 No. 29.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 719, [1999] Q.J. No. 754 (QL), dismissing the appellant's appeal from a judgment of the Superior Court, [1998] R.J.Q. 260, [1997] Q.J. No. 4022 (QL), dismissing the appellant's declinatory exception. Appeal dismissed.

Marie Nichols, Q.C., and *Claude Joyal*, for the appellant.

Leonard E. Seidman and *Sabrina Seal*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 BASTARACHE J. — This appeal raises the issue of whether the Court of Appeal was correct to find that the Superior Court of Quebec has jurisdiction over a civil claim commenced against the Crown by a former employee of an international organization located in Quebec for damages suffered at his place of employment.

2 This case was heard on November 1, 2000 in conjunction with *Miller v. Monit International Inc.*, [2001] 1 S.C.R. 432, 2001 SCC 13, released concurrently, which raises a similar issue. This appeal was dismissed from the bench with reasons to follow.

I. Factual Background

3 The respondent Bernard Miller is a British citizen who, between January 2, 1990 and May 7,

Lois et règlements cités

Accord de siège entre le gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale, R.T. Can. 1992 n° 7, art. 4, 5, 21, 32, 33.

Accord supplémentaire entre le Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale, R.T. Can. 1980 n° 18, art. II, VI, VII.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 164, 481.1c) [aj. 1996, ch. 5, art. 40].

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, R.T. Can. 1966 n° 29.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50 [mod. 1990, ch. 8, art. 21], art. 3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 719, [1999] A.Q. n° 754 (QL), qui a rejeté l'appel de l'appelante contre un jugement de la Cour supérieure, [1998] R.J.Q. 260, [1997] A.Q. n° 4022 (QL), qui avait rejeté l'exception déclinatoire de l'appelante. Pourvoi rejeté.

Marie Nichols, c.r., et *Claude Joyal*, pour l'appelante.

Leonard E. Seidman et *Sabrina Seal*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de déclarer que la Cour supérieure du Québec a compétence pour entendre une action civile pour dommages subis au lieu de travail intentée contre l'État par un ancien employé d'une organisation internationale située au Québec.

La présente affaire a été entendue le 1^{er} novembre 2000 en même temps que l'affaire *Miller c. Monit International Inc.*, [2001] 1 R.C.S. 432, 2001 CSC 13, qui porte sur la même question et dont les motifs sont déposés en même temps que les présents motifs. Notre Cour a rejeté le pourvoi à l'audience, motifs à suivre.

I. Les faits

L'intimé Bernard Miller, citoyen britannique, travaillait comme interprète entre le 2 janvier 1990

1994, was employed as an interpreter by the International Civil Aviation Organization (“ICAO”), which is a specialized agency of the United Nations.

Pursuant to the *Headquarters Agreement between the Government of Canada and the International Civil Aviation Organization*, Can. T.S. 1992 No. 7, and the *Supplementary Agreement between Canada and the International Civil Aviation Organization*, Can. T.S. 1980 No. 18, the head office of ICAO was located in Montreal, and the appellant Her Majesty the Queen in Right of Canada (“the Crown”) was responsible for leasing the premises to be used by ICAO. The Crown leased part of 1000 Sherbrooke Street West in Montreal for these purposes from the owner, Monit International Inc., an appellant in parallel proceedings. This building was the place of employment of the respondent.

Miller alleges that he suffered health problems at all times he regularly worked in the building because of inadequate air quality. His medical documents state that these problems were due to his exposure to toxic substances in the air. As a result, he informed ICAO in January 1994 that he was unable to continue to work in these conditions. In May 1994, his employment was terminated as a result of unspecified health problems. He returned to the building for a two-day appeal after his termination which, his doctors state, aggravated his condition.

Miller has been exercising his contractual rights within the administrative framework of the ICAO Service Code for six years in order to receive disability benefits and compensation from his employer. At the date of the oral hearing in this case, no decision had yet been made with regard to the internal claim.

Miller alleges that the Crown was aware of the air quality problems for at least two years but failed to warn him and other employees of the danger to their health. Both the Crown and Monit tried to fix problems with the air quality in the building

et le 7 mai 1994 pour l’Organisation de l’aviation civile internationale (« OACI »), organisme spécialisé des Nations Unies.

En vertu de l’*Accord de siège entre le gouvernement du Canada et l’Organisation de l’aviation civile internationale*, R.T. Can. 1992 n° 7, et de l’*Accord supplémentaire entre le Canada et l’Organisation de l’aviation civile internationale*, R.T. Can. 1980 n° 18, le siège social de l’OACI est situé à Montréal et l’appelante Sa Majesté la Reine du chef du Canada (« État ») est chargée de procurer des locaux à l’OACI en les prenant elle-même à bail. C’est ainsi que l’État a loué une partie de l’immeuble situé au 1000, rue Sherbrooke Ouest à Montréal, à sa propriétaire, Monit International Inc., qui est appelante dans une instance parallèle. Cet immeuble était le lieu de travail de l’intimé.

Miller allègue avoir eu des problèmes de santé pendant toute la période où il a travaillé régulièrement dans l’immeuble en raison de la mauvaise qualité de l’air. Selon son dossier médical, ces problèmes étaient dus à l’exposition à des substances toxiques contenues dans l’air. Il a donc informé l’OACI en janvier 1994 qu’il ne pouvait plus travailler dans ces conditions. En mai 1994, on a mis fin à son emploi en raison des problèmes de santé non précisés. Après son congédiement, il est retourné dans l’immeuble pour l’audition de son appel, qui a duré deux jours, ce qui, selon ses médecins, a aggravé son état.

Miller exerce depuis six ans les droits contractuels qui lui sont conférés par le régime administratif prévu dans le Code du personnel de l’OACI en vue d’obtenir de son employeur des prestations d’invalidité et une indemnité. À la date de l’audience devant notre Cour, aucune décision n’avait encore été rendue relativement à la réclamation interne.

Miller allègue que l’État connaissait les problèmes de qualité de l’air de l’immeuble depuis au moins deux ans mais qu’il a omis de l’avertir et d’avertir les autres employés des risques pour leur santé. L’État et Monit ont tous deux essayé vaine-

4

5

6

7

but were unsuccessful. Miller alleges that Public Works Canada was responsible for overseeing the physical plant and supervised improvements to the ventilation system in 1988 and 1989. Further, at ICAO's request, the Crown provided a full-time on-site specialist to supervise and maintain the ventilation system. Miller also alleges that Public Works Canada was aware of staff sensitivities. According to Miller, numerous air quality studies were completed and unsafe levels of highly toxic chemical volatile organic compounds were found; yet, although the respondent had regular contact with Public Works Canada personnel, he states that he was not informed of these findings.

8 A Joint Working Group was formed in July 1990 to consider the air quality concerns. The Committee consisted of representatives of the Crown, Monit, ICAO and ICAO employees.

9 Miller claims he is unable to work due to his present medical condition. He has brought an action against the Crown and Monit seeking damages in the amount of \$2,164,585.46 jointly and severally, as well as \$100,000 in punitive damages against the Crown. The claim against the Crown is based on its alleged knowledge of the poor air quality and its failure to warn the employees of ICAO of the resultant danger to their health. At trial, the Crown brought a motion to dismiss for lack of jurisdiction pursuant to art. 164 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. The Quebec Superior Court denied the motion. This decision was appealed to the Quebec Court of Appeal and the appeal was heard in conjunction with *Miller v. Monit International Inc.* The appeal was dismissed, Mailhot J.A. dissenting.

10 The Crown alleges that the respondent's claim falls entirely within working conditions and thereby exclusively within the area of labour relations. It argues that this subject matter is totally governed by the ICAO Service Code and, pursuant to the international agreements between ICAO and

ment de régler ces problèmes. Miller soutient que Travaux publics Canada était chargé de la surveillance des installations et qu'il avait supervisé les travaux d'amélioration du système de ventilation en 1988 et en 1989. En outre, à la demande de l'OACI, l'État a fourni sur place les services d'un spécialiste à plein temps pour le contrôle et l'entretien du système de ventilation. Miller prétend aussi que Travaux publics Canada connaissait les sensibilités du personnel. Selon lui, on a fait de nombreuses études sur la qualité de l'air et on a découvert la présence d'une quantité dangereuse de composés organiques volatiles de produits chimiques très toxiques. Pourtant, malgré ses contacts réguliers avec le personnel de Travaux publics Canada, l'intimé affirme ne pas avoir été informé de ces conclusions.

Un groupe de travail mixte, composé de représentants de l'État, de Monit, de l'OACI et des employés de l'OACI, a été formé en juillet 1990 pour examiner les problèmes de qualité de l'air.

Miller prétend être incapable de travailler en raison de son état de santé actuel. Il a intenté une action contre l'État et Monit, réclamant contre eux solidairement des dommages-intérêts de 2 164 585,46 \$ et contre l'État seul des dommages-intérêts punitifs de 100 000 \$. Dans son action contre l'État, il fait valoir que celui-ci était au courant des problèmes de qualité de l'air, mais qu'il a négligé d'avertir les employés de l'OACI des risques pour leur santé. Au procès, l'État a, en vertu de l'art. 164 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, présenté une requête en rejet de l'action pour cause d'absence de compétence. La Cour supérieure du Québec a rejeté la requête. Cette décision a été portée devant la Cour d'appel du Québec. L'appel a été entendu en même temps que l'affaire *Miller c. Monit International Inc.*; il a été rejeté, Madame le juge Mailhot étant dissidente.

L'État prétend que la réclamation de l'intimé vise uniquement les conditions de travail et qu'elle appartient donc exclusivement au domaine des relations de travail. Il fait valoir que ce domaine est régi intégralement par le Code du personnel de l'OACI et que, en vertu des accords internationaux

the Canadian government, the administrative regime in the Service Code must be followed. As such, the Superior Court does not have jurisdiction to hear this claim.

Miller argues, and the Superior Court and Court of Appeal agreed, that the claim is not based on the employment relationship, but rather, on the alleged extra-contractual delictual acts of the Crown. Therefore, the international immunity from which ICAO benefits cannot be afforded to the Crown and, since this dispute is not between the respondent and his employer, nor between the Crown and ICAO, the Superior Court is competent to hear the case on its merits.

II. Statutory Framework

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

31. The Superior Court is the court of original general jurisdiction; it hears in first instance every suit not assigned exclusively to another court by a specific provision of law.

Headquarters Agreement between the Government of Canada and the International Civil Aviation Organization

Article 4

Inviolability of premises

(1) The headquarters premises of the Organization shall be inviolable.

. . .

(3) The property and assets of the Organization, wherever located and by whomsoever held, shall be immune from search, requisition, confiscation, expropriation and any other form of interference, whether by executive, administrative, judicial, or legislative action, except with the consent of and under the conditions agreed to by the Secretary General of the Organization. This section shall not prevent the reasonable application of fire protection regulations.

Article 21

Purpose of privileges and immunities

(1) Privileges and immunities under Articles 19 and 20 are accorded to officials in the interests of the Organ-

entre l'OACI et le gouvernement canadien, c'est le régime administratif du Code du personnel qui doit s'appliquer. Ainsi, la Cour supérieure n'a pas compétence pour entendre cette réclamation.

Miller soutient, et la Cour supérieure ainsi que la Cour d'appel lui ont donné raison, que la réclamation n'est pas fondée sur les relations en matière d'emploi, mais plutôt sur les actes délictueux extra-contractuels reprochés à l'État. Par conséquent, l'immunité internationale dont jouit l'OACI ne peut s'étendre à celui-ci et, comme il ne s'agit pas d'un différend entre l'intimé et son employeur, ni entre l'État et l'OACI, la Cour supérieure peut connaître de l'affaire au fond.

II. Le cadre législatif

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

31. La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal.

Accord de siège entre le gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale

Article 4

Inviolabilité des locaux

1) Les locaux du siège de l'Organisation sont inviolables.

. . .

3) Les biens et avoirs de l'Organisation, en quelque endroit qu'ils se trouvent et quel qu'en soit le détenteur, sont exempts de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou de toute autre forme de contrainte exécutive, administrative, judiciaire ou législative, sauf avec le consentement du Secrétaire général de l'Organisation et dans les conditions acceptées par celui-ci. Le présent Article ne fera pas obstacle à l'application raisonnable des règlements de protection contre l'incendie.

Article 21

But des privilèges et immunités

1) Les privilèges et immunités prévus aux Articles 19 et 20 sont accordés aux fonctionnaires uniquement dans

11

12

ization and not for the personal benefit of the individuals themselves. The Secretary General of the Organization shall have the right and the duty to waive the immunity of any official in any case where, in his opinion, the immunity would impede the course of justice and can be waived without prejudice to the interests of the Organization. In the case of the President of the Council and the Secretary General of the Organization, the Council of the Organization shall have the right to waive the immunity.

(2) Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of Canada. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of Canada.

Article 33

Other Disputes

The Organization shall make adequate provision for appropriate modes of settlement of:

- (a) disputes arising out of contracts or other disputes to which the Organization is a party;
- (b) disputes involving any officials of the Organization if their immunity has not been waived in accordance with Article 21.

Supplementary Agreement between Canada and the International Civil Aviation Organization

ARTICLE II

Obligations under the Lease

1. Taking into consideration that the said premises are rented solely and exclusively for the needs of the Organization's Headquarters, the Government of Canada shall, as the Lessee, assure that the Lessor complies with its obligations as specified in the lease or as they may be prescribed in the Civil Code of the Province of Quebec or under any other law.

3. Notwithstanding any references in this Supplementary Agreement to the Lease between the Government of Canada and the owner of the premises, the mutual rights and obligations of the Government of Canada and the Organization with respect to the Headquarters premises shall be governed by this Supplementary Agreement.

l'intérêt de l'Organisation et non à leur avantage personnel. Le Secrétaire général de l'Organisation pourra et devra lever l'immunité accordée à un fonctionnaire dans tous les cas où, à son avis, cette immunité empêcherait que justice soit faite et où elle peut être levée sans porter préjudice aux intérêts de l'Organisation. À l'égard du Président du Conseil et du Secrétaire général de l'Organisation, le Conseil de l'Organisation a qualité pour prononcer la levée de l'immunité.

2) Sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements du Canada. Elles ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures du Canada.

Article 33

Autres différends

L'Organisation prévoit des modes de règlement appropriés pour :

- a) les différends en matière de contrats ou autres différends dans lesquels l'Organisation serait partie;
- b) les différends dans lesquels serait impliqué un fonctionnaire de l'Organisation si l'immunité dont il jouit n'a pas été levée conformément aux dispositions de l'Article 21.

Accord supplémentaire entre le Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale

ARTICLE II

Obligations en vertu du Bail

1. Considérant que lesdits locaux sont loués uniquement et exclusivement pour les besoins du siège de l'Organisation, le Gouvernement du Canada veillera, en sa qualité de locataire, à ce que le locateur s'acquitte de ses obligations spécifiées dans le Bail ou prescrites par le Code civil de la Province de Québec ou en vertu de toute autre loi.

3. Nonobstant toute mention, dans le présent Accord supplémentaire, du Bail entre le Gouvernement du Canada et le propriétaire des locaux, les droits et obligations réciproques du Gouvernement du Canada et de l'Organisation en ce qui concerne les locaux du siège seront régis par le présent Accord supplémentaire.

ARTICLE VI

Settlement of Disputes

Any dispute between the Organization and the Government of Canada concerning the interpretation or application of this Supplementary Agreement shall be settled in accordance with Article VII, Section 31, of the Headquarters Agreement.

ARTICLE VII

Court actions

1. Without prejudice to the privileges and immunities of the Organization as defined in the Headquarters Agreement, the Government of Canada reserves its right to refer any cause of action related to the Lease to the competent courts of Canada.

2. The Organization shall, in such circumstances, facilitate the proper administration of justice and assist the Government of Canada by providing all relevant evidence.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50

3. The Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable

(a) in respect of a tort committed by a servant of the Crown; or

(b) in respect of a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

III. Judicial HistoryA. *Quebec Superior Court*, [1998] R.J.Q. 260

Benoît J. held that the Superior Court has jurisdiction to hear the respondent's claims. He reviewed the contractual relationships between the parties and held that there was no contractual link between the Crown and Miller, nor any contractual obligations owed by the Crown to Miller.

According to Benoît J., any litigation between the Crown and ICAO, or between Miller and ICAO, is outside the jurisdiction of the Superior Court because of the Organization's immunity from all legal suits and the available recourse to an international administrative body. Further, any liti-

ARTICLE VI

Règlement des différends

Tout différend entre l'Organisation et le Gouvernement du Canada portant sur l'interprétation ou l'application du présent Accord supplémentaire sera réglé conformément à l'article VII de la Section 31 de l'Accord relatif au siège.

ARTICLE VII

Actions en justice

1. Sans préjudice des privilèges et immunités de l'Organisation définis dans l'Accord relatif au siège, le Gouvernement du Canada se réserve le droit de porter devant les tribunaux compétents du Canada toute cause d'action relative au Bail.

2. En pareil cas, l'Organisation facilitera la bonne administration de la justice et assistera le Gouvernement du Canada en fournissant tout élément pertinent à la preuve.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50

3. En matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour :

a) les délits civils commis par ses préposés;

b) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

III. Décisions antérieuresA. *Cour supérieure du Québec*, [1998] R.J.Q. 260

Le juge Benoît a déclaré que la Cour supérieure a compétence pour entendre les réclamations de l'intimé. Il a examiné les relations contractuelles entre les parties et a conclu qu'il n'existe aucun lien contractuel entre l'État et Miller, ni aucune obligation contractuelle de l'État envers ce dernier.

Selon le juge Benoît, la Cour supérieure n'a compétence sur aucun litige entre l'État et l'OACI, ou entre Miller et l'OACI, en raison de l'immunité de l'Organisation contre toute poursuite et de l'existence d'un recours à un organisme administratif international. De plus, tout litige entre Miller

gation between Miller and his employer would be governed by the ICAO Service Code provisions.

15 Benoît J. also found that art. 32 of the Headquarters Agreement only applies to the parties to the Agreement and that art. 33(b) only involves claims against an ICAO employee where immunity has not been lifted. As such, neither is applicable in the present case.

16 The Crown argued that the act of signing the lease was an international obligation falling within *jure imperii*; therefore, the Canadian courts have no jurisdiction over matters related to the lease. Benoît J. held that, although the act of signing the agreements is a *jure imperii* act of Canada, Miller's claim is not based on the lease nor on the agreements, but, instead, on the Crown's failure to warn of the health risks posed by the building in which Miller worked.

17 The Crown also alleged that the only recourse available for unsafe working conditions is before the international administrative tribunals. Benoît J. held that the obligation to provide a healthy working environment only falls within "working conditions" if it is within the control of the employer. The Crown further argued that the reference to injuries being "work-related" in the respondent's declaration was determinative and showed that Miller's claim is entirely within the scope of labour relations. Benoît J. noted that Miller had alleged that the Crown was invited into the premises by ICAO, was aware of toxic substances in the air and did not warn him of the resultant danger to his health; he held that the legal issues are therefore those of establishing causation and damages, which have to be determined on the merits. Benoît J. stated that, whether the person to be warned was an international employee or not, the obligation remains the same and the Superior Court is competent to hear the claim.

et son employeur serait régi par le Code du personnel de l'OACI.

Le juge Benoît a aussi conclu que l'art. 32 de l'Accord de siège ne concerne que les parties à l'Accord et que l'al. 33b) ne vise que les actions engagées contre un employé de l'OACI si l'immunité dont il jouit n'a pas été levée. Ni l'une ni l'autre de ces dispositions n'est en soi applicable en l'espèce.

L'État a soutenu que la signature du bail constituait une obligation internationale relevant de la règle *jure imperii*, de sorte que les tribunaux canadiens ne pouvaient connaître des questions relatives au bail. Le juge Benoît a conclu que, même si le Canada avait accompli un acte *jure imperii* en signant les accords, la réclamation de Miller n'est fondée ni sur le bail ni sur les accords, mais plutôt sur l'omission de l'État de signaler les risques que présente pour la santé l'immeuble dans lequel Miller travaillait.

L'État a aussi prétendu que le seul recours disponible à l'égard de conditions de travail dangereuses est d'en saisir les tribunaux administratifs internationaux. Le juge Benoît a conclu que l'obligation de fournir un milieu de travail sain ne relevait de l'obligation de l'employeur en matière de « conditions de travail » que si ce dernier avait le contrôle du milieu de travail. L'État a en outre soutenu que la mention, dans la déclaration de l'intimé, que les lésions étaient [TRADUCTION] « liées au travail » était déterminante et démontrait que la réclamation de Miller relevait entièrement des relations de travail. Le juge Benoît a noté l'allégation de Miller selon laquelle l'État avait été invité sur les lieux par l'OACI, était au courant de la présence de substances toxiques dans l'air et avait négligé de l'aviser du danger que cela présentait pour sa santé; il a conclu que les questions de droit étaient donc d'établir le lien de causalité et les dommages, lesquelles doivent être tranchées au fond. Selon le juge Benoît, que la personne à prévenir soit un fonctionnaire international ou non, l'obligation est la même, et la Cour supérieure peut connaître de la réclamation.

Finally, Benoît J. found that since Miller was not claiming employee benefits, there was no possibility of contradictory judgments or double indemnity; the *forum non conveniens* rule was therefore not applicable.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 719

Nuss J.A.

The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, thereby confirming that the Quebec Superior Court has jurisdiction to consider the respondent's claim. The Crown's position was that because Miller was an employee, anything to do with employee/employer relations was covered by the immunities and privileges of international organizations. Nuss J.A. held that the Superior Court was correct in emphasizing that Miller's claim is not against ICAO and holding that the Crown could not clothe itself in the privileges and immunities vested in international organizations.

The Crown argued that all obligations of the Canadian government, if any, flowed from the agreements; Nuss J.A. held that Miller was not a party to these agreements and not bound by them. As such, the relationship of the Crown to ICAO was not relevant.

Nuss J.A. held that if the Crown harmed a person, saving a case where domestic law had given the Crown immunity, it could be sued in Canadian courts. There is no principle of law which states that because the Crown is involved with an international organization, it is not subject to a suit filed in Canadian courts.

The Crown argued that because Miller was covered by the ICAO Service Code, his recourse must follow the rules in the Code, which do not authorize suits against the Crown. Nuss J.A. held that these rules apply to cases involving Miller and ICAO, and here, Miller is not bringing an action against ICAO. Further, if the alleged acts did occur during his employment with ICAO, immunity

Enfin, le juge Benoît a conclu que, puisque Miller ne réclamait pas d'avantages sociaux, il n'y avait aucune possibilité de jugements contradictoires ou de double indemnisation; la règle du *forum non conveniens* ne s'appliquait donc pas.

B. *Cour d'appel du Québec*, [1999] R.J.Q. 719

Le juge Nuss

La Cour d'appel a rejeté l'appel à la majorité, confirmant ainsi que la Cour supérieure du Québec avait compétence sur la réclamation de l'intimé. La position de l'État était que, puisque Miller était un employé, tout ce qui avait trait aux relations employé-employeur était couvert par les privilèges et immunités des organisations internationales. Le juge Nuss a conclu que la Cour supérieure avait eu raison de souligner que la réclamation de Miller ne visait pas l'OACI et de conclure que l'État ne pouvait se prévaloir des privilèges et immunités conférés aux organisations internationales.

L'État a fait valoir que toute obligation du gouvernement canadien, s'il en est, découlait des accords; le juge Nuss a conclu que Miller n'était pas partie à ces accords ni lié par eux. En soi, la relation entre l'État et l'OACI n'était pas pertinente.

Le juge Nuss a déclaré que si l'État causait un préjudice à une personne, il pouvait, sauf dans les cas où le droit interne lui conférait l'immunité, être poursuivi devant les tribunaux canadiens. Aucun principe de droit ne dit que, du fait qu'il traite avec une organisation internationale, l'État ne peut pas faire l'objet de poursuites devant les tribunaux canadiens.

L'État a prétendu qu'en raison de l'assujettissement de Miller au Code du personnel de l'OACI, son recours doit suivre les règles de ce code, lesquelles n'autorisent pas les poursuites contre l'État. Le juge Nuss a décidé que ces règles s'appliquent aux affaires entre Miller et l'OACI et qu'en l'espèce Miller ne poursuit pas l'OACI. De plus, si les faits allégués se sont produits pendant

18

19

20

21

22

from suit that vests in ICAO is not transferred to the Crown.

Mailhot J.A. (dissenting)

23 Mailhot J.A. agreed with almost all aspects of the Crown's claim and would have allowed the appeal. She held that the respondent's declaration clearly shows that actions occurring during his employment are the basis of the claim and that the building leased by the Government of Canada has territorial immunity due to the Headquarters Agreement. These claims are tied to the working conditions and the respondent's health problems which manifested themselves as soon as he started working in his office on the 13th floor and in the interpretation booths.

24 Mailhot J.A. held that if there is any obligation on the Crown, its source is in the international agreements between ICAO and Canada. The Crown was obligated to sign a lease for the headquarters and the Superior Court cannot apply or interpret it because the signature on this lease was an act *jure imperii*.

25 Mailhot J.A. held that there was nothing in the agreements permitting an employee to sue the Canadian government for working conditions inside the building, but that they include dispute resolution provisions for work-related matters. Article 33 of the Headquarters Agreement refers to "Other Disputes" and applies in this case.

26 Mailhot J.A. remarked that Miller entered work each day, not at the invitation of the Crown, but rather as an employee of ICAO. If there is any recourse, it is against the employer. Miller had no tie to the Crown. Because of the internal dispute resolution mechanisms in the ICAO Service Code, she viewed the damages requested by the respondent, which include medical reimbursement and employment retraining, as employee benefits. She also concluded that the ICAO immunity and internal mechanisms provided that the respondent can-

que Miller travaillait pour l'OACI, l'immunité dont jouit cette organisation n'est pas transférée à l'État.

Madame le juge Mailhot (dissidente)

Le juge Mailhot souscrivait à pratiquement tous les arguments de la demande de l'État et aurait accueilli l'appel. Elle a conclu que la déclaration de l'intimé indique clairement que les faits survenus pendant qu'il occupait ses fonctions constituent le fondement de sa réclamation et que l'immeuble pris à bail par le gouvernement du Canada est visé par l'immunité territoriale en raison de l'Accord de siège. Ces réclamations sont liées aux conditions de travail et aux problèmes de santé de l'intimé, lesquels se sont manifestés dès qu'il a commencé à travailler à son bureau au 13^e étage ainsi que dans les cabines d'interprète.

Le juge Mailhot a conclu que si l'État avait des obligations, elles découlaient des accords internationaux entre l'OACI et le Canada. L'État était obligé de signer un bail pour le siège, de sorte que la Cour supérieure ne peut pas l'appliquer ni l'interpréter, car la signature du bail est un acte *jure imperii*.

Le juge Mailhot a déclaré que les accords ne contiennent rien qui permette à un employé de poursuivre le gouvernement canadien pour ses conditions de travail à l'intérieur de l'immeuble, mais qu'ils renferment des dispositions établissant un mécanisme de règlement des différends relatifs aux questions liées au travail. L'article 33 de l'Accord de siège porte le titre « Autres différends » et s'applique en l'espèce.

Le juge Mailhot a noté que Miller se rendait au travail chaque jour, non pas à titre d'invité de l'État, mais à titre d'employé de l'OACI. S'il existe quelque recours, c'est contre son employeur. Miller n'avait aucun lien avec l'État. À son avis, en raison des mécanismes internes de règlement des différends prévus par le Code du personnel de l'OACI, les dommages-intérêts réclamés par l'intimé, notamment à titre de remboursement de frais médicaux et de recyclage professionnel, sont des avantages sociaux. Elle a aussi conclu que, en rai-

not sue ICAO in court. In her view, the respondent's present action is an attempt to do indirectly what he cannot do directly.

Mailhot J.A. found that there was a risk of double indemnity or contradictory judgments and a risk of interfering in the internal affairs of ICAO. The application and interpretation of international agreements is not for ordinary courts; they should not interfere in the adjudicative choice made by the parties.

IV. Issues

There is only one issue that must be addressed for the determination of this appeal: Did the Court of Appeal err in determining that the Quebec Superior Court has jurisdiction to hear the claim of Mr. Miller against the Crown? For the appellant to succeed, it must show, pursuant to art. 31 of the *Code of Civil Procedure*, that the respondent's case is assigned exclusively to a court other than the Superior Court by a specific provision of law.

V. Analysis

The Crown bases its appeal on two fundamental arguments. The first of these arguments is that, because of the respondent's status as a civil servant of an international organization, the immunity referred to in art. 33(b) of the Headquarters Agreement applies and affects his ability to bring an action against the Crown. The second argument focuses on the context in which the alleged damages occurred; in particular, the Crown alleges that the respondent was present in the building due to his employment and that, but for his employment with ICAO, the alleged damages would not have occurred. The respondent's claim therefore falls within labour relations which are governed by the ICAO Service Code. In addition, the Crown indirectly argues that the immunity of ICAO extends to the location of the work of ICAO and its employees.

son de l'immunité et des mécanismes internes de l'OACI, l'intimé ne peut poursuivre celle-ci devant les tribunaux. Selon elle, par sa présente action, l'intimé essaie de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement.

Le juge Mailhot estime qu'il y a risque de double indemnisation ou de jugements contradictoires ainsi que risque d'ingérence dans les affaires internes de l'OACI. L'application et l'interprétation des accords internationaux ne sont pas du ressort des tribunaux de droit commun et ceux-ci ne devraient pas s'ingérer dans le choix juridictionnel fait par les parties.

IV. Les questions en litige

Il n'y a qu'une seule question à trancher pour statuer sur le présent pourvoi : La Cour d'appel a-t-elle eu tort de conclure que la Cour supérieure du Québec avait compétence pour entendre l'action de M. Miller contre l'État? Pour avoir gain de cause, l'appelante doit démontrer, aux termes de l'art. 31 du *Code de procédure civile*, qu'une disposition formelle de la loi attribue la réclamation de l'intimé exclusivement à un autre tribunal que la Cour supérieure.

V. Analyse

L'État fonde son pourvoi sur deux arguments fondamentaux. Selon le premier argument, en raison du statut de fonctionnaire international de l'intimé, l'immunité mentionnée à l'al. 33b) de l'Accord de siège s'applique et l'empêche d'intenter une action contre l'État. Le deuxième argument porte sur le contexte des dommages allégués : l'État prétend en particulier que l'intimé se trouvait dans l'immeuble en raison de son emploi et, n'eût été son travail auprès de l'OACI, les dommages allégués ne se seraient pas produits. La réclamation de l'intimé relève donc des relations de travail, lesquelles sont régies par le Code du personnel de l'OACI. En outre, l'État a laissé entendre que l'immunité de l'OACI s'étendait aux locaux de l'OACI et à ses employés.

27

28

29

A. *The Effect of Miller's Status as a Civil Servant of an International Organization*

30

There is no basis for the appellant's claim that Miller's status as a civil servant of an international organization should impinge on his ability to bring an action against the Crown. The respondent's status as an international civil servant is irrelevant since, in this case, he is not bringing an action in that capacity. In addition, despite the argument of the appellant that Miller's alleged injuries occurred in relation to his employment, he has presented evidence that his injuries may have been incurred, in part, upon returning to the ICAO headquarters after he was dismissed.

31

In any event, immunity pursuant to art. 33(b) only transfers to an employee of ICAO when the employee is a defendant in a court action and not when he or she is a plaintiff. Article 33 is entitled "Other Disputes"; (a) concerns the settlement of disputes "arising out of contracts or other disputes to which the Organization is a party", and (b) concerns the settlement of disputes "involving any officials of the Organization if their immunity has not been waived in accordance with Article 21" (emphasis added). It is clear that neither of these subsections is applicable in the instant case. First, because ICAO is not a party to the dispute, subsection (a) may not be invoked. Second, subsection (b) was not worded in the same manner in that there is no reference to disputes wherein the official is a "party"; rather, the wording relates to disputes wherein immunity of the official has not been waived. Thus, I am in agreement with Benoît J. when he stated, at pp. 271-72:

[TRANSLATION] It should be noted that art. 32 applies only to the parties to the Headquarters Agreement and that art. 33(b) concerns claims against an official where immunity has not been waived, which means, of necessity, a defendant in an action involving either ICAO activities or the duties of the official, since that is the extent of the immunity.

Pursuant to art. 33(b), the immunity comes into play only if the officer is being blamed for a wrongful act. This interpretation is also consistent

A. *L'effet du statut de fonctionnaire international de Miller*

Il n'y a aucun fondement à l'argument de l'appelante que le statut de fonctionnaire international de Miller l'empêche de poursuivre l'État. Ce statut de l'intimé n'est pas pertinent puisqu'en l'espèce, il n'intente pas l'action à ce titre. De plus, malgré l'argument de l'appelante que les lésions alléguées par Miller se sont produites dans le cadre de ses fonctions, celui-ci a présenté des éléments de preuve indiquant qu'elles peuvent s'être produites en partie lors de son retour au siège de l'OACI, après son licenciement.

Quoi qu'il en soit, l'immunité prévue par l'al. 33b) ne protège un employé de l'OACI que s'il est défendeur dans une action en justice et non pas s'il est demandeur. L'article 33 s'intitule « Autres différends »; l'al. a) porte sur le règlement des différends « en matière de contrats ou autres différends dans lesquels l'Organisation serait partie », tandis que l'al. b) porte sur le règlement des différends « dans lesquels serait impliqué un fonctionnaire de l'Organisation si l'immunité dont il jouit n'a pas été levée conformément aux dispositions de l'Article 21 » (je souligne). Il est évident que ni l'un ni l'autre de ces alinéas ne s'applique en l'espèce. Premièrement, l'al. a) ne peut être invoqué puisque l'OACI n'est pas partie au litige. Deuxièmement, l'al. b) n'est pas libellé de la même manière, de sorte qu'il n'y a aucune mention des litiges dans lesquels le fonctionnaire est une « partie », le texte portant plutôt sur les litiges où l'immunité du fonctionnaire n'a pas été levée. Je suis donc d'accord avec le juge Benoît lorsqu'il écrit, aux p. 271-272 :

Il faut remarquer que l'article 32 ne concerne que les parties aux accords de siège et que l'article 33b) concerne une réclamation contre un fonctionnaire dont l'immunité n'est pas levée, ce qui signifie nécessairement défendeur à une demande concernant les activités de l'OACI ou les fonctions de ce fonctionnaire puisque c'est là la portée de l'immunité.

En vertu de l'al. 33b), l'immunité n'entre en jeu que si on reproche au fonctionnaire d'avoir commis une faute. Cette interprétation est également

with the international agreements and conventions upon which art. 33 is based.

B. The Legal Consequences of the Alleged Injuries Having Been Incurred in the International Workplace

The Crown argues that this Court must consider the context in which this claim arose. In its opinion, the respondent's injuries would not have occurred but for the respondent's employment; therefore, these injuries are necessarily related to employment and fall within the area of labour relations. As a result, the Crown maintains that the respondent's action should be governed by the ICAO Service Code which provides a complete internal regime for regulating conditions of employment within that Organization. The Crown finds support for this position in the respondent's declaration wherein he stated that his claim arises "from the working conditions and environment" and that his medical condition is "entirely work-related".

In response, Miller states that his claim is not based on working conditions as they relate to labour relations, but simply on the failure of a third party to warn of dangerous conditions of which it had knowledge. As such, the claim is an ordinary action in civil responsibility. Miller further states that his reference to the work-related nature of his injuries was only included in the declaration to avail himself of the "simplified procedure" in art. 481.1(c) of the *Code of Civil Procedure*, which applies to claims "related to a contract of employment".

(a) The Impact of Reference to Work-Related Injuries in the Respondent's Declaration

Benoît J., in an interlocutory decision dated October 30, 1997, did not allow this case to follow the "simplified procedure" despite the inclusion of the aforementioned statements in Miller's declaration. He held that the alleged damages suffered by Miller did not arise from the employment contract or the lease, but rather from the exposure of everyone in the building, whether an employee of ICAO

conforme aux conventions et accords internationaux sur lesquels l'art. 33 est fondé.

B. Les effets juridiques découlant du fait que les lésions auraient été subies dans le milieu de travail international

L'État fait valoir que notre Cour doit tenir compte du contexte de cette réclamation. À son avis, comme les lésions de l'intimé ne se seraient pas produites n'eût été son emploi, elles y sont nécessairement liées et relèvent du domaine des relations de travail. Il soutient donc que l'action de l'intimé devrait être régie par le Code du personnel de l'OACI, qui prévoit un régime interne complet établissant les conditions de travail au sein de l'Organisation. Il invoque à l'appui de sa position la déclaration de l'intimé, où ce dernier affirme que sa réclamation [TRADUCTION] « découle des conditions et du milieu de travail » et que son état de santé est [TRADUCTION] « entièrement lié au travail ».

En réponse, Miller déclare que sa réclamation n'est pas fondée sur les conditions de travail s'inscrivant dans le domaine des relations de travail, mais simplement sur l'omission d'un tiers de signaler les conditions dangereuses dont il avait eu connaissance. À ce titre, il s'agit d'une action ordinaire en responsabilité civile. Miller ajoute que la seule raison pour laquelle il a mentionné dans sa déclaration que ses lésions étaient liées à son travail était de pouvoir de se prévaloir de la « procédure allégée » prévue au par. 481.1(c) du *Code de procédure civile*, qui s'applique aux créances « liées au contrat de travail ».

(a) L'effet de la mention de lésions liées au travail dans la déclaration de l'intimé

Dans une décision interlocutoire rendue le 30 octobre 1997, le juge Benoît n'a pas autorisé en l'espèce le recours à la « procédure allégée » bien que les déclarations susmentionnées figurent dans la déclaration de Miller. À son avis, les dommages qu'aurait subis Miller ne découlaient ni du contrat de travail ni du bail, mais plutôt de l'exposition de tous les occupants de l'immeuble, qu'ils soient

32

33

34

or not, to toxic substances. Therefore, the claim of the respondent was not “related to a contract of employment” and the “simplified status” was denied. This was a final decision that was not appealed. It was released over two weeks before the decision from which this appeal is made and, as a result, the remainder of the respondent’s claim has followed the ordinary procedures in the *Code of Civil Procedure*.

35

The mere fact that the respondent’s damages were stated to have arisen from working conditions and were stated to be “entirely work-related” cannot change the true nature of the claim into one of labour relations. These statements simply reveal that the majority of the respondent’s alleged injuries occurred while the respondent was at work, which is not disputed. The mere fact that damages occur while an employee is at work does not automatically imply that the employer is the responsible party. The respondent in effect claims that the Crown is one of two third parties responsible for his alleged injuries which, he alleged, occurred, for the most part, while he was employed by ICAO, at the ICAO building.

(b) The Focus of the Inquiry

(i) *The Nature of the Dispute*

36

The Crown argues that this Court should focus on the activities involved rather than on the actual parties to the action. In doing so, if it is found that the activities fall within “working conditions”, the claim is within labour relations between ICAO and the respondent. In essence, the appellant says that, even though ICAO is not a party to the action, this claim involves the actions of ICAO, which are protected by ICAO immunity and must be determined by the international dispute resolution mechanism. The Crown relies upon several cases which, it argues, support this argument, in particular *New Brunswick v. O’Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967, *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, and *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345.

employés de l’OACI ou non, à des substances toxiques. Par conséquent, la réclamation de l’intimé n’était pas « liée » au contrat de travail » et le recours à la procédure allégée a été refusé. Il s’agissait d’une décision finale qui n’a fait l’objet d’aucun appel. Elle a été rendue plus de deux semaines avant la décision visée par le présent pourvoi, de sorte que, hormis cette partie, la réclamation de l’intimé a suivi la procédure ordinaire prévue par le *Code de procédure civile*.

Le simple fait de dire que les dommages subis par l’intimé découlent des conditions de travail et qu’ils sont « entièrement liés au travail » ne peut changer la véritable nature de la réclamation et faire en sorte que celle-ci relève des relations de travail. Ces mentions révèlent simplement que les lésions alléguées se sont produites pour la plupart au travail, ce qui n’est pas contesté. Le simple fait que l’intimé subit des dommages dans l’exercice de ses fonctions ne signifie pas nécessairement que l’employeur en est responsable. L’intimé soutient en fait que l’État est l’un des tiers responsables de ses lésions, qui, selon lui, se sont produites pour la plupart lorsqu’il travaillait pour l’OACI, dans l’immeuble de cette organisation.

b) L’objet principal de l’examen

(i) *La nature du litige*

L’État soutient que notre Cour devrait se concentrer sur les faits en cause plutôt que sur les véritables parties à l’action. Si notre Cour conclut, ce faisant, que les faits relèvent des « conditions de travail », la réclamation s’inscrit dans les relations de travail entre l’OACI et l’intimé. L’appelant dit essentiellement que, même si l’OACI n’est pas partie à l’action, la présente réclamation porte sur les actes de l’OACI, lesquels sont protégés par l’immunité qui lui est conférée et doivent être jugés selon le mode international de règlement des différends. L’État a invoqué plusieurs arrêts à l’appui de cet argument, notamment les arrêts *Nouveau-Brunswick c. O’Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967, *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, et *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

In *O'Leary*, this Court held that a claim brought by an employer against an employee was governed by labour legislation providing for binding arbitration in cases involving a dispute regarding the "interpretation, application or administration" of the collective agreement. Although the employer argued that his action was based on negligence rather than on the collective agreement, McLachlin J., as she then was, decided otherwise. Based on an investigation into the "essential character" of the dispute, she held that it arose from the collective agreement. She stated, at para. 6:

Here the agreement does not expressly refer to employee negligence in the course of work. However, such negligence impliedly falls under the collective agreement. Again, it must be underscored that it is the essential character of the difference between the parties, not the legal framework in which the dispute is cast, which will be determinative of the appropriate forum for settlement of the issue. [First emphasis in original; second emphasis added.]

Similarly, in *Weber*, McLachlin J., writing for the majority, reiterated, at para. 52, that "[t]he question in each case is whether the dispute, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement". In that case, the majority upheld decisions by the lower courts striking an action brought by an employee against his employer based on tort law. While the Ontario Court of Appeal overturned the trial judge in part, allowing an action based on a breach of the employee's *Charter* rights to stand, this Court disagreed, arguing the power and duty of arbitrators to apply the law extends to the *Charter*. Yet, while McLachlin J. held that disputes arising from a collective agreement fall within the exclusive jurisdiction of an arbitrator if the applicable legislation so provides, thereby precluding the possibility of suit before the courts, she recognized that certain cases will remain in which the courts retain jurisdiction to deal with disputes between employers and employees. In this regard, she stated, at para. 54:

Dans *O'Leary*, notre Cour conclut que la réclamation d'un employeur contre un employé est régie par les lois du travail prévoyant l'arbitrage obligatoire dans les affaires où le litige porte sur « l'interprétation, l'application [ou] l'administration » de la convention collective. Même si l'employeur a prétendu que son action était fondée sur la négligence plutôt que sur la convention collective, le juge McLachlin, maintenant Juge en chef, a conclu autrement. Se fondant sur l'examen de l'« essence » du différend, elle a conclu, au par. 6, qu'il découlait de la convention collective :

En l'espèce, la convention ne mentionne pas explicitement la négligence dont un employé pourrait faire preuve dans le cadre de son travail. Cette négligence relève néanmoins implicitement de la convention collective. Encore une fois, il faut comprendre que c'est l'essence du différend entre les parties et non le cadre juridique dans lequel le litige est posé qui déterminera le tribunal qui convient pour régler l'affaire. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

De la même manière, dans *Weber*, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a réaffirmé qu'« [i]l s'agit, dans chaque cas, de savoir si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective » (par. 52). Dans cette affaire, les juges majoritaires ont confirmé les décisions des tribunaux d'instance inférieure, qui avaient radié l'action d'un employé contre son employeur en vertu du droit de la responsabilité civile. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé en partie la décision du juge du procès, qui avait confirmé une action pour violation des droits garantis à l'employé par la *Charte*, mais notre Cour n'était pas de cet avis, concluant que les attributions des arbitres en matière d'application du droit s'étendent à la *Charte*. Pourtant, même si le juge McLachlin a conclu que les litiges découlant d'une convention collective relevaient de la compétence exclusive d'un arbitre si la loi applicable le prévoyait, ce qui empêchait toute poursuite judiciaire, elle a reconnu que, dans certains cas, les tribunaux conservaient leur compétence pour statuer sur les litiges entre employeurs et employés. À cet égard, elle écrit, au par. 54 :

This approach does not preclude all actions in the courts between employer and employee. Only disputes which expressly or inferentially arise out of the collective agreement are foreclosed to the courts. . . .

39

Finally, in *Béliveau St-Jacques*, this Court ruled upon a liability claim lodged by an employee which was based on the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The majority decision delivered by Gonthier J. held that the employee had obtained compensation for her damages, which had already been characterized as an “employment injury” within the meaning of the relevant provincial legislation. This statute prohibited any further action before the Superior Court. Although this resulted in the employer’s civil immunity, Gonthier J. held that such a result did not deprive the employee of her fundamental rights protected by the Quebec *Charter*, nor did it prevent her from seeking redress and obtaining monetary compensation for her injuries.

40

The Crown stresses that the “essential character” of this action is a labour relations dispute and an attempt to seek redress for the respondent’s termination by ICAO; thus, it should be subject to the rules established by the ICAO Service Code. The appellant’s arguments on this point are flawed in two respects. First, they appear to misstate the importance of the case law that is reviewed above. These judgments clearly indicate that where a dispute between an employer and an employee arises out of a collective agreement, which is governed by legislation that establishes alternative procedures for dispute resolution, the claimant is barred from seeking a civil remedy before the Superior Court. As such, this jurisprudence would be instructive for assessing the respondent’s capacity to file suit against his employer, ICAO, before the Superior Court; however, the respondent’s claim is evidently distinct from those at issue in *O’Leary, supra*, *Weber, supra*, and *Béliveau St-Jacques, supra*. Unlike those appeals, the case at bar does not involve a dispute between an employer and an employee, but rather is premised on a claim by a former employee against third parties who have nothing to do with the employment relationship.

Ce modèle ne ferme pas la porte à toutes les actions en justice mettant en cause l’employeur et l’employé. Seuls les litiges qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective échappent aux tribunaux . . .

Enfin, dans *Béliveau St-Jacques*, notre Cour a statué sur une action en responsabilité intentée par une employée en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Il a été conclu dans la décision majoritaire rendue par le juge Gonthier que l’employée avait été indemnisée pour ses dommages, lesquels avaient déjà été qualifiés de « lésion professionnelle » au sens de la loi provinciale pertinente. Cette loi interdisait toute autre action devant la Cour supérieure. Même si cela donnait lieu à l’immunité de l’employeur contre les poursuites civiles, le juge Gonthier a conclu que l’employée n’était pas de ce fait privée de ses droits fondamentaux protégés par la *Charte* québécoise et que cela ne l’empêchait pas non plus de demander réparation et d’obtenir une indemnité pour ses lésions.

L’État souligne que l’« essence » de la présente action est un litige en matière de relations de travail et une tentative de l’intimé d’obtenir réparation pour son licenciement par l’OACI, de sorte que le présent litige est visé par le Code du personnel de l’OACI. Les arguments de l’appelante sur ce point comportent deux lacunes. Premièrement, ils paraissent mal évaluer l’importance des arrêts susmentionnés. Ceux-ci indiquent clairement que, dans le cas d’un litige entre employeur et employé qui découle d’une convention collective régie par une loi établissant un autre mode de règlement des différends, le plaignant ne peut exercer de recours civil devant la Cour supérieure. En soi, ces arrêts seraient instructifs pour l’évaluation de la capacité de l’intimé de poursuivre son employeur, l’OACI, devant la Cour supérieure, mais la réclamation de l’intimé diffère manifestement des réclamations en cause dans les arrêts *O’Leary*, *Weber* et *Béliveau St-Jacques*, précités. Contrairement à ces pourvois, la présente affaire ne porte pas sur un litige entre employeur et employé, mais sur une action intentée par un ancien employé contre des tiers qui n’ont rien à voir avec les relations en matière d’emploi. À cet égard, même si ces décisions sont

As such, although this body of case law is helpful insofar as it establishes that the “essence” of a claim must be considered to determine questions of jurisdiction, it does not support the position of the Crown in light of the nature and distinct factual circumstances of the present appeal, which do not arise from an employment relationship.

Second, notwithstanding the fact that ICAO is not a party to this action, the Crown insists that the respondent is trying to do indirectly what he cannot do directly, that being that he is attempting to bring an action in court for the loss of his employment contract. The Crown submits that:

[TRANSLATION] What Mr. Miller is attempting to do by bringing an action against the Government of Canada in the Superior Court is to bypass the legal procedures that have been put in place to assess his claim and to bypass the immunity enjoyed by ICAO in Canadian courts by substituting the Government of Canada for ICAO;

The majority of the Court of Appeal was correct in its analysis of this argument. The respondent has not made a claim against ICAO in the Superior Court. If he had, it is clear from the Headquarters Agreement, the ICAO Staff Rules and the ICAO Service Code as well as the preceding jurisprudence that the respondent’s action would have been disallowed. ICAO is immune from court action because of the international agreements signed by ICAO and Canada; any claim against ICAO would have to follow the administrative procedures laid out in the Service Code and Rules. In fact, Miller has made a claim against ICAO following these administrative procedures. He has waited six years and, at the date of this hearing, had not received a decision. The present action, on the other hand, is against third parties who he claims are responsible for his medical problems.

The respondent is not attempting to gain employee benefits in this action but, rather, compensation for the alleged wrongful acts of the Crown which are not based on the breach of an employment contract but rather, are extra-contractual. As stated by Benoît J., the claim against the Crown is not based on the lease between the Crown and ICAO, nor on the obligations owed by the Crown to ICAO or its employees because of

utiles dans la mesure où elles établissent qu’il faut tenir compte de l’« essence » d’une réclamation pour trancher les questions de compétence, elles n’appuient pas la position de l’État compte tenu de la nature et des faits distincts du présent pourvoi, qui ne découlent pas des relations en matière d’emploi.

Par ailleurs, bien que l’OACI ne soit pas partie à la présente action, l’État soutient fermement que l’intimé essaie de faire indirectement ce qu’il ne peut pas faire directement, soit tenter une action en justice pour la perte de son contrat de travail. Voici l’argument de l’État :

Ce que M. Miller tente de faire par le biais de son action intentée contre le gouvernement du Canada, en Cour supérieure, c’est de court-circuiter les régimes légaux mis en place pour juger sa réclamation et court-circuiter l’immunité dont bénéficie l’OACI devant les tribunaux canadiens, en lui substituant le gouvernement canadien;

Les juges majoritaires ont bien analysé cet argument. L’intimé n’a intenté aucune action contre l’OACI devant la Cour supérieure. Il ressort clairement de l’Accord de siège, les règles du personnel de l’OACI et le Code du personnel de l’OACI ainsi que des arrêts qui précèdent que, s’il l’avait fait, son action aurait été rejetée. L’OACI jouit de l’immunité contre toute poursuite en raison des accords internationaux qu’elle a signés avec le Canada, de sorte que toute réclamation doit suivre la procédure administrative établie dans le Code du personnel et dans les règles du personnel. En fait, Miller a fait une réclamation contre l’OACI selon cette procédure administrative. Il a attendu pendant six ans et, à la date de l’audition du pourvoi, il n’avait reçu aucune décision. En revanche, la présente action est intentée contre des tiers qui, selon lui, sont responsables de ses problèmes de santé.

L’intimé n’essaie pas d’obtenir des avantages sociaux dans la présente action, mais une indemnité pour les fautes alléguées de l’État qui ne sont pas fondées sur l’inexécution d’un contrat de travail mais qui sont plutôt extra-contractuelles. Comme l’a écrit le juge Benoît, l’action contre l’État n’est fondée ni sur le bail entre celui-ci et l’OACI, ni sur les obligations de l’État envers l’OACI ou ses employés en vertu du bail. Elle

41

42

43

the lease. Instead, the respondent's claim against the Crown is based on an alleged preexisting knowledge of toxic substances in the building and its failure to warn those who used the building of the existence of these substances.

44 Finally, the respondent alleges that he was injured, in part, after his employment with ICAO was terminated, when he returned to the ICAO building for an appeal hearing; this is meant to further establish that his injuries do not arise from employment.

45 Mailhot J.A., in dissent, held that the damages requested by Miller were, in essence, employee benefits, because they included medical costs, retraining, loss of future earnings and loss of future pension. These damages are like any damage claims in personal injury lawsuits. If the respondent was hit by a car and no longer able to work in his present employment, his claim would be no different. As such, he is not claiming "employee benefits".

(ii) *The Extent of the Immunity*

46 Although the Crown states that it is not arguing that the ICAO immunity is transferred to the Crown, in essence it is arguing that the immunity of the organization extends to the location of work and, because the respondent's injuries were incurred therein, all those who may be responsible for the alleged damages are protected by such immunity.

47 In stating that the nature of the actions giving rise to the claim determine if they are "sovereign" actions, the Crown is in fact saying that anything occurring at the place of employment, where that location results from an international agreement between an international organization and the Crown, is a sovereign act and, therefore, that no matter how remote, this act is protected by the immunity. This is incorrect. The immunity of

repose plutôt sur l'allégation que l'État, qui aurait eu connaissance de la présence de substances toxiques dans l'immeuble, n'en a pas averti les occupants.

Enfin, l'intimé soutient que ses lésions ont été causées, en partie, après la cessation de son emploi auprès de l'OACI, lorsqu'il est retourné dans l'immeuble pour l'audition de son appel. Le but en est d'établir que ses lésions ne résultent pas de son emploi.

Dans son jugement dissident, Madame le juge Mailhot a conclu que les dommages-intérêts réclamés par Miller étaient essentiellement des avantages sociaux puisqu'ils comprenaient le remboursement de frais médicaux et de recyclage professionnel ainsi qu'une indemnisation pour perte de revenus futurs et perte de prestations de retraite futures. Ces dommages-intérêts sont comme les dommages-intérêts réclamés dans les poursuites pour lésions corporelles. Si l'intimé avait été renversé par une voiture et qu'il avait été incapable de continuer à exercer son emploi actuel, sa réclamation n'aurait pas été différente. Par conséquent, je ne crois pas qu'il s'agisse de « bénéfices de son emploi » (avantages sociaux).

(ii) *La portée de l'immunité*

Même si l'État dit ne pas prétendre que l'immunité de l'OACI lui est transférée, il soutient essentiellement qu'elle s'étend au lieu de travail et que, comme c'est là que se sont produites les lésions, elle protège tous ceux qui sont susceptibles d'être responsables des dommages allégués.

En déclarant que c'est leur nature qui détermine si les actes sur lesquels se fonde la réclamation sont des actes « souverains », l'État dit en fait que si le lieu de travail découle d'un accord entre une organisation internationale et l'État, tous les actes qui y sont accomplis sont des actes souverains et sont donc protégés par l'immunité même si les liens sont ténus. Cela est inexact. L'immunité de l'OACI et de ses employés est conférée pour la

ICAO and its employees is for the protection of the Organization. This is clearly stated in art. 21 of the Headquarters Agreement. One must not simply look at the activities involved and the place in which these occurred, but also at the effect that these claims may have on the Organization. Therefore, the actual parties to any court action are important and must be considered, as well as the nature of the claim.

A sovereign act is an act done by a sovereign body acting in accordance with its sovereign privileges. The signing of the international agreements were sovereign acts of both the Crown and ICAO. The respondent argues that ICAO had absolutely no control over maintenance of the leased premises and that it had no control over its ventilation system. He states that it was only upon ICAO's request that a Joint Working Group was formed, including representatives of the Crown and Monit, to resolve the problems related to poor air quality. His claim against the Crown is for a failure to warn of dangerous environmental conditions within the ICAO headquarters. The respondent's burden is to show that the Crown was aware of the problem and failed in its duty to warn the occupants of the building and that this caused the injuries that he allegedly incurred. This failure to warn, if proven, cannot be seen as a "sovereign act" as it clearly has nothing to do with the agreement between ICAO and the Crown, nor with ICAO's daily activities. Furthermore, although the Crown alleged that its representatives were not permitted to enter the building, there is evidence that ICAO was only one lessee of that building, that people regularly entered the building and that, although the actual ICAO premises could not be entered without permission, due to the air problems, the Crown was given permission to enter on numerous occasions.

According to the appellant, if the Superior Court exercises jurisdiction with respect to the respondent's claim, ultimately it will have to comment upon and, thus, interfere with the internal workings of ICAO. As a result, a national court will scrutinize and render judgment on a dispute essen-

protection de l'Organisation. Cela est indiqué clairement dans l'art. 21 de l'Accord de siège. Il ne faut pas simplement examiner les faits en cause et le lieu de leur survenance, mais aussi l'effet de ces réclamations sur l'Organisation. Par conséquent, il est important de prendre en considération l'identité des véritables parties à l'action en justice au même titre que la nature de la réclamation.

Un acte est un acte souverain s'il est accompli par un organisme souverain agissant conformément aux privilèges de sa souveraineté. La signature des accords internationaux est un acte souverain de l'État et de l'OACI. L'intimé prétend que l'OACI n'a absolument aucun contrôle sur l'entretien des locaux loués et sur leur système de ventilation. Il déclare que c'est seulement à la demande de l'OACI qu'un groupe de travail mixte comprenant des représentants de l'État et de Monit a été formé pour régler les problèmes de mauvaise qualité de l'air. Son action contre l'État est fondée sur l'omission de signaler les conditions environnementales dangereuses qui existaient au siège de l'OACI. Il incombe à l'intimé de démontrer que l'État était au courant du problème, qu'il a manqué à son obligation d'en avertir les occupants de l'immeuble et que cela a causé les lésions alléguées. Ce manquement, s'il est établi, ne peut pas être considéré comme un « acte souverain » puisqu'il n'a manifestement rien à voir avec l'accord entre l'OACI et l'État ou les opérations quotidiennes de l'OACI. De plus, malgré les allégations de l'État que ses représentants n'étaient pas autorisés à entrer dans l'immeuble, la preuve indique que l'OACI était seulement un des locataires de l'immeuble, que les gens y entraient régulièrement et que, même s'il était interdit d'entrer sans autorisation dans les locaux de l'OACI, l'État a eu l'autorisation de le faire à nombre d'occasions en raison des problèmes de qualité de l'air.

L'appelante prétend que si la Cour supérieure exerce sa compétence relativement à la réclamation de l'intimé, elle devra en fin de compte aborder la question du fonctionnement interne de l'OACI et, par conséquent, s'ingérer dans ses affaires internes. Cela permettrait donc à un tribu-

tially related to ICAO labour relations, which falls within ICAO's complete and exclusive jurisdiction. The appellant argues that such a result would run counter to basic public international law principles, as it would fail to recognize the dignity, independence and integrity that necessarily attach to foreign and international organizations and states. In this regard, the Crown cites this Court's decision in *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50, where La Forest J., writing for the majority, stated at p. 80:

While bare employment contracts are primarily commercial in nature, the management and operation of a military base is undoubtedly a sovereign activity. The operations of embassies and offshore military posts are the quintessential examples of state activity that should be immune from foreign review. [Emphasis added.]

nal national d'examiner et de juger un litige essentiellement lié aux relations de travail de l'OACI, domaine qui relève entièrement et exclusivement de la compétence de cette dernière. L'appelante soutient qu'un tel résultat irait à l'encontre des principes fondamentaux du droit public international puisque cela ne reconnaîtrait pas la dignité, l'indépendance et l'intégrité nécessairement liées aux organisations internationales et aux États étrangers. À cet égard, l'État cite la décision rendue par notre Cour dans *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50, où le juge La Forest, au nom de la majorité, écrit, à la p. 80 :

Bien qu'un simple contrat de travail soit principalement de nature commerciale, la gestion et l'exploitation d'une base militaire constituent certainement des activités d'un État souverain. Les activités des ambassades et des postes militaires extracôtiers constituent les meilleurs exemples d'activités exercées par un État qui devraient être visées par l'immunité de juridiction. [Je souligne.]

50

First, this decision involved the *State Immunity Act* which does not apply in the present case. This notwithstanding, if ICAO was a party to this action or if there was an investigation into the activities of ICAO, its usage of the building, or the way it paid or treated its employees, this argument might be persuasive. Clearly, there will be some instances where dealing with events that occur during someone's employment may lead to intrusion into sovereign activities of an international body. The present case, however, is not one of them. As stated throughout, Miller's claim does not emerge from his employment relation with ICAO. Thus, the Organization's administrative procedures are inapplicable in this case. The Superior Court is only being asked to determine if the Crown had knowledge of the environmental conditions in the building, if it or its representatives failed to exercise their duty to warn those who worked within it, and if this caused the respondent's damages. Within this analysis, a consideration of ICAO's internal functions and procedures is neither relevant nor necessary.

Tout d'abord, il est question dans cette décision de la *Loi sur l'immunité des États*, qui ne s'applique pas en l'espèce. Toutefois, si l'OACI était partie à la présente action ou s'il y avait enquête sur les actes de l'OACI, sur son utilisation de l'immeuble ou sur la façon dont elle rémunère ou traite ses employés, cet argument serait convaincant. Il y a évidemment des cas où l'examen des faits se produisant au cours de la période d'emploi de quelqu'un peut mener à l'ingérence dans les actes souverains d'un organisme international. Ce n'est toutefois pas le cas dans la présente affaire. Comme je l'ai dit à maintes reprises, la réclamation de Miller ne provient pas de sa relation de travail avec l'OACI. La procédure administrative de l'Organisation est donc inapplicable en l'espèce. La Cour supérieure doit seulement déterminer si l'État avait eu connaissance des conditions environnementales dans l'immeuble, si celui-ci ou ses représentants ont manqué à leur obligation d'avertir ceux qui y travaillaient et si cela a causé les dommages allégués. L'examen des fonctions et des procédures internes de l'OACI ne serait ni pertinent ni nécessaire dans le cadre de cette analyse.

C. Full Answer and Defence

It is argued that, because of the immunity that protects ICAO and its employees, the appellant will face difficulties in preparing a full answer and defence should this action be remitted to the Superior Court. This is said to be due in part to the inviolable nature of the headquarters itself, which is provided by arts. 4 and 5 of the Headquarters Agreement. Concern is also expressed by the appellant that ICAO cannot be compelled by the court to provide documents and that its employees cannot be compelled to testify.

Although ICAO immunity covers the premises with an “inviolable” character, the facts of this case indicate that this immunity is not so broad as to completely preclude the appellant from gathering evidence to support its arguments on the merits of this case. As noted earlier, there is evidence that the Crown entered the ICAO premises on numerous occasions due to the continuing air quality problems. This evidence also suggests that the Crown supplied full-time staff to assist and advise Monit, the owner of the building, and that the Crown participated in committee meetings. Finally, it suggests that ICAO was not the only tenant of the building, which was open to the public from the street and the Metro.

In addition, it must be noted that art. VII of the Supplementary Agreement states that any cause of action related to the lease can be brought to a competent court of Canada and, in such a case, ICAO should “facilitate the proper administration of justice and assist the Government of Canada by providing all relevant evidence”. Although the respondent’s claim is not based on the lease but rather on the Crown’s failure to warn of environmental problems, the Crown could point to the fact that its involvement in this case is “related” to the lease to obtain the cooperation of ICAO.

The Crown may also be able to invoke art. 21 of the Headquarters Agreement. This Article discusses the immunity and privileges of international

C. Une défense pleine et entière

On a prétendu qu’en raison de l’immunité dont jouissent l’OACI et ses employés, l’appelante aurait de la difficulté à présenter une défense pleine et entière si la présente action devait être renvoyée devant la Cour supérieure. Cela serait dû en partie à l’inviolabilité du siège lui-même, laquelle est prévue par les art. 4 et 5 de l’Accord de siège. L’appelante s’est également dite préoccupée par le fait que l’OACI ne pouvait être contrainte par la cour à fournir des documents et que ses employés ne pouvaient pas être contraints à témoigner.

Même si l’immunité de l’OACI confère aux locaux un caractère « inviolable », les faits de la présente affaire indiquent qu’elle n’est pas large au point d’empêcher complètement l’appelante de recueillir des éléments de preuve en vue d’appuyer ses arguments quant au fond de l’affaire. Comme nous l’avons déjà mentionné, la preuve indique que l’État a pénétré dans les locaux de l’OACI à de nombreuses reprises en raison des problèmes continus de qualité de l’air. Elle indique aussi que l’État a fourni une personne à plein temps pour aider et conseiller Monit, la propriétaire de l’immeuble, qu’il a participé à des réunions de comité et, enfin, que l’OACI n’était pas le seul locataire de l’immeuble, auquel le public avait accès de la rue et du métro.

Par ailleurs, il faut noter que l’art. VII de l’Accord supplémentaire prévoit que toute cause d’action relative au bail peut être portée devant les tribunaux compétents du Canada et que, en pareil cas, l’OACI « facilitera la bonne administration de la justice et assistera le Gouvernement du Canada en fournissant tout élément pertinent à la preuve ». Même si la réclamation de l’intimé est fondée non pas sur le bail, mais sur l’omission de l’État de signaler les problèmes environnementaux, l’État pourrait, pour obtenir la collaboration de l’OACI, faire valoir que sa participation en l’espèce est « liée » au bail.

L’État pourrait aussi invoquer l’art. 21 de l’Accord de siège, qui porte sur les privilèges et les immunités accordés aux fonctionnaires internatio-

51

52

53

54

officials. Although the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Can. T.S. 1966 No. 29, states that these officials generally cannot be compelled to testify, art. 21 provides that:

The Secretary General of the Organization shall have the right and the duty to waive the immunity of any official in any case where, in his opinion, the immunity would impede the course of justice and can be waived without prejudice to the interests of the Organization. [Emphasis added.]

In light of the above, the concerns raised by the Crown regarding the effect of ICAO's immunity on the preparation of its defence are both hypothetical and premature. Any real issue on this subject could be handled by the trial judge.

D. *The Proper Forum*

55 Having found that the context in which the alleged injuries occurred does not prevent the respondent's action, this Court must now determine if, under Canadian law, the Quebec Superior Court has general jurisdiction over these matters.

56 The Crown does not claim that there is anything in Canadian law which preempts the jurisdiction of the Superior Court; however, it does rely on international law, in particular the Headquarters Agreement. It argues that our internal order is affected by international law and that, as such, the jurisdiction of the ordinary courts of Canada is ousted by Canada's acceptance that there will be an exclusive international forum for disputes resulting from the relationship between employees and their international employer. Upon review of the wording of these international instruments, I find that there is nothing stated therein to preclude the respondent's action from being heard and considered by the Quebec Superior Court. The Crown argues that silence with respect to the Crown's obligations towards ICAO employees indicates that the respondent's claim does not exist in international law; the respondent submits that this silence "confirms only that there are no limitations on the jurisdiction of the domestic courts over such claims" (emphasis in original). I agree. The inter-

naux. Même si, selon la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, R.T. Can. 1966 n° 29, ceux-ci ne peuvent généralement pas être contraints à témoigner, l'art. 21 prévoit que :

Le Secrétaire général de l'Organisation pourra et devra lever l'immunité accordée à un fonctionnaire dans tous les cas où, à son avis, cette immunité empêcherait que justice soit faite et où elle peut être levée sans porter préjudice aux intérêts de l'Organisation. [Je souligne.]

Compte tenu de ce qui précède, les inquiétudes que l'État a mentionnées au sujet de l'effet de l'immunité de l'OACI sur la préparation de sa défense sont hypothétiques et prématurées. Le juge du procès pourrait régler toute véritable question qui se pose à ce sujet.

D. *Le forum compétent*

Ayant conclu que le contexte des lésions alléguées n'empêchait pas l'action de l'intimé, notre Cour doit maintenant déterminer si, en vertu du droit canadien, la Cour supérieure du Québec a compétence générale sur ces questions.

L'État n'affirme pas que le droit canadien écarte la compétence de la Cour supérieure, mais il invoque le droit international, en particulier l'Accord de siège. À son avis, notre ordre interne est visé par ce droit international et les tribunaux de droit commun du pays n'ont plus compétence du fait que le Canada a accepté qu'il y ait un forum international exclusif pour les litiges résultant de la relation entre les employés et leur employeur international. Après examen du libellé de ces textes internationaux, je conclus qu'ils ne contiennent aucune disposition qui empêche que l'action de l'intimé soit entendue et examinée par la Cour supérieure du Québec. L'État soutient que l'absence de disposition relative aux obligations de l'État envers les employés de l'OACI signifie que la réclamation de l'intimé n'existe pas en droit international; par contre, l'intimé fait valoir que cette absence [TRADUCTION] « ne fait que confirmer qu'il n'y a aucune limite à la compétence des tribunaux nationaux sur ce genre de réclamations » (souligné dans l'original). Je suis d'accord. L'or-

national order as stated in these instruments only relates to actions in which ICAO is a party.

Turning to the internal law of Canada, art. 31 of the *Code of Civil Procedure* of Quebec states that the Superior Court is the court of first instance for all suits that are not assigned exclusively to another court by a specific provision of law. The international documents that must be considered include the Headquarters Agreement, the Supplementary Agreement, the ICAO Staff Rules, and the ICAO Service Code. Whether or not all of these documents form part of Canadian law is, in this case, irrelevant since there is nothing in any of these documents to specifically exclude an employee of ICAO from bringing an action against the Canadian government in Canadian courts and, as such, the Superior Court is competent to hear the claim.

VI. Disposition

The appeal having been dismissed from the bench, this case must be returned to the Quebec Superior Court for consideration on the merits. Costs are awarded to the respondent on a party and party basis.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the respondent: Seal Seidman, Montréal.

dre international prévu par ces textes juridiques a trait seulement aux actions auxquelles l'OACI est partie.

En ce qui concerne le droit interne du Canada, l'art. 31 du *Code de procédure civile* prévoit que la Cour supérieure est le tribunal de première instance pour toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal. Les documents internationaux dont il faut tenir compte sont notamment l'Accord de siège, l'Accord supplémentaire, les règles du personnel de l'OACI et le Code du personnel de l'OACI. En l'espèce, peu importe que ces documents fassent partie ou non partie du droit canadien, car ils ne contiennent rien qui empêche expressément un employé de l'OACI de poursuivre le gouvernement canadien devant les tribunaux du pays, de sorte que la Cour supérieure a compétence sur la réclamation.

VI. Dispositif

Le pourvoi ayant été rejeté à l'audience, l'affaire doit être renvoyée devant la Cour supérieure du Québec pour examen au fond. Les dépens entre parties sont accordés à l'intimé.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Le procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Seal Seidman, Montréal.

57

58

Monit International Inc. *Appellant*

v.

Bernard Miller *Respondent*

INDEXED AS: MILLER v. MONIT INTERNATIONAL INC.

Neutral citation: 2001 SCC 13.

File No.: 27307.

Hearing and judgment: November 1, 2000.

Reasons delivered: March 1, 2001.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUÉBEC

Civil procedure — Declinatory exceptions — Lack of jurisdiction by reason of subject matter — Crown leasing premises used by international organization for its head office from building owner — Former employee of organization bringing action against owner seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Owner bringing motion to dismiss for lack of jurisdiction — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 164.

Courts — Jurisdiction — Civil claim for damages — International organizations — Immunity — Crown leasing premises used by international organization for its head office from building owner — Former employee of organization bringing action against building owner seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 31.

The respondent M was employed as an interpreter by the International Civil Aviation Organization ("ICAO"). The appellant ("Monit") owned the building in Montreal where, pursuant to a lease agreement with the federal Crown, ICAO's head office was situated. M brought an action against the Crown and Monit seeking damages for health problems he alleged he suffered because of

Monit International Inc. *Appelante*

c.

Bernard Miller *Intimé*

RÉPERTORIÉ : MILLER c. MONIT INTERNATIONAL INC.

Référence neutre : 2001 CSC 13.

N° du greffe : 27307.

Audition et jugement : 1^{er} novembre 2000.

Motifs déposés : 1^{er} mars 2001.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Exceptions déclinatoires — Incompétence ratione materiae — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre le propriétaire de l'immeuble par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — Présentation par le propriétaire d'une requête en rejet d'action pour absence de compétence — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 164.

Tribunaux — Compétence — Action civile en dommages-intérêts — Organisations internationales — Immunité — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre le propriétaire de l'immeuble par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31.

L'intimé M travaillait comme interprète pour l'Organisation de l'aviation civile internationale (« OACI »). L'appelante (« Monit ») était propriétaire de l'immeuble situé à Montréal, où, en vertu d'un bail avec l'État fédéral, se trouvait le siège social de l'OACI. M a intenté une action en dommages-intérêts contre l'État et Monit pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la

inadequate air quality in the building. At trial, Monit brought a motion to dismiss for lack of jurisdiction pursuant to art. 164 of the *Code of Civil Procedure*. The Superior Court dismissed the motion, and that decision was upheld by a majority of the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed. The Superior Court is competent to hear the claim.

For the reasons stated in *Miller v. Canada*, the success or failure of this action at trial has nothing to do with the internal operations of the international organization. Despite its lease agreement with the Crown, Monit, as owner, remained responsible for ensuring that the premises were maintained in a manner that ensured safe occupancy. Monit's claim that the inviolable nature of the ICAO headquarters prevented its entrance into the premises is not supported by the evidence. M presented evidence that Monit was the only party in control of the air and ventilation system. This evidence suggests that ICAO was only one of many lessees in that building. It also suggests that people regularly entered the building and that both the Crown and Monit were given permission to enter the actual ICAO premises on numerous occasions owing to the air problems.

There is no reason to remove M's right to bring a legal action in the ordinary courts of Canada merely because of evidentiary difficulties that Monit may face. This is not a jurisdictional matter, but one for the trial judge. In any event, any evidence required by Monit should already be within its control. If ICAO truly had no control over the ventilation system, any evidence with respect to the maintenance of the building and the ventilation system, including remedial work completed, would be within the control of Monit rather than ICAO.

Cases Cited

Applied: *Miller v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 407, 2001 SCC 12.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 164.
Headquarters Agreement between the Government of Canada and the International Civil Aviation Organization, Can. T.S. 1992 No. 7, arts. 4, 21, 32, 33.

mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble. Au procès, Monit a, en vertu de l'art. 164 du *Code de procédure civile*, déposé une requête en rejet de l'action pour cause d'absence de compétence. La Cour supérieure a rejeté la requête; la Cour d'appel à la majorité a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. La Cour supérieure a compétence pour entendre la réclamation.

Pour les motifs énoncés dans *Miller c. Canada*, le succès ou le rejet de la présente action au procès n'a rien à voir avec les opérations internes de l'organisation internationale. Malgré son bail avec l'État, Monit avait toujours, à titre de propriétaire, la responsabilité d'assurer de manière adéquate la sécurité des lieux. La prétention de Monit selon laquelle l'inviolabilité du siège de l'OACI l'empêchait d'entrer dans les locaux n'est pas étayée par la preuve. M a présenté la preuve que Monit était la seule partie qui avait le contrôle du système d'admission d'air et de ventilation. Selon cette preuve, l'OACI n'était qu'un locataire parmi nombre d'autres locataires de cet immeuble. Il semble aussi que des gens entraient régulièrement dans l'immeuble et que l'État et Monit aient tous deux eu l'autorisation d'entrer dans les locaux mêmes de l'OACI à nombre d'occasions en raison des problèmes de qualité de l'air.

Rien ne justifie que M soit privé du droit d'engager une action devant les tribunaux de droit commun du Canada pour le seul motif que Monit risque d'éprouver des difficultés en matière de preuve. Il ne s'agit pas d'une question de compétence, mais d'une question relevant du juge du procès. De toute façon, Monit devrait déjà disposer de tous les éléments de preuve dont elle a besoin. Si l'OACI n'avait vraiment aucun contrôle sur le système de ventilation, tous les éléments de preuve à l'égard de l'entretien de l'immeuble et du système de ventilation, y compris les travaux correctifs effectués, devraient être entre les mains de Monit et non de l'OACI.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *Miller c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 407, 2001 CSC 12.

Lois et règlements cités

Accord de siège entre le gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale, R.T. Can. 1992 n° 7, art. 4, 21, 32, 33.
Accord supplémentaire entre le Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale, R.T. Can. 1980 n° 18, art. II, VI, VII.

Supplementary Agreement between Canada and the International Civil Aviation Organization, Can. T.S. 1980 No. 18, arts. II, VI, VII.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 719, [1999] Q.J. No. 754 (QL) (*sub nom. Canada v. Miller*), dismissing the appellant's appeal from a judgment of the Superior Court, [1998] R.J.Q. 260, [1997] Q.J. No. 4022 (QL) (*sub nom. Canada v. Miller*), dismissing the appellant's declinatory exception. Appeal dismissed.

Paul A. Melançon and Hugues Duguay, for the appellant.

Leonard E. Seidman and Sabrina Seal, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 BASTARACHE J. — This appeal raises the issue of whether the Court of Appeal was correct to find that the Superior Court of Quebec has jurisdiction over a civil claim commenced against a Canadian corporation by a former employee of an international organization located in Quebec for damages suffered at his place of employment.

2 This case was heard on November 1, 2000 in conjunction with *Miller v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 407, 2001 SCC 12, released concurrently, which raises a similar issue. This appeal was dismissed from the bench with reasons to follow.

I. Factual Background

3 The respondent Bernard Miller is a British citizen who, between January 2, 1990 and May 7, 1994, was employed as an interpreter for the International Civil Aviation Organization (“ICAO”), which is a specialized agency of the United Nations. At all material times, Monit International Inc. was the owner of 1000 Sherbrooke Street West in Montreal where, pursuant to a lease agreement

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 164.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 719, [1999] A.Q. n° 754 (QL) (*sub nom. Canada c. Miller*), qui a rejeté l'appel de l'appelante contre un jugement de la Cour supérieure, [1998] R.J.Q. 260, [1997] A.Q. n° 4022 (QL) (*sub nom. Canada c. Miller*), qui avait rejeté l'exception déclinatoire de l'appelante. Pourvoi rejeté.

Paul A. Melançon et Hugues Duguay, pour l'appelante.

Leonard E. Seidman et Sabrina Seal, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de déclarer que la Cour supérieure du Québec a compétence pour entendre une action civile pour dommages subis au lieu de travail intentée contre une société canadienne par un ancien employé d'une organisation internationale située au Québec.

La présente affaire a été entendue le 1^{er} novembre 2000, en même temps que l'affaire *Miller c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 407, 2001 CSC 12, qui porte sur la même question et dont les motifs sont déposés en même temps que les présents motifs. Notre Cour a rejeté le pourvoi à l'audience, motifs à suivre.

I. Les faits

L'intimé Bernard Miller, citoyen britannique, travaillait comme interprète entre le 2 janvier 1990 et le 7 mai 1994 pour l'Organisation de l'aviation civile internationale (« OACI »), organisme spécialisé des Nations Unies. Durant toute la période visée, Monit International Inc. était propriétaire de l'immeuble situé au 1000, rue Sherbrooke Ouest, Montréal, où, en vertu d'un bail avec Sa Majesté la

with Her Majesty the Queen in Right of Canada (“the Crown”), the head office of ICAO was situated.

The facts in this case are essentially those summarized in *Miller v. Canada*.

Miller alleges that Monit, and not ICAO, was responsible for building maintenance, heating, cooling and ventilation, and that, in that role, Monit employed all building services staff and operated the aforementioned equipment for ICAO and other lessees of the building. Further, he alleges that through a variety of acts, Monit contributed to the air quality problem in the building.

Miller further alleges that Monit was aware of the air quality problems and failed to warn him and other employees of the risk to their health. Both the Crown and Monit had tried to fix problems with the air quality in the building, but were unsuccessful.

Miller claims that he is unable to work due to his present medical condition. He has brought an action against the Crown and Monit seeking damages in the amount of \$2,164,585.46 jointly and severally, as well as \$25,000 in punitive damages against Monit. The claim against Monit is based on the argument that, as owner of the building, Monit was responsible for the poor air quality in the building and, having been aware of this health hazard, it is liable for its failure to warn the employees of ICAO of the resulting danger to their health. At trial, Monit brought a motion to dismiss for lack of jurisdiction pursuant to art. 164 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. The Quebec Superior Court denied the motion; this decision was appealed to the Quebec Court of Appeal and was heard in conjunction with *Miller v. Canada*. The appeal was dismissed, Mailhot J.A. dissenting.

Monit alleges that Miller’s claim falls entirely within working conditions and thereby exclusively

Reine du chef du Canada (« État »), se trouve le siège social de l’OACI.

Les faits de la présente affaire sont essentiellement ceux qui sont résumés dans *Miller c. Canada*.

Miller allègue que Monit, et non l’OACI, avait la responsabilité de l’entretien, du chauffage, de la climatisation et de la ventilation de l’immeuble de l’OACI et que, à ce titre, Monit engageait tout le personnel chargé des installations techniques de l’immeuble et assurait les services susmentionnés pour l’OACI et les autres locataires de l’immeuble. Il allègue en outre que Monit a, par divers actes, contribué au problème de la qualité de l’air dans l’immeuble.

Miller allègue de plus que Monit était au courant des problèmes de qualité de l’air et qu’elle a négligé de l’avertir et d’avertir les autres employés des risques pour leur santé. L’État et Monit avaient tous deux essayé vainement de régler ces problèmes.

Miller prétend être incapable de travailler en raison de son état de santé actuel. Il a intenté une action contre l’État et Monit, réclamant contre eux solidairement des dommages-intérêts de 2 164 585,46 \$ et contre Monit seule des dommages punitifs de 25 000 \$. Dans son action contre Monit, il fait valoir que, à titre de propriétaire de l’immeuble, Monit était responsable de la mauvaise qualité de l’air dans l’immeuble et que, puisqu’elle était au courant du danger que cela représentait pour la santé, elle est responsable d’avoir négligé d’en avertir les employés de l’OACI. Au procès, Monit a, en vertu de l’art. 164 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, présenté une requête en rejet de l’action pour cause d’absence de compétence. La Cour supérieure du Québec a rejeté la requête. Cette décision a été portée devant la Cour d’appel du Québec. L’appel a été entendu en même temps que l’affaire *Miller c. Canada*; il a été rejeté, Madame le juge Mailhot étant dissidente.

Monit prétend que la réclamation de Miller vise uniquement les conditions de travail et qu’elle

within the area of labour relations. It argues that this subject matter is totally governed by the ICAO Service Code and, pursuant to the international agreements between ICAO and the Canadian government, the administrative regime in the Service Code must be followed. As such, the Superior Court does not have jurisdiction to hear these claims.

9 Miller argues, and the Superior Court and Court of Appeal agreed, that the claim is not based on his employment relationship, but rather, on the extra-contractual delictual acts of Monit. Therefore, the international immunity from which ICAO benefits cannot be afforded to Monit and, since this dispute is not between the respondent and his employer, nor between the Crown and ICAO, the Superior Court is competent to hear the case on its merits.

II. Statutory Framework

10 *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25

31. The Superior Court is the court of original general jurisdiction; it hears in first instance every suit not assigned exclusively to another court by a specific provision of law.

Headquarters Agreement between the Government of Canada and the International Civil Aviation Organization

Article 4

Inviolability of premises

(1) The headquarters premises of the Organization shall be inviolable.

. . . .

(3) The property and assets of the Organization, wherever located and by whomsoever held, shall be immune from search, requisition, confiscation, expropriation and any other form of interference, whether by executive, administrative, judicial, or legislative action, except with the consent of and under the conditions agreed to by the Secretary General of the Organization. This section shall not prevent the reasonable application of fire protection regulations.

appartient donc exclusivement au domaine des relations de travail. Elle fait valoir que ce domaine est régi intégralement par le Code du personnel de l'OACI et que, en vertu des accords internationaux entre l'OACI et le gouvernement canadien, c'est le régime administratif du Code du personnel qui doit s'appliquer. Ainsi, la Cour supérieure n'a pas compétence pour entendre ces réclamations.

Miller soutient, et la Cour supérieure et la Cour d'appel lui ont donné raison, que la réclamation n'est pas fondée sur les relations en matière d'emploi, mais plutôt sur les actes délictuels extra-contractuels de Monit. Par conséquent, l'immunité internationale dont jouit l'OACI ne peut s'étendre à Monit et, comme il ne s'agit pas d'un différend entre l'intimé et son employeur, ni entre l'État et l'OACI, la Cour supérieure peut connaître de l'affaire au fond.

II. Cadre législatif

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

31. La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal.

Accord de siège entre le gouvernement du Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale

Article 4

Inviolabilité des locaux

1) Les locaux du siège de l'Organisation sont inviolables.

. . . .

3) Les biens et avoirs de l'Organisation, en quelque endroit qu'ils se trouvent et quel qu'en soit le détenteur, sont exempts de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou de toute autre forme de contrainte exécutive, administrative, judiciaire ou législative, sauf avec le consentement du Secrétaire général de l'Organisation et dans les conditions acceptées par celui-ci. Le présent Article ne fera pas obstacle à l'application raisonnable des règlements de protection contre l'incendie.

Article 21

Purpose of privileges and immunities

(1) Privileges and immunities under Articles 19 and 20 are accorded to officials in the interests of the Organization and not for the personal benefit of the individuals themselves. The Secretary General of the Organization shall have the right and the duty to waive the immunity of any official in any case where, in his opinion, the immunity would impede the course of justice and can be waived without prejudice to the interests of the Organization. In the case of the President of the Council and the Secretary General of the Organization, the Council of the Organization shall have the right to waive the immunity.

(2) Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of Canada. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of Canada.

Article 33

Other Disputes

The Organization shall make adequate provision for appropriate modes of settlement of:

- (a) disputes arising out of contracts or other disputes to which the Organization is a party;
- (b) disputes involving any officials of the Organization if their immunity has not been waived in accordance with Article 21.

Supplementary Agreement between Canada and the International Civil Aviation Organization

ARTICLE II

Obligations under the Lease

1. Taking into consideration that the said premises are rented solely and exclusively for the needs of the Organization's Headquarters, the Government of Canada shall, as the Lessee, assure that the Lessor complies with its obligations as specified in the lease or as they may be prescribed in the Civil Code of the Province of Quebec or under any other law.

. . .

3. Notwithstanding any references in this Supplementary Agreement to the Lease between the Government of

Article 21

But des privilèges et immunités

1) Les privilèges et immunités prévus aux Articles 19 et 20 sont accordés aux fonctionnaires uniquement dans l'intérêt de l'Organisation et non à leur avantage personnel. Le Secrétaire général de l'Organisation pourra et devra lever l'immunité accordée à un fonctionnaire dans tous les cas où, à son avis, cette immunité empêcherait que justice soit faite et où elle peut être levée sans porter préjudice aux intérêts de l'Organisation. À l'égard du Président du Conseil et du Secrétaire général de l'Organisation, le Conseil de l'Organisation a qualité pour prononcer la levée de l'immunité.

2) Sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements du Canada. Elles ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures du Canada.

Article 33

Autres différends

L'Organisation prévoit des modes de règlement appropriés pour :

- a) les différends en matière de contrats ou autres différends dans lesquels l'Organisation serait partie;
- b) les différends dans lesquels serait impliqué un fonctionnaire de l'Organisation si l'immunité dont il jouit n'a pas été levée conformément aux dispositions de l'Article 21.

Accord supplémentaire entre le Canada et l'Organisation de l'aviation civile internationale

ARTICLE II

Obligations en vertu du Bail

1. Considérant que lesdits locaux sont loués uniquement et exclusivement pour les besoins du siège de l'Organisation, le Gouvernement du Canada veillera, en sa qualité de locataire, à ce que le locateur s'acquitte de ses obligations spécifiées dans le Bail ou prescrites par le Code civil de la Province de Québec ou en vertu de toute autre loi.

. . .

3. Nonobstant toute mention, dans le présent Accord supplémentaire, du Bail entre le Gouvernement du

Canada and the owner of the premises, the mutual rights and obligations of the Government of Canada and the Organization with respect to the Headquarters premises shall be governed by this Supplementary Agreement.

ARTICLE VI

Settlement of Disputes

Any dispute between the Organization and the Government of Canada concerning the interpretation or application of this Supplementary Agreement shall be settled in accordance with Article VII, Section 31, of the Headquarters Agreement.

ARTICLE VII

Court actions

1. Without prejudice to the privileges and immunities of the Organization as defined in the Headquarters Agreement, the Government of Canada reserves its right to refer any cause of action related to the Lease to the competent courts of Canada.

2. The Organization shall, in such circumstances, facilitate the proper administration of justice and assist the Government of Canada by providing all relevant evidence.

III. Judicial History

11 Benoît J. and the Court of Appeal heard this case together with the companion case, *Miller v. Canada*. In their reasons, they referred to the Crown rather than Monit in dealing with what appear to have been identical submissions. It is for this reason that reference is sometimes made to the Crown rather than Monit in the following description of the case history.

A. *Quebec Superior Court*, [1998] R.J.Q. 260

12 Benoît J. held that the Superior Court has jurisdiction to hear the respondent's claims. He reviewed the contractual relationships between the parties and held that there was no contractual link between Monit and Miller, nor any contractual obligations owed by Monit to Miller.

13 According to Benoît J., any litigation between Monit and ICAO, or between Miller and ICAO, is outside the jurisdiction of the Superior Court because of the Organization's immunity from all

Canada et le propriétaire des locaux, les droits et obligations réciproques du Gouvernement du Canada et de l'Organisation en ce qui concerne les locaux du siège seront régis par le présent Accord supplémentaire.

ARTICLE VI

Règlement des différends

Tout différend entre l'Organisation et le Gouvernement du Canada portant sur l'interprétation ou l'application du présent Accord supplémentaire sera réglé conformément à l'article VII de la Section 31 de l'Accord relatif au siège.

ARTICLE VII

Actions en justice

1. Sans préjudice des privilèges et immunités de l'Organisation définis dans l'Accord relatif au siège, le Gouvernement du Canada se réserve le droit de porter devant les tribunaux compétents du Canada toute cause d'action relative au Bail.

2. En pareil cas, l'Organisation facilitera la bonne administration de la justice et assistera le Gouvernement du Canada en fournissant tout élément pertinent à la preuve.

III. Décisions antérieures

Le juge Benoît et la Cour d'appel ont entendu la présente affaire en même temps que l'affaire connexe *Miller c. Canada*. Dans leurs motifs, ils mentionnent l'État plutôt que Monit à l'égard de prétentions qui semblent être identiques, ce qui explique que c'est parfois l'État qui est mentionné au lieu de Monit dans la description suivante des décisions antérieures.

A. *Cour supérieure du Québec*, [1998] R.J.Q. 260

Le juge Benoît a déclaré que la Cour supérieure a compétence pour entendre les réclamations de l'intimé. Il a examiné les relations contractuelles entre les parties et a conclu qu'il n'existe aucun lien contractuel entre Monit et Miller, ni aucune obligation contractuelle de Monit envers Miller.

Selon le juge Benoît, la Cour supérieure n'a compétence sur aucun litige entre Monit et l'OACI, ou entre Miller et l'OACI, en raison de l'immunité de l'Organisation contre toute pour-

legal suits and the available recourse to an international administrative body. Further, any litigation between Miller and his employer would be governed by the ICAO Service Code provisions.

Benoît J. also found that art. 32 of the Headquarters Agreement only concerns the parties to the Agreement and art. 33(b) only involves claims against an ICAO employee where immunity has not been lifted. As such, neither is applicable in the present case.

Monit argued that the act of signing the lease by the Crown was an international obligation falling within the *jure imperii* rule and, therefore, the Canadian courts have no jurisdiction over matters related to the lease. Benoît J. held that, although the act of signing the agreements is a *jure imperii* act of Canada, Miller's claim is not based on the lease nor on the agreements, but, instead, on Monit's failure to properly maintain its building and failure to warn of the dangers therein.

Monit also alleged that the only recourse available for unsafe working conditions is before the international administrative tribunals. Benoît J. held that the obligation to provide a healthy working environment only falls within "working conditions" if it is within the control of the employer. Benoît J. noted that Miller had alleged that Monit was invited into the premises by ICAO, was aware of toxic substances in the air and did not warn him of the resultant danger to his health; he held that the legal issues are therefore those of establishing causation and damages, which have to be determined on the merits. Benoît J. stated that, whether the person to be warned was an international employee or not, the obligation remained the same and the Superior Court is competent to hear the extra-contractual claim.

Finally, Benoît J. found that, since Miller was not claiming employee benefits from his employer in this suit and that there was no possibility of con-

suite et de l'existence d'un recours à un organisme administratif international. De plus, tout litige entre Miller et son employeur serait régi par le Code du personnel de l'OACI.

Le juge Benoît a aussi conclu que l'art. 32 de l'Accord de siège ne concerne que les parties à l'Accord et que l'al. 33b) ne vise que les actions engagées contre un employé de l'OACI si l'immunité dont il jouit n'a pas été levée. Ni l'une ni l'autre de ces dispositions n'est en soi applicable en espèce.

Monit a soutenu que la signature du bail par l'État constituait une obligation internationale relevant de la règle *jure imperii* et que les tribunaux canadiens ne pouvaient donc connaître des questions relatives au bail. Le juge Benoît a conclu que, même si le Canada avait accompli un acte *jure imperii* en signant les accords, la réclamation de Miller n'est fondée ni sur le bail ni sur les accords, mais plutôt sur l'omission de Monit d'entretenir adéquatement son immeuble et sur son omission de l'avertir des dangers qui en découlaient.

Monit a aussi prétendu que le seul recours disponible à l'égard de conditions de travail dangereuses est d'en saisir les tribunaux administratifs internationaux. Le juge Benoît a conclu que l'obligation de fournir un milieu de travail sain ne relevait de l'obligation de l'employeur en matière de « conditions de travail » que si ce dernier avait le contrôle du milieu de travail. Le juge Benoît a noté l'allégation de Miller selon laquelle Monit avait été invitée sur les lieux par l'OACI, était au courant de la présence de substances toxiques dans l'air et avait négligé de l'aviser du danger que cela présentait pour sa santé; il a conclu que les questions de droit étaient donc d'établir le lien de causalité et les dommages, lesquelles doivent être tranchées au fond. Selon le juge Benoît, que la personne à prévenir soit un fonctionnaire international ou non, l'obligation est la même, et la Cour supérieure peut connaître de la réclamation extra-contractuelle.

Enfin, le juge Benoît a conclu que, puisque Miller ne réclamait pas d'avantages sociaux à son employeur dans la présente poursuite et qu'il n'y

14

15

16

17

tradictory judgments or double indemnity, the *forum non conveniens* rule was not applicable.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 719

Nuss J.A.

18 The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, thereby confirming that the Quebec Superior Court has jurisdiction to consider the respondent's claim. The Crown's position, adopted by Monit, was that, because Miller was an employee, anything to do with employee/employer relations was covered by the immunity and privileges of international organizations. Nuss J.A. held that the Superior Court was correct in emphasizing that Miller's claim was not against ICAO and held that the Crown, and impliedly Monit, could not clothe itself in the privilege and immunity vested in international organizations.

19 The Crown argued that all obligations of the Canadian government, if any, flowed from the agreements; Nuss J.A. held that Miller was not a party to these agreements and not bound by them. As such, the relationship of the Crown to ICAO was not relevant.

20 Nuss J.A. held that if the Crown, and impliedly Monit, harmed a person, saving a case where domestic law had given them immunity, they may be sued in Canadian courts. There is no principle of law providing that, because a party is involved with an international organization, it is not subject to an action filed in Canadian courts.

21 The Crown argued that, because Miller was covered by the ICAO Service Code, his recourse must follow the rules in the Code, which do not authorize suits against it. This was also the position of Monit. Nuss J.A. held that these rules apply to cases involving Miller and ICAO, and here, Miller is not bringing an action against ICAO. Further, even if the alleged acts did occur during the respondent's employment with ICAO, immunity

avait aucune possibilité de jugements contradictoires ou de double indemnisation, la règle du *forum non conveniens* n'était pas applicable.

B. *Cour d'appel du Québec*, [1999] R.J.Q. 719

Le juge Nuss

La Cour d'appel a rejeté l'appel à la majorité, confirmant ainsi que la Cour supérieure du Québec avait compétence sur la réclamation de l'intimé. La position de l'État, adoptée par Monit, était que, puisque Miller était un employé, tout ce qui avait trait aux relations employeur-employé était couvert par les privilèges et immunités des organisations internationales. Le juge Nuss a conclu que la Cour supérieure avait eu raison de souligner que la réclamation de Miller ne visait pas l'OACI et il a conclu que l'État, et implicitement Monit, ne pouvaient se prévaloir des privilèges et de l'immunité conférés aux organisations internationales.

L'État a fait valoir que toute obligation du gouvernement canadien, s'il en est, découlait des accords; le juge Nuss a conclu que Miller n'était pas partie à ces accords, ni lié par eux. En soi, la relation entre l'État et l'OACI n'était pas pertinente.

Le juge Nuss a déclaré que si l'État, et implicitement Monit, causaient un préjudice à une personne, ils pourraient, sauf dans les cas où le droit interne leur conférait l'immunité, être poursuivis devant les tribunaux canadiens. Aucun principe de droit ne dit que, du fait qu'il traite avec une organisation internationale, une partie ne peut pas faire l'objet de poursuites devant les tribunaux canadiens.

L'État a prétendu qu'en raison de l'assujettissement de Miller au Code du personnel de l'OACI, son recours doit suivre les règles de ce code, lesquelles n'autorisent pas les poursuites contre lui. C'est aussi la position de Monit. Le juge Nuss a décidé que ces règles s'appliquent aux affaires entre Miller et l'OACI et qu'en l'espèce Miller ne poursuit pas l'OACI. De plus, même si les faits allégués se sont produits pendant que l'intimé tra-

from suit that vests in ICAO is not transferred to the Crown nor, impliedly, to Monit.

Monit relied on the Crown's argument but Nuss J.A. held that it did not have the status of the Crown nor Canada's relationship with ICAO or the United Nations. Thus, Nuss J.A. found that the status of Monit is no different than that of any other person in Quebec who commits an act for which he or she is extra-contractually responsible.

Mailhot J.A. (dissenting)

Mailhot J.A. agreed with almost all aspects of Monit's claim which relied heavily on the arguments of the Crown in the parallel case and would have allowed the appeal. She held that Miller's declaration clearly shows that actions occurring during his employment are the basis of the claim and that the building has territorial immunity due to the Headquarters Agreement. These claims are tied to the working conditions and Miller's health problems which manifested themselves as soon as he started working in his office on the 13th floor and in the interpretation booths.

Mailhot J.A. held that there was nothing in the agreements permitting an employee to sue the Crown, and impliedly Monit, for working conditions inside the building, but they do include provisions stating a mechanism to deal with disputes. Article 33 of the Headquarters Agreement refers to "Other Disputes".

Mailhot J.A. remarked that Miller entered work each day, not at the invitation of Monit, but rather as an employee of ICAO. If there is any recourse, it is against the employer. She viewed the damages requested by Miller, which include medical reimbursement and employment retraining, as employee benefits. Because of ICAO immunity and internal mechanisms, she stated that Miller

vaillait pour l'OACI, l'immunité dont jouit cette organisation n'est pas transférée à l'État ni, implicitement, à Monit.

Monit s'est fondée sur l'argument de l'État, mais le juge Nuss a conclu qu'elle n'avait pas un statut similaire à celui de l'État. Elle ne pouvait pas, en outre, invoquer une relation de même nature que celle du Canada avec l'OACI ou avec les Nations Unies. Le juge Nuss a donc conclu que le statut de Monit n'est pas différent de celui de toute autre personne au Québec qui accomplirait un acte engageant sa responsabilité extra-contractuelle.

Madame le juge Mailhot (dissidente)

Madame le juge Mailhot souscrivait à pratiquement tous les arguments de la demande de Monit, qui se fondait amplement sur les arguments de l'État dans l'affaire connexe, et elle aurait accueilli l'appel. Elle a conclu que la déclaration de Miller indique clairement que les actes survenus pendant qu'il occupait ses fonctions constituent le fondement de sa réclamation et que l'immeuble est visé par l'immunité territoriale en raison de l'Accord de siège. Ces réclamations sont liées aux conditions de travail et aux problèmes de santé de Miller, lesquels se sont manifestés dès qu'il a commencé à travailler à son bureau au 13^e étage ainsi que dans les cabines d'interprète.

Le juge Mailhot a déclaré que les accords ne contiennent rien qui permette à un employé de poursuivre l'État, et implicitement Monit, pour ses conditions de travail à l'intérieur de l'immeuble, mais qu'ils renferment des dispositions établissant un mécanisme de règlement des différends. L'article 33 de l'Accord de siège porte le titre « Autres différends ».

Le juge Mailhot a noté que Miller se rendait au travail chaque jour, non pas à titre d'invité de Monit, mais à titre d'employé de l'OACI. S'il existe quelque recours, c'est contre son employeur. Selon elle, les dommages-intérêts réclamés par Miller, notamment à titre de remboursement de frais médicaux et de recyclage professionnel, sont des avantages sociaux. À son avis, en raison de

22

23

24

25

cannot sue ICAO in court and that the present action is an attempt to do indirectly what he cannot do directly.

26 Mailhot J.A. found that there was a risk of double indemnity or contradictory judgments, and a risk of interfering in the internal affairs of ICAO. The application and interpretation of international agreements is not for ordinary courts; they should not interfere in the adjudicative choice made by the sovereign parties. Finally, she held that, although there is no legal link between Monit and Miller, Monit is the owner of the building and has signed a lease with the Canadian government. As such, Monit's obligations are towards the lessee (Canada), whose obligations were assumed by the occupant, ICAO. Therefore, Monit has no obligations towards the respondent.

IV. Issues

27 There is only one issue that must be addressed for the determination of this appeal: Did the Court of Appeal err in determining that the Quebec Superior Court has jurisdiction to hear the claim of Mr. Miller against Monit? For the appellant to succeed, it must show, pursuant to art. 31 of the *Code of Civil Procedure*, that the respondent's case is assigned exclusively to a court other than the Superior Court by a specific provision of law.

V. Analysis

28 Monit's arguments are substantially the same as those of the Crown in *Miller v. Canada*. It argues that, in considering the jurisdiction of the Superior Court, this Court must consider the context in which these injuries were incurred. In particular, Monit argues that the respondent acknowledged that these injuries were in relation to his employment when he included a statement to that effect in his declaration. The appellant submits that, because of the link between Miller's injuries and his employment, any damages fall within the exclusive jurisdiction of his employer, ICAO,

l'immunité et des mécanismes internes de l'OACI, Miller ne peut poursuivre celle-ci devant les tribunaux et la présente action vise à faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement.

Le juge Mailhot estime qu'il y a un risque de double indemnisation ou de jugements contradictoires ainsi que risque d'ingérence dans les affaires internes de l'OACI. L'application et l'interprétation des accords internationaux ne sont pas du ressort des tribunaux de droit commun et ceux-ci ne devraient pas s'ingérer dans le choix juridictionnel fait par les parties souveraines. Finalement, elle a conclu que, même s'il n'y a aucun lien de droit entre Monit et Miller, Monit est propriétaire de l'immeuble et a signé un bail avec le gouvernement canadien. À ce titre, les obligations de Monit sont envers le locataire (le Canada), dont les obligations sont assumées par l'occupant, l'OACI. Par conséquent, Monit n'a aucune obligation envers l'intimé.

IV. Question en litige

Il n'y a qu'une seule question à trancher pour statuer sur le présent pourvoi : la Cour d'appel a-t-elle eu tort de conclure que la Cour supérieure du Québec avait compétence pour entendre l'action de M. Miller contre Monit? Pour avoir gain de cause, l'appelante doit établir, aux termes de l'art. 31 du *Code de procédure civile*, qu'une disposition formelle de la loi attribue la réclamation de l'intimé exclusivement à un autre tribunal que la Cour supérieure.

V. Analyse

Les arguments de Monit sont essentiellement les mêmes que ceux de l'État dans *Miller c. Canada*. Elle fait valoir que, dans l'examen de la compétence de la Cour supérieure, notre Cour doit tenir compte du contexte dans lequel ces lésions se sont produites. Monit prétend en particulier que l'intimé a reconnu que ces lésions étaient liées à son emploi lorsqu'il a fait une mention en ce sens dans sa déclaration. Selon l'argument de l'appelante, en raison du lien entre les lésions de Miller et son emploi, tout préjudice relève de la compétence exclusive de son employeur, l'OACI, aux termes

because of the immunity provisions in the Headquarters Agreement.

There is a claim against both the Crown and Monit for failure to warn of the dangerous air quality in the building, but there is an additional claim that Monit, as owner, failed to properly maintain the building in which the respondent worked. The appellant argues that any attempt by Miller to prove such a claim will impinge on the immunity of ICAO and interfere in its internal processes. In addition, Monit submits that it will face severe difficulties in preparing a full answer and defence to such a claim because of the immunity of ICAO and its employees and the inviolable nature of its premises.

Monit was the owner of the premises in question. It had no contractual relationship with ICAO or its employees. Despite its lease agreement with the Crown, as owner, it remained responsible for ensuring that the premises were maintained in a manner that ensured safe occupancy. Monit argues that the inviolable nature of the ICAO headquarters prevented its entrance into the premises. Such a claim does not appear to be supported by the evidence in this case. Miller states that ICAO had absolutely no responsibility for maintenance of the building and that it had no control over the ventilation system. Although the Crown and Monit both argue that they were not permitted to enter the building, the respondent presented evidence that Monit was the only party in control of the air and ventilation system. This evidence suggests that ICAO was only one of many lessees in that building. It also suggests that people regularly entered the building and, although the actual ICAO premises could not be entered without permission, due to the air problems both the Crown and Monit were given permission to enter on numerous occasions. In fact, Monit was a member of a Joint Working Group which was created to resolve the air quality problems.

des dispositions relatives à l'immunité figurant dans l'Accord de siège.

Même si l'intimé poursuit à la fois l'État et Monit pour avoir négligé de l'avertir du danger que présente la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble, il poursuit aussi Monit pour avoir manqué à son obligation, à titre de propriétaire, d'entretenir adéquatement l'immeuble dans lequel il travaillait. L'appelante prétend que toute tentative de Miller d'établir la preuve de cette réclamation porterait atteinte à l'immunité de l'OACI et représenterait une ingérence ses affaires internes. Monit prétend aussi qu'il lui faudrait surmonter de grandes difficultés dans la préparation d'une défense pleine et entière à une telle réclamation en raison de l'immunité de l'OACI et de ses employés ainsi que de l'inviolabilité de ses locaux.

Monit était la propriétaire des locaux en cause. Elle n'avait aucune relation contractuelle avec l'OACI ou avec ses employés. En dépit de son bail avec l'État, elle avait toujours, à titre de propriétaire, la responsabilité d'assurer de manière adéquate la sécurité des lieux. Elle prétend que l'inviolabilité du siège de l'OACI l'empêchait d'entrer dans ses locaux. Cette prétention ne semble pas être étayée par les éléments de preuve produits en l'espèce. Miller a déclaré que l'OACI n'avait absolument aucune responsabilité en matière d'entretien de l'immeuble et qu'elle n'avait aucun contrôle sur le système de ventilation. Même si l'État et Monit prétendent tous deux ne pas avoir eu l'autorisation d'entrer dans l'immeuble, l'intimé a présenté la preuve que Monit était la seule partie qui avait le contrôle du système d'admission d'air et de ventilation. Selon cette preuve, l'OACI n'était qu'un locataire parmi nombre d'autres locataires de cet immeuble. Il semble aussi que diverses personnes entraient régulièrement dans l'immeuble et que, même s'il était interdit d'entrer sans permission dans les locaux mêmes de l'OACI, l'État et Monit aient tous deux eu l'autorisation de le faire à nombre d'occasions, en raison des problèmes de qualité de l'air. En fait, Monit était membre du groupe de travail conjoint qui a été créé pour résoudre les problèmes de qualité de l'air.

31 Monit argues that it would face difficulties in preparing its defence if the action was allowed to proceed; however, as with the Crown, this is not a reason to deny jurisdiction. In any event, as argued by the respondent, any evidence required by Monit should already be within its control. If ICAO truly had no control over the ventilation system, any evidence with respect to the maintenance of the building and the ventilation system, including remedial work completed, would be within the control of Monit rather than ICAO. There is no reason to remove the respondent's right to bring a legal action in the ordinary courts of Canada merely because of evidentiary difficulties that Monit may face. This is not a jurisdictional matter, but one for the trial judge.

32 The success or failure of this action at trial has nothing to do with the internal operations of the international organization and, as such, for the reasons stated in *Miller v. Canada*, the appeal is dismissed with party and party costs, and this case is returned to the Quebec Superior Court for determination on its merits.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Marchand, Mignan, Melançon, Forget, Montréal.

Solicitors for the respondent: Seal Seidman, Montréal.

Monit prétend qu'il lui faudrait surmonter des difficultés dans la préparation de sa défense si l'action devait être maintenue; toutefois, ainsi qu'il a été mentionné à l'égard de l'État, cela ne constitue pas un motif pour décliner la compétence des tribunaux. De toute façon, ainsi que le prétend l'intimé, Monit devrait déjà disposer de tous les éléments de preuve dont elle a besoin. Si l'OACI n'avait vraiment aucun contrôle sur le système de ventilation, tous les éléments de preuve à l'égard de l'entretien de l'immeuble et du système de ventilation, y compris les travaux correctifs effectués, devraient être entre les mains de Monit et non de l'OACI. Rien ne justifie que l'intimé soit privé du droit d'engager une action devant les tribunaux de droit commun du Canada pour le seul motif que Monit risque d'éprouver des difficultés en matière de preuve. Il ne s'agit pas d'une question de compétence, mais d'une question relevant du juge du procès

Le succès ou le rejet de la présente action au procès n'a rien à voir avec les opérations internes de l'organisation internationale de sorte que, pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Miller c. Canada*, le pourvoi est rejeté avec dépens entre parties, et l'affaire est renvoyée devant la Cour supérieure du Québec pour qu'elle rende une décision au fond.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Marchand, Mignan, Melançon, Forget, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Seal Seidman, Montréal.

J.C. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

David Elliott McClure Respondent

and

**The Advocates' Society and the Criminal
Lawyers' Association (Ontario) Intervenors**

INDEXED AS: R. v. MCCLURE

Neutral citation: 2001 SCC 14.

File No.: 27109.

2000: October 5; 2001: March 2.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour
and LeBel JJ.ON APPEAL FROM THE ONTARIO COURT (GENERAL
DIVISION)

Criminal law — Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Accused charged with sexual offences — Complainant bringing civil action against accused — Accused seeking production of complainant's civil litigation file — Accused arguing that information needed in criminal action to determine nature of complainant's allegations and to assess motive for fabrication or exaggeration of abuse — Whether solicitor-client privilege should yield to accused's right to make full answer and defence — If so, in what circumstances — Whether trial judge erred in ordering civil litigation file to be disclosed.

Criminal law — Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Appropriate test to determine whether solicitor-client privilege should yield to accused's right to make full answer and defence.

J.C. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

David Elliott McClure Intimé

et

**The Advocates' Society et la Criminal
Lawyers' Association (Ontario) Intervenantes**

RÉPERTORIÉ : R. c. MCCLURE

Référence neutre : 2001 CSC 14.

N° du greffe : 27109.

2000 : 5 octobre; 2001 : 2 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.EN APPEL DE LA COUR DE L'ONTARIO (DIVISION
GÉNÉRALE)

Droit criminel — Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — Action civile intentée par le plaignant contre l'accusé — Demande de l'accusé visant la production du dossier du plaignant relatif à son action civile — Accusé prétendant que les renseignements sont nécessaires dans les poursuites criminelles pour déterminer la nature des allégations du plaignant et pour évaluer ce qui a pu l'inciter à inventer ou à exagérer des épisodes d'agression — Le secret professionnel de l'avocat devrait-il céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière? — Dans l'affirmative, dans quelles circonstances? — Le juge du procès a-t-il eu tort d'ordonner la communication du dossier relatif à l'action civile?

Droit criminel — Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Critère à appliquer pour déterminer si le secret professionnel de l'avocat devrait céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière.

The respondent M was a librarian and teacher at the school attended by the appellant in the mid-1970s. In 1997, M was charged with sexual offences against 11 former students. After reading about M's arrest, the appellant gave a statement to the police alleging incidents of sexual touching by M. His allegations were later added to the indictment against M. The appellant also brought a civil action against M. M sought production of the appellant's civil litigation file to determine the nature of the allegations and to assess his motive to fabricate or exaggerate incidents of abuse. In his first ruling, the trial judge applied the *O'Connor* test and ordered the production of the appellant's civil litigation file for his review. In a second ruling, he granted M access to the file but ordered all references to quantum of settlement and fees deleted from the produced file. The trial judge ruled that certain matters of sequence were significant, and not available to the defence without access to the appellant's file. The order granting access was stayed pending appeal and the two counts involving the appellant were severed and never prosecuted. The appellant, who was not a party in the criminal trial, was granted leave to appeal the order to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

Held: The appeal should be allowed and the order for production set aside.

The solicitor-client privilege is a principle of fundamental importance to the administration of justice as a whole. Despite its importance, however, the privilege is not absolute and, in limited circumstances, may yield to allow an accused to make full answer and defence. The appropriate test for determining whether to set aside solicitor-client privilege is the innocence at stake test. The test is a stringent one. The privilege should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of a wrongful conviction. Here, the trial judge erred in using the *O'Connor* test for the production of third party

L'intimé M était bibliothécaire et enseignant à l'école fréquentée par l'appelant au milieu des années 70. En 1997, M a été accusé d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel contre 11 anciens étudiants. Après avoir lu que M avait été arrêté, l'appelant a présenté aux policiers une déclaration dans laquelle il alléguait que M lui avait fait des attouchements. Ses allégations ont par la suite été ajoutées à l'acte d'accusation déposé contre M. L'appelant a également intenté une action civile contre M. Ce dernier a sollicité la production du dossier de l'appelant relatif à son action civile pour déterminer la nature des allégations en cause et pour évaluer ce qui a pu inciter l'appelant à inventer ou à exagérer des épisodes d'agression. Dans sa première décision, le juge du procès a appliqué le critère de l'arrêt *O'Connor* et a ordonné la production du dossier de l'appelant relatif à son action civile pour qu'il puisse l'examiner. Dans une deuxième décision, il a permis à M d'avoir accès au dossier, mais il a ordonné que toutes les mentions du montant du règlement et des honoraires soient supprimées du dossier à produire. Le juge du procès a conclu que certaines questions d'ordre chronologique étaient importantes et que la défense ne pourrait pas en prendre connaissance sans consulter le dossier de l'appelant. L'ordonnance donnant accès au dossier a été suspendue en attendant l'issue de l'appel et les deux chefs d'accusation mettant en cause l'appelant ont été séparés et n'ont jamais donné lieu à des poursuites. L'appelant, qui n'était pas une partie au procès criminel, a obtenu l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance devant notre Cour conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de production est annulée.

Le secret professionnel de l'avocat est un principe qui revêt une importance fondamentale pour l'administration de la justice dans son ensemble. Malgré son importance, le secret professionnel de l'avocat n'est toutefois pas absolu et, dans des circonstances limitées, il peut céder le pas pour permettre à un accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour déterminer s'il convient d'écarter le secret professionnel de l'avocat, il faut appliquer le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé. Ce critère doit être appliqué rigoureusement. Le privilège en question devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sont en cause ou s'il y a un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée. En l'espèce, le juge du procès a eu tort d'appliquer le critère établi par l'arrêt *O'Connor* relativement à la production des dossiers

confidential therapeutic records to govern whether the litigation file should have been produced to the defence.

Before the innocence at stake test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and that he is unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way. The test is applied in two stages in order to reflect the dual nature of the judge's inquiry. At the first stage, the accused seeking production of a solicitor-client communication must provide some evidentiary basis upon which to conclude that there exists a communication that could raise a reasonable doubt as to his guilt. At this stage, the judge has to decide whether she will review the evidence. The judge must ask: "Is there some evidentiary basis for the claim that a solicitor-client communication exists that could raise a reasonable doubt about the guilt of the accused?" It falls to the accused to demonstrate some evidentiary basis for his claim. Mere speculation as to what a file might contain is insufficient. If the judge is satisfied that such an evidentiary basis exists, she must, at the second stage, examine the record and ask: "Is there something in the solicitor-client communication that is likely to raise a reasonable doubt about the accused's guilt?" In most cases, this means that, unless the solicitor-client communication goes directly to one of the elements of the offence, it will not be sufficient to meet this requirement. If the second stage of the test is met, then the judge should order the production but only of that portion of the solicitor-client file that is necessary to raise the defence claimed.

The circumstances in this case did not justify invading the solicitor-client privilege and the trial judge should not have ordered the appellant's litigation file produced to M. The first stage of the innocence at stake test for solicitor-client privilege was not met. There was no evidence that information sought by M could raise a reasonable doubt as to his guilt. Even if in this case the chronological order of the appellant's revelations — to the lawyer, police, therapist, and then the start of a civil suit — was unusual, it does not justify overriding solicitor-client privilege. This "unusual" chronology does not rise to a level that demonstrates that the litigation file could raise a reasonable doubt as to guilt and so fails at the first stage. M would be entitled to raise the

thérapeutiques confidentiels d'un tiers pour décider si le dossier concernant le litige devait être remis à la défense.

Avant même que le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité. L'application du critère se fait en deux étapes afin de refléter la double nature de l'examen effectué par le juge. À la première étape, l'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve qui permettent de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. À cette étape, le juge doit décider s'il examinera ces éléments de preuve. Le juge doit se demander : « Y a-t-il des éléments de preuve qui étayaient la prétention qu'il existe une communication avocat-client qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé? » Il incombe à l'accusé de démontrer qu'il y a des éléments de preuve qui étayaient sa prétention. Une simple supposition quant à ce que pourrait contenir le dossier est insuffisante. Si le juge est convaincu que de tels éléments de preuve existent, il doit, à la deuxième étape, examiner le dossier et se demander : « Y a-t-il, dans la communication avocat-client, quelque chose qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé? » Dans la plupart des cas, cela signifie que, à moins qu'elle ne concerne directement l'un des éléments de l'infraction, la communication avocat-client ne sera pas suffisante pour satisfaire à cette exigence. Si le critère applicable à la deuxième étape est respecté, le juge ne doit alors ordonner que la production de la partie du dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat qui est nécessaire pour soulever le moyen de défense allégué.

Les circonstances de la présente affaire ne justifiaient pas la levée du secret professionnel de l'avocat et le juge du procès n'aurait pas dû ordonner que le dossier de l'appelant relatif au litige soit remis à M. La première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé qui s'applique dans le cas du secret professionnel de l'avocat n'a pas été franchie. Il n'avait aucune preuve que les renseignements demandés par M pourraient susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si, en l'espèce, l'ordre chronologique des révélations de l'appelant — à l'avocat, aux policiers, au thérapeute, et ensuite l'engagement de procédures civiles — était inhabituel, il ne justifie pas de passer outre au secret professionnel de l'avocat. Cette chrono-

issue of the appellant's motive to fabricate events for the sake of a civil action at trial from another source, simply by pointing out the sequence of events and the fact that a civil action was initiated.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **discussed:** *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; **referred to:** *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Colvin* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4(3).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. 1997, c. 30], ss. 278.1 to 278.9.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

Authors Cited

Auburn, Jonathan. *Legal Professional Privilege: Law and Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
 Orkin, Mark M. *Legal Ethics: A Study of Professional Conduct*. Toronto: Cartwright & Sons, 1957.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court (General Division), rendered on December 4, 1998, ordering the production of the appellant's civil litigation file to the respondent McClure. Appeal allowed.

logie n'est pas « inhabituelle » au point de démontrer que le dossier relatif au litige pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité et ne franchit donc pas la première étape. M aurait le droit de soulever la question de ce qui a pu inciter l'appellant à inventer des faits pour les besoins d'une action civile, en signalant simplement la suite des événements et le fait qu'une action civile était intentée.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêt analysé :** *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; **arrêts mentionnés :** *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Colvin* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. 1997, ch. 30], art. 278.1 à 278.9.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 4(3).

Doctrine citée

Auburn, Jonathan. *Legal Professional Privilege: Law and Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
 Orkin, Mark M. *Legal Ethics: A Study of Professional Conduct*. Toronto: Cartwright & Sons, 1957.
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale), rendu le 4 décembre 1998, qui a ordonné que le dossier de l'appellant relatif à son action civile soit remis à l'intimé McClure. Pourvoi accueilli.

Anthony Moustacalis and Daniel Lawson, for the appellant.

Christine Bartlett Hughes, for the respondent Her Majesty the Queen.

Maureen Forestell and Samantha G. Peeris, for the respondent McClure.

John M. Rosen, for the intervenor The Advocates' Society.

Leslie Pringle and Steven Skurka, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — This appeal revisits the reach of solicitor-client privilege. This privilege comes with a long history. Its value has been tested since early in the common law. Its importance has not diminished.

Solicitor-client privilege describes the privilege that exists between a client and his or her lawyer. This privilege is fundamental to the justice system in Canada. The law is a complex web of interests, relationships and rules. The integrity of the administration of justice depends upon the unique role of the solicitor who provides legal advice to clients within this complex system. At the heart of this privilege lies the concept that people must be able to speak candidly with their lawyers and so enable their interests to be fully represented.

Interests compete within our legal system. The policy justifying the existence of solicitor-client privilege might clash with an accused's right under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence. This appeal raises the issue of whether the solicitor-client privilege of a third person should yield to permit an

Anthony Moustacalis et Daniel Lawson, pour l'appellant.

Christine Bartlett Hughes, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Maureen Forestell et Samantha G. Peeris, pour l'intimé McClure.

John M. Rosen, pour l'intervenante The Advocates' Society.

Leslie Pringle et Steven Skurka, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR. — L'étendue du privilège du secret professionnel de l'avocat est réexaminée dans le présent pourvoi. Ce privilège ne date pas d'hier et son utilité a été vérifiée dès les tout débuts de la common law. Il est toujours aussi important.

Le secret professionnel de l'avocat s'entend du privilège qui existe entre un client et son avocat et qui est fondamental pour le système de justice canadien. Le droit est un écheveau complexe d'intérêts, de rapports et de règles. L'intégrité de l'administration de la justice repose sur le rôle unique de l'avocat qui donne des conseils juridiques à des clients au sein de ce système complexe. La notion selon laquelle une personne doit pouvoir parler franchement à son avocat pour qu'il soit en mesure de la représenter pleinement est au cœur de ce privilège.

Des intérêts sont en concurrence dans notre système juridique. La politique justifiant l'existence du secret professionnel de l'avocat pourrait entrer en conflit avec le droit à une défense pleine et entière prévue que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'accusé. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le secret professionnel de l'avocat d'un tiers devrait céder le pas pour permettre à un accusé de présenter une

1

2

3

accused to make full answer and defence to a criminal charge, and, if so, when.

4 Solicitor-client privilege and the right to make full answer and defence are integral to our system of justice. Solicitor-client privilege is not absolute so, in rare circumstances, it will be subordinated to an individual's right to make full answer and defence. The problem is when and under what circumstances the right to full answer and defence will override the solicitor-client privilege.

5 For the reasons that follow, I conclude with respect that the occasions when the solicitor-client privilege yields are rare and the test to be met is a stringent one. The circumstances in this case did not justify invading the privilege. The trial judge should not have ordered the litigation file of the third party produced to the accused.

I. Facts

6 The respondent, David Elliott McClure, was a librarian and teacher at the Cherokee Public School attended by the appellant, J.C., in the mid-1970s. The respondent McClure was arrested on February 19, 1997 and charged with sexual offences against 11 former students alleged to have occurred between 1962 and 1993.

7 After reading about McClure's arrest in the newspaper, the appellant J.C. retained a lawyer and, on March 21, 1997, gave a taped statement to police alleging incidents of sexual touching by McClure. The appellant's allegations were eventually added to the indictment against the respondent. The appellant met with a therapist and, on May 27, 1997, brought a civil action in the Ontario Court (General Division) against both the respondent McClure and the North York Board of Education.

8 On November 2, 1997, McClure sought production of confidential records from 10 of the 11 complainants, including a demand for the appellant's

défense pleine et entière contre une accusation criminelle, et, dans l'affirmative, dans quels cas.

Le privilège du secret professionnel de l'avocat et le droit de présenter une défense pleine et entière font partie intégrante de notre système de justice. Ce privilège n'est pas absolu de sorte que, dans de rares circonstances, il sera subordonné au droit d'un individu de présenter une défense pleine et entière. Le problème est de savoir quand et dans quelles circonstances le droit à une défense pleine et entière aura préséance sur le secret professionnel de l'avocat.

Pour les motifs qui suivent, je conclus en toute déférence que les cas où le secret professionnel de l'avocat cède le pas sont rares et que le critère qui doit être respecté est rigoureux. Les circonstances de la présente affaire ne justifiaient pas la levée du privilège. Le juge du procès n'aurait pas dû ordonner que le dossier du tiers relatif au litige soit remis à l'accusé.

I. Les faits

L'intimé, David Elliott McClure, était bibliothécaire et enseignant à l'école publique Cherokee fréquentée par l'appellant J.C. au milieu des années 70. Le 19 février 1997, l'intimé McClure a été arrêté et accusé d'avoir commis des infractions d'ordre sexuel contre 11 anciens étudiants, entre 1962 et 1993.

Après avoir lu dans le journal que McClure avait été arrêté, l'appellant J.C. a retenu les services d'un avocat et a présenté, le 21 mars 1997, une déclaration enregistrée aux policiers, dans laquelle il alléguait que McClure lui avait fait des attouchements. Les allégations de l'appellant ont par la suite été ajoutées à l'acte d'accusation déposé contre l'intimé. L'appellant a rencontré un thérapeute et a intenté, le 27 mai 1997, une action civile devant la Cour de l'Ontario (Division générale) contre l'intimé McClure et le Conseil de l'éducation de North York.

Le 2 novembre 1997, McClure a sollicité la production de dossiers confidentiels de 10 des 11 plaignants, dont le dossier de l'appellant relatif à son

civil litigation file. The appellant's litigation file was sought, it was submitted, to determine the nature of the allegations first made by the appellant to his solicitor and to assess the extent of the appellant's motive to fabricate or exaggerate the incidents of abuse.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)*, Ruling of Hawkins J., November 25, 1998

Hawkins J. stated that in accordance with *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, the appellant's therapeutic records, school records and solicitor-client records had to be produced to him for review.

The trial judge emphasized that he was only dealing with the first step of the "*O'Connor test*", to determine if the record was "likely relevant" to some specific issue or the issue of credibility", sufficient to order production to the trial judge for further screening prior to ordering production to the defence.

Hawkins J. concluded that the "unusual chronological order" of the revelations of the appellant — to the lawyer, police, therapist, and then the start of a civil suit — could raise the question of motive and pointed to the likely relevance for the defence of the appellant's privileged instructions to his lawyer.

B. *Ontario Court (General Division)*, Ruling of Hawkins J., December 4, 1998

At the second hearing, presumably being satisfied that the first step had been met, Hawkins J. granted McClure access to J.C.'s litigation file. He concluded that the accused should be entitled to question the motive of the appellant at the trial of the accused in an attempt to show that the appellant's complaint in the criminal proceeding was made merely to bolster the civil action against the accused and the North York School Board.

action civile. Ce dossier de l'appelant, a-t-on prétendu, servirait à déterminer la nature des allégations que l'appelant avait d'abord faites à son avocat et à évaluer ce qui a pu inciter l'appelant à inventer ou à exagérer les épisodes d'agression.

II. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, décision du juge Hawkins, le 25 novembre 1998

Le juge Hawkins a affirmé que, selon l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, les dossiers thérapeutiques et scolaires de l'appelant de même que ses dossiers protégés par le secret professionnel de l'avocat devaient lui être remis pour qu'il puisse les examiner.

Le juge du procès a souligné qu'il n'appliquait que le premier volet du « critère de l'arrêt *O'Connor* » pour déterminer si le dossier était [TRADUCTION] « vraisemblablement pertinent » quant à certaines questions particulières ou à la question de la crédibilité », et ce, dans une mesure suffisante pour en exiger la production afin de pouvoir l'examiner plus en profondeur avant d'en ordonner la production à la défense.

Le juge Hawkins a conclu qu'en raison de [TRADUCTION] « l'ordre chronologique inhabituel » des révélations de l'appelant — à l'avocat, aux policiers, au thérapeute, et puis l'engagement de procédures civiles —, la question du mobile pouvait se poser et il a souligné la pertinence vraisemblable pour la défense des directives privilégiées de l'appelant à son avocat.

B. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, décision du juge Hawkins, le 4 décembre 1998

À la deuxième audience, probablement parce qu'il était convaincu que la première étape avait été franchie, le juge Hawkins a permis à McClure d'avoir accès au dossier de J.C. relatif au litige. Il a décidé qu'à son procès l'accusé devait être autorisé à mettre en question le mobile de l'appelant dans le but de démontrer que la plainte qu'il avait déposée dans les poursuites criminelles visait principalement à étayer l'action civile intentée contre l'ac-

9

10

11

12

Although most of this information was available to the respondent McClure without access to the appellant's litigation file, the trial judge nonetheless found that certain matters of sequence were significant, and not necessarily available to the defence without access to the complainant's file.

13 He concluded that the balance between the confidentiality of the litigation file and the right of the respondent McClure to make full answer and defence could be met by ordering all references to quantum of settlement and fees deleted from the produced file.

14 The trial judge's order was stayed pending appeal: [1999] O.J. No. 1405 (QL). The two counts involving the appellant were severed and never prosecuted. The respondent McClure was ultimately convicted of 11 counts, in relation to 6 other complainants.

15 There is no court of appeal judgment. The third party appellant, J.C., was not a party in the criminal trial. Consequently, he could not appeal the interlocutory order for the production of his private records. An application was made directly to this Court (s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26) for leave to appeal the "final order" ordering production of his litigation file.

III. Issues

- 16
1. Should the solicitor-client privilege ever give way to an accused's right to full answer and defence and if so in what circumstances?
 2. If solicitor-client privilege should yield, what is the appropriate test?
 3. Should the trial judge have ordered the litigation file to be disclosed in the circumstances of this case?

cusé et le Conseil de l'éducation de North York. Même si l'intimé McClure pouvait obtenir la majeure partie de ces renseignements sans avoir accès au dossier de l'appelant relatif au litige, le juge du procès a néanmoins conclu que certaines questions d'ordre chronologique étaient importantes et que la défense ne pourrait pas nécessairement en prendre connaissance sans consulter le dossier du plaignant.

Il a jugé que la conciliation entre le droit à la confidentialité du dossier relatif au litige et le droit de l'intimé McClure à une défense pleine et entière pourrait se faire au moyen d'une ordonnance enjoignant de supprimer du dossier à produire toutes les mentions du montant du règlement et des honoraires.

L'ordonnance du juge du procès a été suspendue en attendant l'issue de l'appel : [1999] O.J. No. 1405 (QL). Les deux chefs d'accusation mettant en cause l'appelant ont été séparés et n'ont jamais donné lieu à des poursuites. L'intimé McClure a finalement été déclaré coupable relativement à 11 chefs d'accusation concernant 6 autres plaignants.

Aucun arrêt de cour d'appel n'a été rendu. Le tiers appellant, J.C., n'était pas une partie au procès criminel. Par conséquent, il ne pouvait pas interjeter appel contre l'ordonnance interlocutoire enjoignant de produire ses dossiers privés. Une demande a été présentée directement à notre Cour (par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26) en vue d'obtenir l'autorisation d'en appeler de l'« ordonnance définitive » enjoignant de produire son dossier relatif au litige.

III. Les questions en litige

1. Se peut-il que le secret professionnel de l'avocat doive céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances?
2. Si le secret professionnel de l'avocat devait céder le pas, quel critère devrait être appliqué?
3. Le juge du procès aurait-il dû ordonner la communication du dossier relatif au litige dans les circonstances de la présente affaire?

IV. AnalysisA. *Evolution of Solicitor-Client Privilege*

Solicitor-client privilege is part of and fundamental to the Canadian legal system. While its historical roots are a rule of evidence, it has evolved into a fundamental and substantive rule of law.

There is academic dispute over the origins of solicitor-client privilege. The commonly accepted history of the privilege was set out by Wigmore in *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), at p. 543. In Wigmore's "honor theory," the rationale for solicitor-client privilege stems from "a consideration for *the oath and the honor* of the attorney rather than for the apprehensions of his client" (emphasis in original).

This theory was referred to in subsequent case law in Canada. In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, Dickson J., as he then was, at p. 834, stated that the history of the privilege could be traced to the reign of Elizabeth I:

[Solicitor-client privilege] stemmed from respect for the 'oath and honour' of the lawyer, dutybound to guard closely the secrets of his client, and was restricted in operation to an exemption from testimonial compulsion.

The honor theory was expounded by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant in *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 728:

The solicitor-client privilege is the oldest of the privileges for confidential communications with roots in the 16th century. The basis of the early rule was the oath and honour of the solicitor, as a professional man and a gentleman, to keep his client's secret. Thus, the early privilege belonged solely to the solicitor, and the client benefited from it only incidentally. [Footnotes omitted.]

IV. AnalyseA. *L'évolution du secret professionnel de l'avocat*

Le secret professionnel de l'avocat est un aspect fondamental du système juridique canadien. Bien qu'il ait son origine dans une règle de preuve, il est devenu une règle de droit fondamentale et substantielle.

Les auteurs ne s'entendent pas sur les origines du secret professionnel de l'avocat. L'historique généralement retenu de ce privilège est celui qu'en fait Wigmore dans *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), p. 543. D'après la [TRADUCTION] « théorie de l'honneur » de Wigmore, le secret professionnel de l'avocat découle d'un [TRADUCTION] « respect pour le serment et l'honneur de l'avocat plutôt que pour les craintes de son client » (en italique dans l'original).

Cette théorie a été évoquée dans la jurisprudence canadienne ultérieure. Dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 834, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé que l'histoire du privilège remontait au règne d'Élisabeth I :

[Le secret professionnel de l'avocat] découle [. . .] du respect [TRADUCTION] « du serment et de l'honneur » de l'avocat, tenu de garder étroitement les secrets de son client, et est limité, dans son application, à une exemption de l'obligation de témoigner.

La théorie de l'honneur a été expliquée par J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant dans *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 728 :

[TRADUCTION] Le secret professionnel de l'avocat est le plus ancien des privilèges en matière de communications confidentielles et remonte au XVI^e siècle. À l'origine, la règle reposait sur le serment et l'honneur de l'avocat qui, en sa qualité d'homme de profession libérale et de gentilhomme, était tenu de garder les secrets de son client. Par conséquent, à l'origine, le privilège était propre uniquement à l'avocat, et le client en tirait avantage de manière incidente seulement. [Renvois omis.]

17

18

19

20

21

The honor theory was rejected by J. Auburn in his book *Legal Professional Privilege: Law and Theory* (2000), at pp. 6-7:

When “honour” was invoked in the sixteenth century in the context of witness testimony, it meant an alternative basis for the taking of evidence, i.e. that evidence should be taken on one’s word or in writing, rather than on the strength of the oath. It did not mean that evidence should not be taken at all.

. . .

The Wigmorean view of the origin of the privilege is flawed, both in regard to the original rationale for the privilege and in seeing it as an immediate reaction to testimonial compulsion. The privilege was not so obviously important that it immediately commended itself as a natural exception to compulsion. It may have arisen gradually, and some time after the advent of compulsion, as a rule grounded more on practicality and the apparent illogicality of having a lawyer testify to matters his client could not have spoken of. [Footnotes omitted.]

The debate surrounding the origin of solicitor-client privilege while of some interest need not be resolved here. Whatever the origin of the privilege, it has clearly evolved into a substantive rule of law in Canada.

22

The solicitor-client privilege began in Canada as a rule of evidence. See *R. v. Colvin* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8 (Ont. H.C.), per Osler J., at p. 13:

Finally, the question of solicitor-client privilege is, in this connection, a troublesome one. On the one hand, no authority should be given *carte blanche* to search through the files in a solicitor’s office in hopes of discovering material prepared for the purpose of advising the client in the normal and legitimate course of professional practice. The privilege, however, is exclusively that of the client and does not extend to correspondence, memoranda or documents prepared for the purpose of assisting a client to commit a crime. . . .

There can be no sure way of classifying the various types of material in advance and, in any event, it must be remembered that the rule is a rule of evidence, not a rule of property. [Emphasis added.]

J. Auburn a rejeté la théorie de l’honneur dans son ouvrage intitulé *Legal Professional Privilege: Law and Theory* (2000), p. 6-7 :

[TRADUCTION] Quand l’« honneur » était invoqué dans le cadre d’un témoignage au XVI^e siècle, le témoignage avait un autre fondement en ce sens qu’il devait être recueilli par écrit ou en se fiant à la parole du témoin, plutôt que sur la foi du serment. Cela ne signifiait pas qu’aucun témoignage ne devait être recueilli.

. . .

La conception qu’a Wigmore de l’origine du privilège est boiteuse, à la fois en ce qui concerne la raison d’être initiale du privilège et le fait de le considérer comme une réaction immédiate à une contrainte à témoigner. Le privilège n’était pas manifestement important au point de se présenter aussitôt comme une exception naturelle à la contrainte. Il peut s’être développé progressivement, et quelque temps après l’émergence de la contrainte, comme une règle fondée davantage sur l’utilité et l’illogisme apparent de faire témoigner un avocat au sujet de questions dont son client n’aurait pas pu parler. [Renvois omis.]

Même si le débat entourant l’origine du secret professionnel de l’avocat présente un certain intérêt, il n’est pas nécessaire de le régler en l’espèce. Quelle que soit l’origine du privilège, il est clairement devenu une règle de fond du droit canadien.

Au Canada, le secret professionnel de l’avocat a son origine dans une règle de preuve. Voir *R. c. Colvin* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8 (H.C. Ont.), le juge Osler, p. 13 :

[TRADUCTION] Enfin, la question du secret professionnel de l’avocat est épineuse à cet égard. D’une part, nulle autorité ne devrait avoir *carte blanche* pour fouiller les dossiers d’un cabinet d’avocat dans l’espoir d’y découvrir des documents préparés pour conseiller le client dans l’exercice normal et légitime de la profession. Toutefois, le privilège est exclusivement celui du client et ne s’étend pas à la correspondance, aux notes ou aux documents destinés à aider un client à commettre un crime . . .

Il n’y a aucun moyen sûr de classer les différents types de document à l’avance et, quoi qu’il en soit, il faut se rappeler que la règle en cause est une règle de preuve, et non une règle de propriété. [Je souligne.]

In time, the status of solicitor-client privilege as a rule was elevated in the common law. See *Solosky, supra, per Dickson J.*, at p. 836:

Recent case law has taken the traditional doctrine of privilege and placed it on a new plane. Privilege is no longer regarded merely as a rule of evidence which acts as a shield to prevent privileged materials from being tendered in evidence in a court room.

This was expanded in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. Lamer J., as he then was, recognized the implications of *Solosky, supra*, at p. 875:

The Court [in *Solosky, supra*] in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

In *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at p. 383, Wilson J. confirmed that in *Solosky, supra*, solicitor-client privilege was a “fundamental civil and legal right”. Finally, in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, Cory J. for the majority stated at para. 45: “solicitor-client privilege has long been regarded as fundamentally important to our judicial system” and at para. 48: “now it has evolved into a substantive rule.”

The existence of solicitor-client privilege as a fundamental legal right answers little. The solicitor-client privilege must be examined in the context of other types of privileges to demonstrate its unique status within the legal system.

B. Types of Privilege

The law recognizes a number of communications as worthy of confidentiality. The protection

Avec le temps, le secret professionnel de l’avocat en tant que règle a pris de l’importance en common law. Voir le juge Dickson dans l’arrêt *Solosky*, précité, p. 836 :

Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège sur un plan nouveau. Le privilège n’est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d’écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d’audience.

Cette idée a été précisée dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a reconnu les répercussions de l’arrêt *Solosky*, précité, p. 875 :

En fait la Cour [dans l’arrêt *Solosky*, précité], à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Dans l’arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, p. 383, le juge Wilson a confirmé que, dans l’arrêt *Solosky*, précité, le secret professionnel de l’avocat était un « droit civil fondamental ». Enfin, dans l’arrêt *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, le juge Cory a affirmé, au nom de la Cour à la majorité, que le « secret professionnel de l’avocat est considéré depuis longtemps comme étant d’une importance fondamentale pour notre système judiciaire » (par. 45) et qu’« [i]l s’agit maintenant d’une règle de fond » (par. 48).

L’existence du secret professionnel de l’avocat en tant que droit fondamental règle peu de choses. Il faut examiner le secret professionnel de l’avocat à la lumière d’autres types de privilège pour démontrer la place exceptionnelle qu’il occupe dans le système juridique.

B. Les types de privilège

Le droit reconnaît qu’un certain nombre de communications méritent d’être gardées confiden-

23

24

25

26

of these communications serves a public interest and they are generally referred to as privileged.

27 There are currently two recognized categories of privilege: relationships that are protected by a “class privilege” and relationships that are not protected by a class privilege but may still be protected on a “case-by-case” basis. See *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, *per* Lamer C.J., at p. 286, for a description of “class privilege”:

The parties have tended to distinguish between two categories: a “blanket”, *prima facie*, common law, or “class” privilege on the one hand, and a “case-by-case” privilege on the other. The first four terms are used to refer to a privilege which was recognized at common law and one for which there is a *prima facie* presumption of inadmissibility (once it has been established that the relationship fits within the class) unless the party urging admission can show why the communications should not be privileged (i.e., why they should be admitted into evidence as an exception to the general rule). Such communications are excluded not because the evidence is not relevant, but rather because, there are overriding policy reasons to exclude this relevant evidence. Solicitor-client communications appear to fall within this first category. . . . [Emphasis in original.]

28 For a relationship to be protected by a class privilege, thereby warranting a *prima facie* presumption of inadmissibility, the relationship must fall within a traditionally protected class. Solicitor-client privilege, because of its unique position in our legal fabric, is the most notable example of a class privilege. Other examples of class privileges are spousal privilege (now codified in s. 4(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5) and informer privilege (which is a subset of public interest immunity).

tielles. La protection des ces communications sert l'intérêt public et elles sont généralement qualifiées de privilégiées.

Actuellement, deux catégories de privilèges sont reconnues : les rapports qui font l'objet d'un « privilège générique » et ceux qui ne font pas l'objet d'un tel privilège mais qui peuvent néanmoins faire l'objet d'un privilège « fondé sur les circonstances de chaque cas ». Voir la description du « privilège générique » que donne le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 286 :

Les parties ont eu tendance à établir une distinction entre deux catégories: un privilège *prima facie* «général» de common law ou un privilège «générique», d'une part, et un privilège «fondé sur les circonstances de chaque cas», d'autre part. Les premiers termes sont utilisés pour désigner un privilège qui a été reconnu en common law et pour lequel il existe une présomption à première vue d'inadmissibilité (lorsqu'il a été établi que les rapports s'inscrivent dans la catégorie) à moins que la partie qui demande l'admission ne puisse démontrer pour quelles raisons les communications ne devraient pas être privilégiées (c.-à-d., pour quelles raisons elles devraient être admises en preuve à titre d'exception à la règle générale). De telles communications sont exclues non pas parce que l'élément de preuve n'est pas pertinent, mais plutôt parce qu'il existe des raisons de principe prépondérantes d'exclure cet élément de preuve pertinent. Les communications entre un avocat et son client paraissent s'inscrire dans le cadre de cette première catégorie . . . [Souligné dans l'original.]

Pour que des rapports fassent l'objet d'un privilège générique et justifient ainsi l'application d'une présomption *prima facie* d'inadmissibilité, ils doivent relever d'une catégorie traditionnellement protégée. Le secret professionnel de l'avocat, en raison de la place exceptionnelle qu'il occupe dans notre système juridique, est l'exemple de privilège générique le plus remarquable. Le privilège relatif aux conjoints (maintenant codifié au par. 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5) et le privilège relatif aux indicateurs de police (qui est une composante de l'immunité d'intérêt public) sont d'autres exemples de privilège générique.

Other confidential relationships are not protected by a class privilege, but may be protected on a case-by-case basis. Examples of such relationships include doctor-patient, psychologist-patient, journalist-informant and religious communications. The Wigmore test, containing four criteria, has come to govern the circumstances under which privilege is extended to certain communications that are not traditionally-recognized class privileges (Wigmore, *supra*, at p. 527):

(1) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.

(2) This element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered.

(4) The injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of litigation. [Emphasis deleted.]

Medical therapist records are different because, although a traditional common law privilege does not attach to these documents, a right to confidentiality exists upon balancing individual rights: the reasonable expectation of privacy of the third person versus the right to make full answer and defence to a criminal charge. The procedure for protection of such records is codified in ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

C. Rationale of Solicitor-Client Privilege

The foregoing privileges, such as communication between a doctor and his patient, do not occupy the unique position of solicitor-client privilege or resonate with the same concerns. This privilege, by itself, commands a unique status within

D'autres rapports confidentiels ne font pas l'objet d'un privilège générique, mais peuvent faire l'objet d'un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas. À titre d'exemples, mentionnons les rapports médecin-patient, psychologue-patient et journaliste-informateur, ainsi que les communications religieuses. Le critère de Wigmore, qui comporte quatre conditions, en est venu à régir les circonstances dans lesquelles le privilège s'applique à certaines communications qui ne font pas l'objet de privilèges génériques traditionnellement reconnus (Wigmore, *op. cit.*, p. 527) :

[TRADUCTION]

(1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.

(4) Le préjudice permanent que subirait les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision. [Italiques omis.]

Les dossiers thérapeutiques médicaux sont différents parce que, même si aucun privilège de common law traditionnel ne s'y rattache, un droit à la confidentialité découle d'une évaluation des droits individuels : l'attente raisonnable qu'a le tiers en ce qui concerne la protection de sa vie privée par opposition au droit de présenter une défense pleine et entière face à une accusation criminelle. La procédure applicable à la protection de ces dossiers est codifiée aux art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

C. La raison d'être du secret professionnel de l'avocat

Les privilèges qui précèdent, tel celui relatif aux communications entre un médecin et son patient, n'occupent pas la même place exceptionnelle que le secret professionnel de l'avocat et ne reflètent pas les mêmes préoccupations. Le secret profes-

the legal system. The important relationship between a client and his or her lawyer stretches beyond the parties and is integral to the workings of the legal system itself. The solicitor-client relationship is a part of that system, not ancillary to it. See *Gruenke, supra, per Lamer C.J.*, at p. 289:

The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication (see: *Geffen v. Goodman Estate, supra*, and *Solosky v. The Queen, supra*). In my view, religious communications, notwithstanding their social importance, are not inextricably linked with the justice system in the way that solicitor-client communications surely are.

It is this distinctive status within the justice system that characterizes the solicitor-client privilege as a class privilege, and the protection is available to all who fall within the class.

32

That solicitor-client privilege is of fundamental importance was repeated in *Jones, supra, per Cory J.*, at para. 45:

The solicitor-client privilege has long been regarded as fundamentally important to our judicial system. Well over a century ago in *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), at p. 649, the importance of the rule was recognized:

The object and meaning of the rule is this: that as, by reason of the complexity and difficulty of our law, litigation can only be properly conducted by professional men, it is absolutely necessary that a man, in order to prosecute his rights or to defend himself from an improper claim, should have recourse to the assistance of professional lawyers, . . . to use a vulgar phrase, that he should be able to make a clean breast of it to the gentleman whom he consults with a view to the prosecution of his claim, or the substantiating of his defence . . . that he should be able to place unrestricted and unbounded confidence in the professional agent, and that the communications he so

sionnel de l'avocat commande en soi une place exceptionnelle dans le système juridique. Les rapports importants qui existent entre un client et son avocat ne se limitent pas aux parties et font partie intégrante des rouages du système juridique lui-même. Les rapports entre un avocat et son client font partie de ce système et n'y sont pas subordonnés. Voir l'arrêt *Gruenke*, précité, le juge en chef Lamer, p. 289 :

La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée (voir: *Geffen c. Succession Goodman* et *Solosky c. La Reine*, précités). À mon avis, les communications religieuses, nonobstant leur importance sociale, ne sont pas inextricablement liées au système de justice de la même manière que le sont certainement les communications entre l'avocat et son client.

C'est cette place distinctive qu'il occupe dans le système de justice qui fait du secret professionnel de l'avocat un privilège générique, de sorte qu'il peut être invoqué par tous ceux et celles qui relèvent de cette catégorie.

Le juge Cory réitère l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat dans l'arrêt *Jones*, précité, par. 45 :

Le secret professionnel de l'avocat est considéré depuis longtemps comme étant d'une importance fondamentale pour notre système judiciaire. Cette règle a été reconnue il y a plus de cent ans, dans *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.), à la p. 649:

[TRADUCTION] L'objet et la teneur de la règle sont les suivants: comme, en raison de la complexité et des difficultés inhérentes à notre droit, les procès ne peuvent être correctement menés que par des professionnels, il est absolument nécessaire qu'un homme fasse appel à des avocats professionnels pour faire valoir ses droits ou se défendre contre une demande injustifiée [. . .] qu'il puisse, pour employer une expression populaire, tout avouer au professionnel qu'il consulte pour faire valoir sa demande ou pour se défendre [. . .], qu'il puisse placer toute sa confiance dans ce représentant professionnel et que les choses communiquées demeurent secrètes, sauf consentement de sa

makes to him should be kept secret, unless with his consent (for it is his privilege, and not the privilege of the confidential agent), that he should be enabled properly to conduct his litigation.

The importance of solicitor-client privilege to both the legal system and society as a whole assists in determining whether and in what circumstances the privilege should yield to an individual's right to make full answer and defence. The law is complex. Lawyers have a unique role. Free and candid communication between the lawyer and client protects the legal rights of the citizen. It is essential for the lawyer to know all of the facts of the client's position. The existence of a fundamental right to privilege between the two encourages disclosure within the confines of the relationship. The danger in eroding solicitor-client privilege is the potential to stifle communication between the lawyer and client. The need to protect the privilege determines its immunity to attack.

D. *Scope of Solicitor-Client Privilege*

Despite its importance, solicitor-client privilege is not absolute. It is subject to exceptions in certain circumstances. *Jones, supra*, examined whether the privilege should be displaced in the interest of protecting the safety of the public, *per* Cory J. at para. 51:

Just as no right is absolute so too the privilege, even that between solicitor and client, is subject to clearly defined exceptions. The decision to exclude evidence that would be both relevant and of substantial probative value because it is protected by the solicitor-client privilege represents a policy decision. It is based upon the importance to our legal system in general of the solicitor-client privilege. In certain circumstances, however, other societal values must prevail.

However, solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis.

part (car il s'agit de son privilège et non de celui du mandataire qui reçoit l'information confidentielle), afin qu'il soit bien préparé à mener son procès.

L'importance du secret professionnel de l'avocat pour le système juridique et pour l'ensemble de la société aide à déterminer si et dans quelles circonstances ce privilège devrait céder le pas au droit d'un individu de présenter une défense pleine et entière. Le droit est complexe. Le rôle des avocats est singulier. La communication libre et franche entre l'avocat et son client protège les droits que la common law reconnaît au citoyen. Il est essentiel qu'un avocat soit au courant de tous les faits qui ont trait à la situation de son client. L'existence d'un droit fondamental au secret professionnel de l'avocat encourage la divulgation dans les limites des rapports que l'avocat a avec son client. L'affaiblissement du secret professionnel de l'avocat peut contribuer à restreindre la communication entre un avocat et son client. L'immunité de ce privilège contre toute attaque s'explique par la nécessité de le préserver.

D. *L'étendue du secret professionnel de l'avocat*

Malgré son importance, le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu. Il est assujéti à des exceptions dans certains cas. Dans l'arrêt *Jones*, précité, par. 51, le juge Cory a examiné si le privilège devait être supplanté afin d'assurer la sécurité du public :

De la même façon qu'aucun droit n'est absolu, aucun privilège ne l'est, y compris celui du secret professionnel de l'avocat qui souffre des exceptions bien définies. La décision d'exclure des éléments de preuve qui seraient à la fois pertinents et d'une grande valeur probante parce qu'ils font l'objet du secret professionnel de l'avocat constitue une décision de principe qui est fondée sur l'importance que revêt ce privilège pour notre système judiciaire en général. Dans certains cas, toutefois, d'autres valeurs sociales doivent avoir préséance.

Toutefois, le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas.

33

34

35

36

Not all communications between a lawyer and her client are privileged. In order for the communication to be privileged, it must arise from communication between a lawyer and the client where the latter seeks lawful legal advice. Wigmore, *supra*, sets out a statement of the broad rule, at p. 554:

Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.

37

As stated, only communications made for the legitimate purpose of obtaining lawful professional advice or assistance are privileged. The privilege may only be waived by the client. See M. M. Orkin, *Legal Ethics: A Study of Professional Conduct* (1957), at p. 84:

It is the duty of a solicitor to insist upon this privilege which extends to "all communication by a client to his solicitor or counsel for the purpose of obtaining professional advice or assistance in a pending action, or in any other proper matter for professional assistance" [Ludwig, 29 C.L. Times 253; *Minet v. Morgan* (1873), 8 Ch. App. 361]. The privilege is that of the client and can only be waived by the client.

E. Full Answer and Defence

38

While solicitor-client privilege is almost absolute, the question here is whether the privilege should be set aside to permit the accused his right to full answer and defence by permitting him access to a complainant's civil litigation file. It is agreed that the file in this case qualifies for solicitor-client privilege. The solicitor-client privilege and the accused's *Charter* right to full answer and defence are both protected by law. Which prevails when they clash?

39

R. v. Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 607, opened this question:

The right of the innocent not to be convicted is reflected in our society's fundamental commitment to a

Les communications entre un avocat et son client ne sont pas toutes privilégiées. Pour qu'une communication soit privilégiée, il doit s'agir d'une communication entre un avocat et son client au cours de laquelle ce dernier sollicite des conseils juridiques licites. Wigmore, *op. cit.*, énonce ainsi la règle générale, p. 554 :

[TRADUCTION] Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.

Ainsi, seules les communications faites dans le but légitime d'obtenir une aide ou des conseils professionnels licites sont privilégiées. Seul le client peut renoncer au privilège. Voir M. M. Orkin, *Legal Ethics: A Study of Professional Conduct* (1957), p. 84 :

[TRADUCTION] Il incombe à l'avocat d'insister sur ce privilège qui s'applique à « toute communication qu'un client fait à son avocat dans le but d'obtenir une aide ou des conseils professionnels relativement à une action pendante ou à toute autre question qui se prête à une aide professionnelle » [Ludwig, 29 C.L. Times 253; *Minet c. Morgan* (1873), 8 Ch. App. 361]. Le privilège est celui du client et seul ce dernier peut y renoncer.

E. La défense pleine et entière

Bien que le secret professionnel de l'avocat soit presque absolu, il s'agit en l'espèce de savoir si ce privilège devrait être levé pour permettre à l'accusé d'exercer son droit à une défense pleine et entière en lui donnant accès au dossier du plaignant relatif à son action civile. Il est admis que le dossier en l'espèce est protégé par le secret professionnel de l'avocat. Le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière que la *Charte* garantit à l'accusé sont tous les deux protégés par la loi. Lequel l'emporte en cas de conflit?

L'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 607, a soulevé cette question :

À l'appui du droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable, la société reconnaît le droit d'un inculpé à un

fair trial, a commitment expressly embodied in s. 11(d) of the *Charter*. It has long been recognized that an essential facet of a fair hearing is the “opportunity adequately to state [one’s] case”. . . . This applies with particular force to the accused, who may not have the resources of the state at his or her disposal. Thus . . . our courts have held that even informer privilege and solicitor-client privilege may yield to the accused’s right to defend himself on a criminal charge: . . . *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.).

Rules and privileges will yield to the *Charter* guarantee of a fair trial where they stand in the way of an innocent person establishing his or her innocence (see *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24, *per* McLachlin J., as she then was). This Court has held that informer privilege will yield in circumstances where to fail to do so will result in a wrongful conviction. Our system will not tolerate conviction of the innocent. However, an accused’s right to make full answer and defence in our system, while broad, is understandably not perfect. Section 7 of the *Charter* entitles an accused to a fair hearing but not always to the most favourable procedures that could possibly be imagined (see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, *per* La Forest J., at p. 362).

F. *Solicitor-Client Privilege vs. Full Answer and Defence*

Solicitor-client privilege and the right to make full answer and defence are principles of fundamental justice. The right of an accused to full answer and defence is personal to him or her and engages the right to life, liberty, security of the person and the right of the innocent not to be convicted. Solicitor-client privilege while also personal is broader and is important to the administration of justice as a whole. It exists whether or not there is the immediacy of a trial or of a client seeking advice.

procès équitable, qui est expressément consacré à l’al. 11d) de la *Charte*. Il est depuis longtemps reconnu qu’un aspect essentiel d’un procès équitable est de donner à l’accusé «l’occasion d’exposer adéquatement sa cause»: [. . .] L’application de ce principe est particulièrement importante pour l’accusé qui n’a pas à sa disposition les ressources de l’État. Nos tribunaux ont donc [. . .] statué que le droit de l’accusé de répondre à une accusation criminelle peut même l’emporter sur le privilège relatif aux indicateurs de police et sur le secret professionnel de l’avocat: [. . .] *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.).

Les règles et privilèges cèdent le pas au droit à un procès équitable garanti par la *Charte* dans les cas où ils empêchent une personne innocente d’établir son innocence (voir *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Notre Cour a statué que le privilège relatif aux indicateurs de police cédera le pas dans le cas où le défaut de le faire entraînerait une déclaration de culpabilité injustifiée. Notre système ne tolère pas qu’un innocent soit déclaré coupable. Cependant, il va sans dire que le droit à une défense pleine et entière que possède l’accusé dans notre système, bien qu’il soit large, n’est pas parfait. L’article 7 de la *Charte* reconnaît à l’accusé le droit à un procès équitable, mais il ne lui donne pas toujours le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l’on puisse imaginer (voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, p. 362).

F. *Le secret professionnel de l’avocat versus la défense pleine et entière*

Le secret professionnel de l’avocat et le droit à une défense pleine et entière sont des principes de justice fondamentale. Le droit d’un accusé à une défense pleine et entière lui est personnel et implique le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi que le droit de l’innocent de ne pas être déclaré coupable. Le privilège du secret professionnel de l’avocat, bien qu’il soit également personnel, est plus large et est important pour l’administration de la justice dans son ensemble. Il existe peu importe qu’un procès soit imminent ou qu’un client soit sur le point de demander des conseils.

42 The importance of both of these rights means that neither can always prevail. In some limited circumstances, the solicitor-client privilege may yield to allow an accused to make full answer and defence. What are those circumstances?

G. Existing Tests

43 In determining those circumstances, there are two useful tests which help to identify when the right to make full answer and defence will prevail over the need for confidentiality. While useful, neither test sufficiently addresses the unique concerns evoked by solicitor-client privilege and, as explained later, more is needed.

44 The first test originated in *O'Connor, supra*, relative to procedures to govern production of medical or therapeutic records that are in the hands of third parties. Subsequently, Parliament codified the procedure in ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* and its constitutionality was upheld in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. The *O'Connor* test and ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* were created with the sensitivity and unique character of third party therapeutic records in mind. They focus on an individual's privacy interest and not the broader policy objectives underlying the administration of justice.

45 The other test is the innocence at stake test for informer privilege, see *Leipert, supra*. This test details the circumstances under which the identity of an informer might have to be revealed. The value of reliable informers to the administration of justice has been recognized for a long time, so much so that it too is a class privilege. This explains why the high standard of showing that the innocence of the accused is at stake before permitting invasion of the privilege is necessary. Should the privilege be invaded, the State then generally provides for the protection of the informer through various safety programs, again illustrating the public importance of that privilege. The threshold created by the innocence at stake test comes the closest to addressing the concerns raised in this appeal

L'importance de ces deux droits fait en sorte que ni l'un ni l'autre ne peut toujours l'emporter. Dans certaines circonstances limitées, le secret professionnel de l'avocat peut céder le pas pour permettre à un accusé de présenter une défense pleine et entière. Quelles sont ces circonstances?

G. Les critères existants

Deux critères peuvent aider à déterminer les circonstances dans lesquelles le droit à une défense pleine et entière l'emportera sur le besoin de confidentialité. Bien qu'ils soient utiles, aucun de ces deux critères ne tient suffisamment compte des préoccupations particulières que soulève le secret professionnel de l'avocat et, comme je vais l'expliquer plus loin, il faut davantage.

Le premier critère remonte à l'arrêt *O'Connor*, précité, qui concernait la procédure régissant la production des dossiers médicaux ou thérapeutiques qui sont entre les mains de tiers. Par la suite, cette procédure a été codifiée par le Parlement aux art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel* et sa constitutionnalité a été confirmée dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. Le critère de l'arrêt *O'Connor* et les art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel* ont été créés en fonction du caractère confidentiel et particulier des dossiers thérapeutiques de tiers. Ils sont axés sur le droit à la vie privée d'un individu et non sur les objectifs d'ordre public plus larges qui sous-tendent l'administration de la justice.

L'autre critère est celui de la démonstration de l'innocence de l'accusé qui s'applique dans le cas du privilège relatif aux indicateurs de police; voir l'arrêt *Leipert*, précité. Ce critère énumère les circonstances dans lesquelles l'identité d'un indicateur de police pourrait devoir être dévoilée. L'importance que les indicateurs de police sûrs revêtent pour l'administration de la justice est reconnue depuis longtemps, à tel point que le privilège qui concerne ces indicateurs est lui aussi un privilège générique. Cela explique pourquoi la norme stricte qui assujettit la levée de ce privilège à la démonstration que l'innocence de l'accusé est en jeu est nécessaire. Si jamais le privilège est levé, l'État assure alors en général la protection de l'indicateur au moyen de divers programmes de sécurité, ce qui

as it is appropriately high. Both informer privilege and solicitor-client privilege are ancient and hal-
lowed protections. See *Leipert, supra, per*
McLachlin J., at para. 12:

Informer privilege is of such importance that once
found, courts are not entitled to balance the benefit enur-
ing from the privilege against countervailing considera-
tions, as is the case, for example, with Crown privilege
or privileges based on Wigmore's four-part test: . . .

H. *The Innocence at Stake Test for Solicitor-Client
Privilege*

In granting the respondent McClure access to
the complainant's civil litigation file, the trial
judge applied the *O'Connor* test for disclosure of
confidential therapeutic records. With respect, this
was an error. The appropriate test by which to
determine whether to set aside solicitor-client privi-
lege is the innocence at stake test, set out below.
Solicitor-client privilege should be set aside only
in the most unusual cases. Unless individuals can
be certain that their communications with their
solicitors will remain entirely confidential, their
ability to speak freely will be undermined.

In recognition of the central place of solicitor-
client privilege within the administration of jus-
tice, the innocence at stake test should be stringent.
The privilege should be infringed only where core
issues going to the guilt of the accused are
involved and there is a genuine risk of a wrongful
conviction.

démontre encore une fois l'importance de ce privi-
lège pour le public. Parce qu'elle est stricte comme
il se doit, la norme établie par le critère de la
démonstration de l'innocence de l'accusé est celle
qui permet le mieux de tenir compte des préoccupa-
tions soulevées dans le présent pourvoi. Le privi-
lège relatif aux indicateurs de police et le secret
professionnel de l'avocat sont des protections
anciennes et consacrées. Voir les propos du juge
McLachlin dans l'arrêt *Leipert*, précité, par. 12 :

Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une
telle importance qu'une fois qu'ils ont conclu à son
existence, les tribunaux ne peuvent pas soupeser l'avan-
tage qui en découle en fonction de facteurs compensa-
toires comme, par exemple, le privilège de la Couronne
ou les privilèges fondés sur le critère à quatre volets de
Wigmore: . . .

H. *Le critère de la démonstration de l'innocence
de l'accusé qui s'applique dans le cas du secret
professionnel de l'avocat*

En donnant à l'intimé McClure accès au dossier
du plaignant relatif à son action civile, le juge du
procès a appliqué le critère de l'arrêt *O'Connor* qui
concerne la communication de dossiers thérapeu-
tiques confidentiels. En toute déférence, il s'agis-
sait d'une erreur. Pour déterminer s'il convient
d'écarter le secret professionnel de l'avocat, il faut
appliquer le critère de la démonstration de l'inno-
cence de l'accusé énoncé plus loin. Le secret pro-
fessionnel de l'avocat ne devrait être écarté que
dans les cas les plus inusités. À moins qu'une per-
sonne ne soit certaine que ses communications
avec son avocat resteront entièrement confiden-
tielles, sa capacité de parler librement sera amoind-
rie.

Eu égard à la place centrale que le secret profes-
sionnel de l'avocat occupe dans l'administration
de la justice, le critère de la démonstration de l'in-
nocence de l'accusé doit être appliqué rigoureuse-
ment. Le privilège devrait être levé seulement si
des questions fondamentales touchant la culpabi-
lité ou l'innocence de l'accusé sont en cause ou s'il
y a un risque véritable qu'une déclaration de culpa-
bilité injustifiée soit prononcée.

48 Before the test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and he is otherwise unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way.

49 By way of illustration, if the accused could raise a reasonable doubt at his trial on the question of *mens rea* by access to the solicitor-client file but could also raise a reasonable doubt with the defence of alibi and/or identification, then it would be unnecessary to use the solicitor-client file. The innocence of the accused would not be at stake but instead it is his wish to mount a more complete defence that would be affected. On the surface it may appear harsh to deny access as the particular privileged evidence might raise a reasonable doubt, nonetheless, the policy reasons favouring the protection of the confidentiality of solicitor-client communications must prevail unless there is a genuine danger of wrongful conviction.

50 The innocence at stake test is applied in two stages in order to reflect the dual nature of the judge's inquiry. At the first stage, the accused seeking production of a solicitor-client communication must provide some evidentiary basis upon which to conclude that there exists a communication that could raise a reasonable doubt as to his guilt. At this stage, the judge has to decide whether she will review the evidence.

51 If the trial judge is satisfied that such an evidentiary basis exists, then she should proceed to stage two. At that stage, the trial judge must examine the solicitor-client file to determine whether, in fact, there is a communication that is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused. It is evident that the test in the first stage (could raise a reasonable doubt) is different than that of the second stage (likely to raise a reasonable doubt). If the

Avant même que le critère soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est, du reste, incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Par exemple, si l'accusé était en mesure de susciter un doute raisonnable à son procès relativement à la question de la *mens rea* en accédant au dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat, mais également en invoquant l'alibi ou l'identification, ou les deux à la fois, comme moyen de défense, il ne serait pas nécessaire alors d'utiliser le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat. L'innocence de l'accusé ne serait pas en jeu, mais ce serait sa volonté de préparer une défense plus complète qui serait contrariée. De prime abord, il peut paraître dur de refuser l'accès alors que l'élément de preuve privilégié en question pourrait susciter un doute raisonnable; toutefois, les raisons de politique générale qui militent faveur du maintien de la confidentialité des communications entre un avocat et son client doivent l'emporter sauf s'il y a un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée.

L'application du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé se fait en deux étapes afin de refléter la double nature de l'examen effectué par le juge. À la première étape, l'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve qui permettent de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. À cette étape, le juge doit décider s'il examinera ces éléments de preuve.

Si le juge du procès est convaincu que de tels éléments de preuve existent, il doit ensuite passer à la deuxième étape, qui consiste à examiner le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat afin de déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Il est évident que le critère applicable à la première étape (pourrait susciter un doute raison-

second stage of the test is met, then the trial judge should order the production but only of that portion of the solicitor-client file that is necessary to raise the defence claimed.

(1) Stage #1

The first stage of the innocence at stake test for invading the solicitor-client privilege requires production of the material to the trial judge for review. There has to be some evidentiary basis for the request. This is a threshold requirement designed to prevent “fishing expeditions”. Without it, it would be too easy for the accused to demand examination of solicitor-client privileged communications by the trial judge. As this request constitutes a significant invasion of solicitor-client privilege, it should not be entered into lightly. On the other hand, the bar cannot be set so high that it can never be met. The trial judge must ask: “Is there some evidentiary basis for the claim that a solicitor-client communication exists that could raise a reasonable doubt about the guilt of the accused?”

It falls to the accused to demonstrate some evidentiary basis for his claim that there exists a solicitor-client communication relevant to the defence he raises. Mere speculation as to what a file might contain is insufficient.

That is then followed by a requirement that the communication sought by the accused could raise a reasonable doubt as to his guilt. This must be considered in light of what the accused knows. It is likely that the accused who, it must be remembered, has had no access to the file sought, may only provide a description of a possible communication. It would be difficult to produce and unfair to demand anything more precise. It is only

nable) est différent de celui qui s’applique à la deuxième étape (suscitera probablement un doute raisonnable). Si le critère applicable à la deuxième étape est respecté, le juge du procès ne doit alors ordonner que la production de la partie du dossier protégé par le secret professionnel de l’avocat qui est nécessaire pour soulever le moyen de défense allégué.

(1) Première étape

La première étape de l’application du critère de la démonstration de l’innocence de l’accusé qui permet de lever le privilège du secret professionnel de l’avocat exige que les documents soient remis au juge du procès pour qu’il puisse les examiner. La demande de production des documents doit être étayée par des éléments de preuve. Il s’agit là d’une exigence préliminaire destinée à empêcher les recherches à l’aveuglette. Sans elle, l’accusé pourrait trop facilement demander que le juge du procès examine des communications protégées par le secret professionnel de l’avocat. Comme cette demande constitue une atteinte importante au secret professionnel de l’avocat, elle ne doit pas être faite à la légère. Par ailleurs, l’exigence ne doit pas être si stricte qu’il soit impossible d’y satisfaire. Le juge du procès doit se demander : « Y a-t-il des éléments de preuve qui étayent la prétention qu’il existe une communication avocat-client qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé? »

Il incombe à l’accusé de démontrer qu’il y a des éléments de preuve qui étayent sa prétention qu’il existe une communication avocat-client pertinente quant au moyen de défense qu’il invoque. Une simple supposition quant à ce que pourrait contenir le dossier est insuffisante.

Il y a ensuite l’exigence que la communication sollicitée par l’accusé puisse susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cela doit être examiné à la lumière de ce que sait l’accusé. Il est probable que l’accusé qui, faut-il le rappeler, n’a pas eu accès au dossier sollicité ne pourra que décrire une communication possible. Il serait difficile de présenter et injuste d’exiger quelque chose de plus précis. C’est seulement à la deuxième étape qu’un

52

53

54

at stage two that a court determines conclusively that such a communication actually exists.

55 The evidence sought should be considered in conjunction with other available evidence in order to determine its importance. It is the totality of the evidence that governs. However, when the accused is either challenging credibility or raising collateral matters, it will be difficult to meet the standards required of stage one.

56 Where an accused fails to show that the information sought could raise a reasonable doubt as to guilt, the solicitor-client privilege prevails.

(2) Stage #2

57 Once the first stage of the innocence at stake test for setting aside the solicitor-client privilege has been met, the trial judge must examine that record to determine whether, in fact, there exists a communication that is likely to raise a reasonable doubt as to the accused's guilt. The trial judge must ask herself the following question: "Is there something in the solicitor-client communication that is likely to raise a reasonable doubt about the accused's guilt?"

58 After a review of the evidence of the solicitor-client communication in question, the judge must decide whether the communication is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused. In most cases, this means that, unless the solicitor-client communication goes directly to one of the elements of the offence, it will not be sufficient to meet this requirement. Simply providing evidence that advances ancillary attacks on the Crown's case (e.g., by impugning the credibility of a Crown witness, or by providing evidence that suggests that some Crown evidence was obtained unconstitutionally) will very seldom be sufficient to meet this requirement.

tribunal décide péremptoirement si une telle communication existe vraiment.

Pour établir l'importance de l'élément de preuve recherché, celui-ci doit être examiné conjointement avec les autres éléments de preuve disponibles. C'est l'ensemble de la preuve qui est déterminant. Toutefois, si l'accusé attaque la crédibilité ou soulève des questions incidentes, il sera difficile de satisfaire aux normes applicables à la première étape.

Le secret professionnel de l'avocat l'emporte si l'accusé ne démontre pas que les renseignements recherchés pourraient susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

(2) Deuxième étape

Une fois franchie la première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé qui permet de lever le secret professionnel de l'avocat, le juge du procès doit examiner le dossier en question pour déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Le juge du procès doit se poser la question suivante: «Y a-t-il, dans la communication avocat-client, quelque chose qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé?»

Après examen de la preuve concernant la communication avocat-client en question, le juge doit décider si la communication suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Dans la plupart des cas, cela signifie que, à moins qu'elle ne concerne directement l'un des éléments de l'infraction, la communication avocat-client ne sera pas suffisante pour satisfaire à cette exigence. Le simple fait de présenter des éléments de preuve qui favorisent des attaques incidentes contre la preuve du ministère public (comme, par exemple, le fait d'attaquer la crédibilité d'un témoin à charge ou de présenter une preuve qui indique que certains éléments de preuve du ministère public ont été obtenus inconstitutionnellement) sera très rarement suffisant pour satisfaire à cette exigence.

The trial judge does not have to conclude that the information definitely will raise a reasonable doubt. If this were the case, the trial would effectively be over as soon as the trial judge ordered the solicitor-client file to be produced. There would be nothing left to decide. Instead, the information must likely raise a reasonable doubt as to the accused's guilt. Also, upon reviewing the evidence, if the trial judge finds material that will likely raise a reasonable doubt, stage two of the test is satisfied and the information should be produced to the defence even if this information was not argued as a basis for production by the defence at stage one.

In determining whether or not the solicitor-client communication in question is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused, the trial judge should consider that the communication in the solicitor-client file cannot be marginal but must be sufficient to establish the basis for its admission. It is the totality of the evidence then available that the trial judge considers in determining whether it is likely that the evidence can raise a reasonable doubt.

The difficulties described in successfully overcoming solicitor-client privilege illustrate the importance and solemnity attached to it. As described earlier, it is a cornerstone of our judicial system and any impediment to open candid and confidential discussion between lawyers and their clients will be rare and reluctantly imposed.

I. Application to the Case at Bar

In this case, the litigation file should not have been produced to the defence.

With respect, the trial judge erred in using the earlier *O'Connor* test for the production of third party confidential therapeutic records to govern

Le juge du procès n'a pas à conclure que les renseignements susciteront certainement un doute raisonnable. Si c'était le cas, le procès prendrait fin dès que le juge du procès ordonne la production du dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il ne resterait plus rien à décider. Il doit plutôt être probable que les renseignements susciteront un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. De plus, si, en examinant la preuve, le juge du procès découvre des éléments qui susciteront probablement un doute raisonnable, la deuxième étape de l'application du critère est franchie et les renseignements devront être présentés à la défense même si cette dernière ne s'en est pas servi pour justifier la production à la première étape.

Pour déterminer s'il est probable que la communication avocat-client en question suscitera un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, le juge du procès doit considérer que la communication contenue dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peut pas être incidente, mais doit être suffisante pour établir que son admission est justifiée. C'est l'ensemble de la preuve alors disponible que le juge du procès doit prendre en considération pour déterminer s'il est probable que l'élément de preuve en cause suscitera un doute raisonnable.

Les difficultés qu'il y a à obtenir la levée du privilège du secret professionnel de l'avocat montrent l'importance et la solennité qui s'y rattachent. Comme nous l'avons vu, il constitue un élément fondamental de notre système judiciaire et ce n'est que rarement et à contrecœur que l'on fera obstacle à la discussion ouverte, franche et confidentielle entre des avocats et leurs clients.

I. Application à la présente affaire

En l'espèce, le dossier relatif au litige n'aurait pas dû être remis à la défense.

En toute déférence, le juge du procès a eu tort d'appliquer le critère établi antérieurement par l'arrêt *O'Connor* relativement à la production des

59

60

61

62

63

whether the litigation file should have been produced to the defence.

64 The first stage of the innocence at stake test for solicitor-client privilege was not met. There was no evidence that the information sought by the respondent McClure could raise a reasonable doubt as to his guilt. Even if the chronology of events in this case — i.e. lawyer, police, therapist, civil suit — was unusual, it does not justify overriding solicitor-client privilege. This “unusual” chronology does not rise to a level that demonstrates that the litigation file could raise a reasonable doubt as to guilt and so fails at the first stage.

65 In addition, the accused would be able to raise the issue of the complainant’s motive to fabricate events for the sake of a civil action at trial from another source, simply by pointing out the sequence of events and the fact that a civil action was initiated.

66 The third party appellant, J.C., could not appeal the interlocutory order for production of his litigation file because he was not a party in the criminal trial. Instead, he applied directly to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act* for leave to appeal the final order ordering production of his litigation file. This avenue of appeal is unsatisfactory. The usual avenue for appeal should be to the court of appeal of the province. That court has broad powers of review and is the desirable forum for appeals of first instance. This appeal is not the first demonstration of the anomaly of a direct appeal of an interlocutory order to the Supreme Court of Canada. The only apparent method of resolving this problem is by legislative amendment. It is appropriate to echo the statements of Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, in

dossiers thérapeutiques confidentiels d’un tiers pour décider si le dossier concernant le litige devait être remis à la défense.

La première étape du critère de la démonstration de l’innocence de l’accusé qui s’applique dans le cas du secret professionnel de l’avocat n’a pas été franchie. Il n’y avait aucune preuve que les renseignements demandés par l’intimé McClure pourraient susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si la chronologie des événements en l’espèce — c’est-à-dire avocat, policiers, thérapeute, action civile — était inhabituelle, elle ne justifie pas de passer outre au secret professionnel de l’avocat. Cette chronologie n’est pas « inhabituelle » au point de démontrer que le dossier relatif au litige pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité et ne franchit donc pas la première étape.

De plus, l’accusé pourrait s’y prendre autrement au procès pour soulever la question de ce qui a pu inciter le plaignant à inventer des faits pour les besoins d’une action civile, en signalant simplement la suite des événements et le fait qu’une action civile était intentée.

Le tiers appellant, J.C., ne pouvait pas interjeter appel contre l’ordonnance interlocutoire l’enjoignant de produire son dossier relatif au litige parce qu’il n’était pas une partie au procès criminel. Il a plutôt demandé directement à notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, l’autorisation d’en appeler de l’ordonnance définitive enjoignant de produire son dossier relatif au litige. Ce recours en appel laisse à désirer. Le recours en appel devrait normalement être adressé à la cour d’appel de la province. Cette cour possède de vastes pouvoirs de révision et est le tribunal à qui il est souhaitable d’adresser les appels contre les jugements de première instance. Le présent pourvoi n’est pas le premier exemple de l’anomalie qui consiste à interjeter appel contre une ordonnance interlocutoire directement devant la Cour suprême du Canada. Le seul moyen évident de résoudre ce problème est de modifier la loi. Il convient de rappeler les propos que le juge en chef Lamer a tenus dans l’arrêt *Dagenais c. Société*

dealing with a similar situation when, at p. 874, he said:

I hope that Parliament will soon consider filling this jurisdictional *lacuna* and establishing statutory rights of appeal for third parties. . . .

V. Disposition

The appeal is allowed and the order for production by Hawkins J. is set aside.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Anthony Moustacalis, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the respondent McClure: Maureen Forestell, Toronto.

Solicitors for the intervener The Advocates' Society: Rosen Wasser, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Skurka & Pringle, Toronto.

Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 874, au sujet d'une situation semblable :

J'espère que le législateur songera bientôt à combler cette lacune et à établir des droits d'appel d'origine législative à l'égard de tiers . . .

V. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de production rendue par le juge Hawkins est annulée.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Anthony Moustacalis, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intimé McClure : Maureen Forestell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante The Advocates' Society : Rosen Wasser, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Skurka & Pringle, Toronto.

The Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross and Annemarie Ross *Appellants*

v.

The Attorney General for Ontario *Respondent*

and between

The Ontario Public School Boards' Association, the Toronto District School Board, the Ontario Secondary School Teachers' Federation, the Elementary Teachers' Federation of Ontario, Joleene Kemp, David Edwards and Robert Churchill *Appellants*

v.

The Attorney General for Ontario *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Ontario Catholic School Trustees' Association, the Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques, the Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, the Alberta Catholic School Trustees' Association, the Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9, Dwayne Berlando, the Boards of Education of the Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, Estevan

Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross et Annemarie Ross *Appellants*

c.

Procureur général de l'Ontario *Intimé*

et entre

Ontario Public School Boards' Association, Toronto District School Board, Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, Fédération des enseignantes et enseignants de l'élémentaire de l'Ontario, Joleene Kemp, David Edwards et Robert Churchill *Appellants*

c.

Procureur général de l'Ontario *Intimé*

et

Procureur général du Québec, Procureur général du Manitoba, Procureur général de la Colombie-Britannique, Procureur général de l'Alberta, Ontario Catholic School Trustees' Association, Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques, Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9, Dwayne Berlando, Boards of Education of the Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, Estevan School Division No. 95, Public School

School Division No. 95, the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish *Interveniers*

INDEXED AS: ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2001 SCC 15.

File No.: 27363.

2000: November 8; 2001: March 8.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Education — Funding — School boards — Right to financial management and control — Right to tax — Provincial legislation creating new governance and funding model for all school boards in Ontario — Legislation authorizing Minister of Finance to make regulations prescribing tax rates for school purposes — Legislation also providing for supervision of school boards' financial affairs by Minister of Education and Training and for take over of a board's financial control under certain conditions — Whether legislation prejudicially affecting any protected denominational rights guaranteed by s. 93 of Constitution Act, 1867 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, Divisions B, D and F — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

Constitutional law — Conventions — Education — Funding — Public school boards — Property taxes — Provincial legislation creating new governance and funding model for all school boards in Ontario — Whether constitutional convention protects design of public school system — Whether constitutional convention protects right to levy or determine property taxes — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, Divisions B, D and F — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

Constitutional law — Delegation — Taxation — Education — Provincial legislation authorizing Minister of Finance to make regulations prescribing tax rates for school purposes — Whether guarantee of no taxation

Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. c. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2001 CSC 15.

N° du greffe : 27363.

2000 : 8 novembre; 2001 : 8 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Éducation — Financement — Conseils scolaires — Droit de gestion et de contrôle financiers — Droit de taxation — Législation provinciale créant un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de l'Ontario — Législation autorisant le ministre des Finances à prescrire par règlement le taux des impôts scolaires — Législation prévoyant aussi le contrôle des affaires financières des conseils par le ministre de l'Éducation et de la Formation et le contrôle financier des conseils scolaires dans certaines conditions — La législation porte-t-elle atteinte à des droits confessionnels garantis par l'art. 93 de la Loi constitutionnelle de 1867? — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, sections B, D et F — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

Droit constitutionnel — Conventions — Éducation — Financement — Conseils scolaires publics — Impôts fonciers — Législation provinciale créant un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de l'Ontario — La convention constitutionnelle protège-t-elle la forme du système d'écoles publiques? — La convention constitutionnelle protège-t-elle le droit d'imposer ou d'établir des taxes foncières? — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, sections B, D et F — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

Droit constitutionnel — Délégation — Taxation — Éducation — Législation provinciale autorisant le ministre des Finances à prescrire par règlement le taux des impôts scolaires — Y a-t-il violation du principe

without representation infringed — Whether delegation constitutional — Constitution Act, 1867, s. 53 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 257.12(1)(b) — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

The 1997 *Education Quality Improvement Act* (“EQIA”) amended the *Ontario Education Act* and created a new governance and funding model for all school boards in the province, in part to address a disparity of revenues between boards by allocating funds on a per-pupil basis. The EQIA removed the ability of school boards to set property tax rates for education and centralized taxation power in the hands of the Minister of Finance. The new model limits the power of boards to control their budgets and expenditures but guarantees local control over denominational expenditures. The denominational tax base has not been altered because residential taxpayers continue to designate their education taxes for either the public or the separate school system. School boards derive revenue from property taxes collected by municipalities, provincial grants, development charges, and some other limited sources, but the power to make regulations prescribing tax rates for school purposes is vested in the Minister of Finance. The Lieutenant Governor in Council has a restricted power to make regulations governing grants. Grants may consist of foundation grants allocated to all boards at a per-pupil rate to cover the basic cost of an educational program, special purpose grants allocated for particular needs, and pupil accommodation grants for infrastructure. Grants are designated as classroom or non-classroom spending with some restrictions on how the types of grants may be used. Total annual funding of a board is subject to a ceiling. The Ministry of Education and Training may investigate the financial affairs of a board if the board has a fiscal year deficit, or fails to make certain payments, or if the Minister has concerns about the board’s ability to meet financial obligations. An investigator may recommend to the Minister that the Ministry take administrative control of a board. The Minister cannot interfere with the denominational aspects of a separate school board nor with the linguistic or cultural aspects of a French-language board. The

selon lequel il ne peut y avoir taxation sans représentation? — La délégation est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53 — Loi sur l’éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 257.12(1)b) — Loi de 1997 sur l’amélioration de la qualité de l’éducation, L.O. 1997, ch. 31.

La *Loi de 1997 sur l’amélioration de la qualité de l’éducation* (« LAQÉ ») modifie la *Loi sur l’éducation* et crée un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de la province, en partie afin de résoudre le problème de l’inégalité des ressources entre les conseils scolaires en affectant des fonds selon le nombre d’élèves inscrits. La LAQÉ retire aussi aux conseils scolaires le pouvoir d’établir des taux d’impôt foncier à des fins éducatives pour le centraliser entre les mains du ministre des Finances. Le nouveau modèle limite le pouvoir des conseils scolaires de contrôler leurs budgets et leurs dépenses, tout en garantissant le contrôle local des dépenses pour les aspects confessionnels. L’assiette fiscale confessionnelle n’a pas été modifiée, car les contribuables résidentiels continuent à désigner le système, public ou séparé, auquel ils veulent que leurs impôts scolaires soient affectés. Les conseils scolaires tirent des recettes de l’impôt foncier prélevé par les municipalités, des subventions provinciales, des frais d’assistance et d’autres sources limitées; le ministre des Finances a toutefois le pouvoir de prescrire par règlement le taux des impôts scolaires. Le lieutenant-gouverneur en conseil a un pouvoir limité pour régir, par règlement, l’octroi de subventions. Les subventions peuvent prendre la forme de subventions de base octroyées à tous les conseils en fonction du nombre d’élèves inscrits pour couvrir le coût de base de la mise en œuvre d’un programme d’éducation, de subventions à des fins particulières affectées pour des besoins particuliers ou de subventions pour les installations destinées aux élèves qui visent à financer les besoins en infrastructure. Les subventions se rangent sous l’une ou l’autre des rubriques de dépenses liées ou dépenses non liées à la salle de classe, l’utilisation de ces catégories de subventions étant soumise à des restrictions. Le financement annuel total des conseils scolaires est assujéti à un plafond. Le ministère de l’Éducation et de la Formation peut ordonner la tenue d’une enquête sur les affaires financières d’un conseil si celui-ci a un déficit pour un exercice donné ou n’a pas fait certains paiements, ou si le ministre n’est pas sûr que le conseil puisse faire face à ses obligations financières. L’enquêteur peut recommander au ministre d’investir le Ministère du contrôle de l’administration d’un conseil. Le ministre ne peut pas intervenir dans les aspects confessionnels des conseils d’écoles séparées, ni dans les aspects linguistiques ou

Lieutenant Governor in Council may revoke the Ministry's control over a board.

In Ontario, denominational education rights provided by law in 1867 are protected by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Both groups of appellants argue that the new funding and governance model violates s. 93(1) because it interferes with claimed rights to local control over property taxation for education purposes and to local control over school finances and management. The second group of appellants further argues that the *EQIA* violates a constitutional convention that has developed regarding such matters, and that the delegation of control over the setting of education tax rates to the Minister of Finance violates ss. 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867*. The first group of appellants succeeded at trial in establishing that separate school boards have a right to local taxation and that the right had been violated but this holding was reversed on appeal. All other claims failed both at trial and before the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed. The new school funding and governance scheme is constitutional.

Under s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, the province has exclusive jurisdiction to legislate with respect to education, but it cannot prejudicially affect a right or privilege affecting denominational schools enjoyed by a particular class of person by law in effect at the time of Confederation. The animating principles of s. 93 are religious freedom and equitable treatment. The aspects approach is used to determine whether a right claimed is protected by s. 93. This approach recognizes that provinces may alter their education systems but prevents an expansion of the original purpose of s. 93. The rights guaranteed by s. 93 do not replicate the law of 1867 verbatim.

The *EQIA* does not prejudicially affect the right of separate schools to financial management and control. In Ontario, at the time of Confederation, the *Scott Act* gave separate school trustees the same powers and duties as common school trustees. These duties and powers, however, were subject to a broad power of regulation by the Chief Superintendent of Education for Upper Canada and the Council of Public Instruction for Upper Canada. The province's regulatory power has long been enforced by the courts and the fact that it may

culturels des conseils scolaires de langue française. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut révoquer le contrôle d'un conseil par le Ministère.

En Ontario, les droits en matière d'éducation confessionnelle prévus par la loi en 1867 sont protégés par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les deux groupes d'appellants prétendent que le nouveau modèle de financement et de gestion porte atteinte au par. 93(1) parce qu'il entrave le droit au contrôle local de la taxation foncière à des fins éducatives et le droit au contrôle local du financement et de la gestion des écoles qu'ils revendiquent. Le second groupe fait aussi valoir que la *LAQÉ* porte atteinte à une convention constitutionnelle qui s'est développée dans ce domaine, et que la délégation du contrôle de l'établissement des taux de taxe scolaire au ministre des Finances viole les art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le premier groupe d'appellants a réussi en première instance à établir que les conseils des écoles séparées ont le droit de percevoir un impôt local et que ce droit a été violé. Cette conclusion a toutefois été infirmée en appel. Les demandeurs ont été déboutés à tous autres égards en première instance ainsi que devant la Cour d'appel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le nouveau modèle de financement et de gestion des écoles est constitutionnel.

Aux termes de l'art. 93 de *Loi constitutionnelle de 1867*, la province a compétence exclusive pour légiférer en matière d'éducation, mais elle ne peut préjudicier à un droit ou privilège relatif aux écoles confessionnelles que conférerait à une classe particulière de personnes une loi en vigueur lors de la Confédération. Les principes fondamentaux de l'art. 93 sont la liberté religieuse et le traitement équitable. On recourt à l'interprétation fondée sur les aspects pour déterminer si le droit revendiqué est protégé par l'art. 93. Une telle interprétation reconnaît aux provinces le droit de modifier leurs systèmes d'éducation, mais n'étend pas la portée originale de l'art. 93. Les droits garantis par l'art. 93 ne reprennent pas littéralement la loi telle qu'elle existait en 1867.

La *LAQÉ* ne porte pas atteinte au droit de gestion et de contrôle financiers des écoles séparées. En Ontario, lors de la Confédération, la *Loi Scott* attribuait aux syndics des écoles séparées les mêmes pouvoirs et obligations qu'aux syndics des écoles communes. Ces attributions étaient toutefois assujetties au vaste pouvoir du surintendant en chef de l'éducation et du conseil de l'instruction publique du Haut-Canada. Le pouvoir provincial de réglementation est reconnu depuis longtemps par les tribunaux et le fait qu'il n'ait pas été exercé n'est

have gone unexercised is irrelevant. The aspects approach to the guarantees of s. 93(1) allows Ontario to manage its denominational education system as it sees fit, so long as it does not prejudicially affect a denominational right or privilege or a non-denominational aspect necessary to deliver denominational elements of education. The *EQIA* affects only secular aspects of education and does not interfere with aspects of financial management and control necessary to provide denominational elements of education. It applies to all schools alike and impartially. As well, the power to take financial control of a board is not prejudicial interference with a right to financial management and control. The protections provided by ss. 257.52(1) and 257.40(5) of the amended *Education Act* meet the requirements of s. 93(1). Section 257.52(1) specifically forbids the Minister from interfering with the denominational aspects of a Roman Catholic school board, and whether such an interference has occurred can be reviewed by the courts, pursuant to s. 257.40(5). It should be noted also that provincial supervision of a school board cannot be for an indefinite period of time.

The *EQIA* does not prejudicially affect the right of separate schools to fair and equitable funding. The *Scott Act* explicitly conferred on separate boards a legal right to tax their supporters and local taxation was the dominant component of education funding in Ontario until the enactment of the *EQIA*. The right to tax, however, is not automatically protected by s. 93(1) simply because it existed in 1867. The ability to tax supporters is not a right or privilege "with respect to Denominational Schools" and s. 93(1) only protects the right to funding, not the specific mechanism through which funding is delivered. The *Scott Act* established local taxation and provincial grants as two funding mechanisms. The province is generally free to alter the funding allocation between these sources as it sees fit, provided that the source relied on delivers sufficient funds to operate a denominational education system equivalent to the public education system. Under the *EQIA*, local taxation remains, but the Minister of Finance now sets the applicable tax rates throughout the province. Provincial education grants are used to equalize education funding between school boards. The evidence indicates that the new model will benefit denominational boards. The new model treats separate schools in a like manner as public schools and imports a standard for fair and equitable funding. It also guarantees that minority language rights protected under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights*

pas pertinent. L'interprétation des garanties du par. 93(1) selon l'analyse des aspects permet à l'Ontario de gérer son système d'enseignement confessionnel comme il l'entend, pourvu qu'il ne porte pas atteinte à un droit ou privilège confessionnel ou à un aspect non confessionnel nécessaire à la prestation des éléments confessionnels de l'éducation. La *LAQÉ* ne touche qu'à des aspects laïques de l'éducation et ne porte pas atteinte aux aspects de la gestion et du contrôle financiers qui sont nécessaires à la prestation des éléments confessionnels de l'éducation. Elle s'applique impartialement à toutes les écoles. De plus, le pouvoir de prendre le contrôle des affaires financières des conseils ne porte pas atteinte au droit de gestion et de contrôle financiers. Les protections prévues aux par. 257.52(1) et 257.40(5) de la *Loi sur l'éducation*, dans sa version modifiée, répond aux exigences du par. 93(1). Le paragraphe 257.52(1) interdit expressément au ministre d'intervenir dans les aspects confessionnels des conseils scolaires catholiques et les tribunaux peuvent, en vertu du par. 257.40(5), déterminer s'il y a eu ingérence. Il convient de noter aussi que la supervision provinciale d'un conseil scolaire ne peut être exercée indéfiniment.

La *LAQÉ* ne porte pas atteinte au droit des écoles séparées à un financement juste et équitable. La *Loi Scott* confère expressément aux conseils des écoles séparées le droit reconnu par la loi d'imposer des taxes à leurs tenants, et les recettes perçues par taxation locale constituaient la part dominante du financement de l'éducation en Ontario jusqu'à l'adoption de la *LAQÉ*. Toutefois, le fait que le droit de taxation ait existé en 1867 ne signifie pas qu'il est automatiquement protégé par le par. 93(1). Le pouvoir de taxation n'est pas un droit ou privilège « relativement aux écoles confessionnelles »; le par. 93(1) protège seulement le droit au financement et non les mécanismes particuliers de ce financement. La *Loi Scott* prévoit deux mécanismes de financement : la taxation locale et les subventions provinciales. La province est généralement libre de modifier comme elle l'entend l'affectation de fonds entre ces sources, pourvu que la source retenue fournisse suffisamment de moyens pour faire fonctionner un système d'enseignement confessionnel équivalant au système d'enseignement public. En vertu de la *LAQÉ*, la taxation locale demeure, mais le ministre des Finances prescrit maintenant les taux des impôts applicables à l'échelle de la province. Les subventions scolaires provinciales servent à faire la péréquation du financement de l'éducation entre les conseils scolaires. Il ressort de la preuve que le nouveau modèle profitera aux conseils des écoles confessionnelles. Le nouveau modèle traite des écoles séparées et les écoles publiques de manière semblable et importe la norme de

and Freedoms will be respected by education funding in Ontario.

Since separate school boards have neither a right to independent taxation nor an absolute right to management or control, no such rights could possibly exist for public school boards. Subject to limited protection in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, they have no constitutional status. The *Scott Act* and the *Common Schools Act* use the public system as a benchmark for the rights of separate boards but s. 93(1) does not protect the design of the public school system. In addition, no constitutional convention protects the design of the public system or a right of school boards to levy and determine property taxes. Constitutional conventions relate to principles of responsible government, not to how a power is exercised. They ensure that the legal framework of the Constitution will operate in accordance with generally accepted principles, but there is no generally accepted principle in Canada as to the design of the public education system. Every province has a different design and Ontario's use of a particular design for an extended period of time reflects consistency in public policy. It does not announce the arrival of a new principle of responsible government. The recognition of a constitutional convention would be inconsistent with the plenary power over education given to the provinces by s. 93.

The *EQIA* meets the guarantee of "no taxation without representation" provided in s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. A delegation of the imposition of a tax is constitutional if express and unambiguous language is used in making the delegation. If the legislature expressly and clearly authorizes the imposition of a tax by a delegated body or individual, then the delegated authority is not being used to impose a completely new tax, but only to impose a tax that has been approved by the legislature. The *EQIA* clearly and unambiguously authorizes taxation within the enabling statute. It expressly authorizes the Minister of Finance to prescribe tax rates for school purposes. The delegation of the setting of the rate takes place within a detailed statutory framework that sets out the structure of the tax, the tax base, and the principles for its imposition. Property taxes for education purposes are *intra vires* the province. The delegation, therefore, is constitutional. Section

financement juste et équitable. Il garantit aussi que le financement scolaire en Ontario tiendra compte des droits à l'instruction dans la langue de la minorité protégés par l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Comme les conseils des écoles séparées n'ont ni un droit à une taxation indépendante, ni un droit absolu à la gestion ou au contrôle, les conseils des écoles publiques ne disposent pas non plus de tels droits. Sauf une protection limitée garantie par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ils n'ont aucun statut constitutionnel. La *Loi Scott* et la *Common Schools Act* emploient le système public comme référence pour les droits des conseils des écoles séparées, mais le par. 93(1) ne protège pas la forme du système des écoles publiques. De plus, aucune convention constitutionnelle ne protège la forme du système des écoles publiques ou le droit des conseils scolaires d'imposer et d'établir des taxes foncières. Les conventions constitutionnelles portent sur les principes du gouvernement responsable et non sur la façon dont est exercé un pouvoir particulier. Elles ont pour but de garantir que le fonctionnement du cadre juridique de la Constitution est conforme à des principes généralement acceptés, mais il n'existe pas de principe généralement accepté au Canada quant à la forme du système d'enseignement public. Chaque province a un système d'enseignement qui lui est propre et le fait que l'Ontario ait employé pendant longtemps une forme particulière reflète une cohérence dans la politique publique. Cela n'annonce pas la naissance d'un nouveau principe de gouvernement responsable. La reconnaissance d'une convention constitutionnelle serait incompatible avec la pleine compétence en matière d'éducation conférée aux provinces par l'art. 93.

La *LAQÉ* satisfait au principe « aucune taxation sans représentation » garanti par l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La délégation du pouvoir de taxation est constitutionnelle si elle est faite dans un langage explicite et non ambigu. Si la législature autorise expressément et clairement un organisme ou un particulier délégataire à imposer une taxe, l'autorité délégataire ne sert pas à imposer une taxe complètement nouvelle, mais uniquement à imposer une taxe qui a déjà été approuvée par la législature. La *LAQÉ* autorise de façon claire et non ambiguë dans la disposition habilitante la taxation. Elle autorise expressément le ministre des Finances à prescrire le taux des impôts scolaires. La délégation du pouvoir de déterminer le taux se situe dans un cadre législatif détaillé, qui précise la structure de la taxe, l'assiette fiscale et les principes de son imposition. Les taxes foncières à des fins scolaires sont dans les limites des pouvoirs de la province. La délégation est

54 of the *Constitution Act, 1867* was not relied upon nor is it relevant.

Cases Cited

Referred to: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76; *Hirsch v. Protestant School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Roman Catholic Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363; *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Reference Re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45; *Waldman v. Canada*, 7 IHRR 368 (2000); *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference Re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1; *Re Ottawa Separate Schools* (1917), 41 O.L.R. 259; *Ontario Public School Boards' Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624; *Reference Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference Re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *Executors of Will of Hon. Patrick Burns, deceased v. Minister of National Revenue*, [1947] S.C.R. 132; *Attorney-General v. Wilts United Dairies* (1921), 37 T.L.R. 884, aff'd (1922), 91 L.J.K.B. 897; *Gruen Watch Co. of Canada Ltd. v. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429; *Bulova Watch Co. v. Attorney-General of Canada*, [1951] O.R. 360; *The King v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117.

donc constitutionnelle. L'article 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas été invoqué et n'est pas pertinent.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76; *Hirsch c. Protestant School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200; *Roman Catholic Separate School Trustees c. The King*, [1928] A.C. 363; *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45; *Waldman c. Canada*, 7 IHRR 368 (2000); *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1; *Re Ottawa Separate Schools* (1917), 41 O.L.R. 259; *Ontario Public School Boards' Assn. c. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *Executors of Will of Hon. Patrick Burns, deceased c. Minister of National Revenue*, [1947] R.C.S. 132; *Attorney-General c. Wilts United Dairies* (1921), 37 T.L.R. 884, conf. par (1922), 91 L.J.K.B. 897; *Gruen Watch Co. of Canada Ltd. c. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429; *Bulova Watch Co. c. Attorney-General of Canada*, [1951] O.R. 360; *The King c. National Fish Co.*, [1931] R.C. de l'É. 75; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64, ss. 27, 79, 106(1), (7), (9), (10), (11), (12), (13), (17), 103 to 113, 114 to 125.
- Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5, ss. 7, 20, 26.
- Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6.
- Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3, s. 17 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20].
- Bill of Rights* (1688).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 23, 29.
- Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, c. 62.
- Constitution Act, 1867*, preamble, ss. 53, 54, 90, 92(2), 93, 93A.
- Constitution Act, 1982*, s. 45.
- Constitution Amendment, 1997 (Québec)*, SI/97-141.
- Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, SI/98-25.
- Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2 [am. 1997, c. 31], ss. 234(1), (2), (3), (14), Division B, 257.7, 257.12(1)(b), (3) to (5), 257.19, Part IX Division D, 257.30(1), (5), (6), 257.31, 257.33 to 257.49, 257.50, 257.52, Division E, Division F, 257.106, 257.107.
- Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31.
- Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, s. 22 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8].
- Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, s. 17 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 21].

Authors Cited

- Kelsey, Brian A. *An Educator's Guide to Funding and Governance*. Aurora, Ont.: Aurora Professional Press, 1999.
- Small, Joan. "Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?" (1995), 27 *Ottawa L. Rev.* 33.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 44 O.R. (3d) 7, 120 O.A.C. 116, 172 D.L.R. (4th) 193, dismissing appeals by the appellants and allowing an appeal by the respondent from a judgment of Cumming J. (1998), 162 D.L.R. (4th) 257, [1998] O.J. No. 2939 (QL), declaring the *Education Quality Improvement Act, 1997* unconstitutional in part and declaring the

Lois et règlements cités

- Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, ch. 64, art. 27, 79, 106(1), (7), (9), (10), (11), (12), (13), (17), 103 à 113, 114 à 125.
- Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5, art. 7, 20, 26.
- Bill of Rights* (1688).
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 23, 29.
- Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 62.
- Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 53, 54, 90, 92(2), 93, 93A.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 45.
- Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3, art. 22 [reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 8].
- Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31.
- Loi sur l'administration de la justice*, L.R.O. 1990, ch. A.6.
- Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3, art. 17 [reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 20].
- Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2 [mod. 1997, ch. 31], art. 234(1), (2), (3), (14), section B, 257.7, 257.12(1)(b), (3) à (5), 257.19, partie IX section D, 257.30(1), (5), (6), 257.31, 257.33 à 257.49, 257.50, 257.52, section E, section F, 257.106, 257.107.
- Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, ch. 42, art. 17 [reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 21].
- Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141.
- Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25.

Doctrine citée

- Kelsey, Brian A. *An Educator's Guide to Funding and Governance*. Aurora, Ont.: Aurora Professional Press, 1999.
- Small, Joan. "Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?" (1995), 27 *R.D. Ottawa* 33.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 44 O.R. (3d) 7, 120 O.A.C. 116, 172 D.L.R. (4th) 193, qui a rejeté les appels des appelants et accueilli l'appel de l'intimé contre un jugement du juge Cumming (1998), 162 D.L.R. (4th) 257, [1998] O.J. No. 2939 (QL), qui avait déclaré la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation* inconstitutionnelle en par-

Education Act of no force and effect in part. Appeal dismissed.

Paul J. J. Cavalluzzo and Fay C. Faraday, for the appellants the Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross and Annemarie Ross.

Brian A. Kelsey, Q.C., Maurice A. Green, Michael A. Hines and Elizabeth J. Shilton, for the appellants the Ontario Public School Boards' Association, the Toronto District School Board, the Ontario Secondary School Teachers' Federation, the Elementary Teachers' Federation of Ontario, Joleene Kemp, David Edwards and Robert Churchill.

Janet E. Minor, Robert E. Charney, and Michel Y. Hélie, for the respondent.

Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Eugene B. Szach and Denis Guénette, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Timothy Leadem, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Peter D. Lauwers, for the intervener the Ontario Catholic School Trustees' Association.

Paul S. Rouleau, for the interveners the Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques and the Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario.

James E. Redmond, Q.C., and K. P. Feehan, for the interveners the Alberta Catholic School Trustees' Association, the Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando.

Robert G. Richards, Q.C., for the interveners the Boards of Education of Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94,

tie et déclaré la *Loi sur l'éducation* inopérante en partie. Pourvoi rejeté.

Paul J. J. Cavalluzzo et Fay C. Faraday, pour les appelants Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross et Annemarie Ross.

Brian A. Kelsey, c.r., Maurice A. Green, Michael A. Hines et Elizabeth J. Shilton, pour les appelants Ontario Public School Boards' Association, Toronto District School Board, Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, Fédération des enseignantes et enseignants de l'Ontario, Joleene Kemp, David Edwards et Robert Churchill.

Janet E. Minor, Robert E. Charney et Michel Y. Hélie, pour l'intimé.

Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Eugene B. Szach et Denis Guénette, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Timothy Leadem, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert C. Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Peter D. Lauwers, pour l'intervenante Ontario Catholic School Trustees' Association.

Paul S. Rouleau, pour les intervenantes l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario.

James E. Redmond, c.r., et K. P. Feehan, pour les intervenants Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando.

Robert G. Richards, c.r., pour les intervenants Boards of Education of Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94,

Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, and Estevan School Division No. 95.

Dale Gibson, for the interveners the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — In many countries, education issues are matters of public policy, to be decided by democratic debate. In Canada, we are in the rather unusual position of having certain education rights constitutionally entrenched in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. This state of affairs is the product of our history, stemming from what this Court has referred to as “a solemn pact resulting from the bargaining which made Confederation possible”: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1173, *per* Wilson J.

This appeal again raises the scope and content of the rights protected under s. 93 in light of recent legislation passed by the legislature of Ontario. Before dealing with the issues in this appeal, it may be helpful to put this case in a wider context.

I. Background

A. *General*

Section 93 of the *Constitution Act, 1867* gives effect to the historic compromise that was reached regarding education in Canada. It confers on the provincial legislatures the plenary power to enact laws in relation to education, subject to the rights of denominational schools. Denominational education rights are protected primarily by s. 93(1), the provision at issue in this appeal. Section 93(1) reads:

Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, et Estevan School Division No. 95.

Dale Gibson, pour les intervenants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Dans nombre de pays, les questions relatives à l'éducation sont des questions d'ordre public, qui sont tranchées lors de débats démocratiques. Au Canada, nous nous trouvons dans une situation plutôt inhabituelle, où certains droits en matière d'éducation sont constitutionnalisés par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette situation tient à notre histoire et découle de ce que notre Cour décrit comme « un pacte solennel résultant des négociations qui ont rendu possible la Confédération » : *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, p. 1173, le juge Wilson.

Le pourvoi soulève encore une fois la question de la portée et du contenu des droits protégés par l'art. 93 à la suite de l'adoption récente d'une loi par la législature de l'Ontario. Avant d'examiner les questions en litige, il peut être utile de situer la présente affaire dans un contexte plus large.

I. Contexte

A. *Contexte général*

L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* traduit dans les faits le compromis historique auquel le Canada est parvenu en matière d'éducation au Canada. Il confère aux législatures provinciales pleine compétence pour légiférer sur l'éducation, sous réserve des droits des écoles confessionnelles. Les droits en matière d'éducation confessionnelle sont principalement protégés par le par. 93(1), disposition visée par le pourvoi :

93. In and for each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Education, subject and according to the following Provisions: —

(1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any Right or Privilege with respect to Denominational Schools which any Class of Persons have by Law in the Province at the Union:

When the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was drafted in the early 1980s, the rights protected by s. 93 were specifically preserved. Section 29 of the *Charter* reads:

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

4 Section 93 applies directly to Ontario, Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island, and British Columbia. However, only Ontario had denominational education rights conferred “by law” at the relevant time, and so the guarantees provided by s. 93(1) are of no importance in Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island, and British Columbia. A modified version of s. 93 applies to the western provinces of Manitoba, Saskatchewan and Alberta: s. 22 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3; s. 17 of the *Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42*, and s. 17 of the *Alberta Act, S.C. 1905, c. 3*. As a result of recent constitutional amendments, Quebec and Newfoundland have new constitutional frameworks for education rights. Quebec has removed the protection of denominational education rights altogether, by amending the Constitution so that ss. 93(1) through (4) no longer apply to Quebec: *Constitution Amendment, 1997 (Québec)*, SI/97-141; s. 93A of the *Constitution Act, 1867*. Newfoundland no longer has denominational schools, but instead guarantees the provision of courses in religion that are not specific to a religious denomination and guarantees that religious observances shall be permitted in a public school where requested by parents: *Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, SI/98-25.

93. Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes :

(1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles;

La *Charte canadienne des droits et libertés* qui a été rédigée au début des années 80 maintient expressément les droits protégés par l'art. 93. Son article 29 est ainsi libellé :

29. Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

L'article 93 s'applique directement à l'Ontario, à la Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et à la Colombie-Britannique. Toutefois, c'est seulement en Ontario que des droits en matière d'éducation confessionnelle avaient été conférés « par la loi » à l'époque visée, de sorte que les garanties prévues au par. 93(1) n'ont aucune importance en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Colombie-Britannique. Une version modifiée de l'art. 93 s'applique au Manitoba, à la Saskatchewan et à l'Alberta : l'art. 22 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3; l'art. 17 de la *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, ch. 42, et l'art. 17 de la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3. Par suite de récentes modifications constitutionnelles, le Québec et Terre-Neuve ont de nouveaux cadres constitutionnels pour les droits scolaires. Le Québec a complètement retiré la protection des droits en matière d'éducation confessionnelle, en modifiant la Constitution de telle sorte que les par. 93(1) à (4) ne s'y appliquent plus : *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141; art. 93A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Terre-Neuve n'a plus d'écoles confessionnelles, mais elle garantit par contre un enseignement religieux qui ne vise pas une religion en particulier et garantit que les observances religieuses sont autorisées dans les écoles publiques à la demande des parents : *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25.

The rights protected by s. 93, or its equivalent in certain provinces, have been the source of considerable litigation throughout our country's history, both domestically and, more recently, internationally. See, e.g., *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445 (P.C.); *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202 (P.C.); *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62 (P.C.); *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76 (P.C.); *Hirsch v. Protestant School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 (P.C.); *Roman Catholic Separate School Trustees v. The King*, [1928] A.C. 363 (P.C.); *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575; *Reference Re Bill 30, supra*; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377 (“G.M.P.S.B.”); *Reference Re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511 (“Quebec Education Reference”); *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45, (“Alberta Public Schools”); and, *Waldman v. Canada*, 7 IHRR 368 (2000).

B. *The Background of this Appeal*

In 1997, the Ontario government, represented on this appeal by the respondent Attorney General for Ontario, passed Bill 160, the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31 (“EQIA”). The EQIA amended the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, to create a new governance and funding model for all school boards in Ontario, including both public and separate (denominational) boards. To address a disparity of revenues between school boards, both between urban and rural boards and between separate and public boards, the EQIA allocates funds on a per-pupil basis. It also removes the ability of school boards to set property tax rates for education purposes, and centralizes this taxation power in the hands of the Minister of Finance. At the same time, the EQIA limits the power of school boards to control their budgets and expenditures, although

Les droits protégés par l’art. 93, ou par une disposition législative équivalente dans certaines provinces, ont donné lieu à un nombre considérable de litiges tout au long de l’histoire de notre pays, tant au plan interne qu’au plan international tout récemment. Voir, par ex., *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445 (C.P.); *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202 (C.P.); *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62 (C.P.); *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation*, [1917] A.C. 76 (C.P.); *Hirsch c. Protestant School Commissioners of Montreal*, [1928] A.C. 200 (C.P.); *Roman Catholic Separate School Trustees c. The King*, [1928] A.C. 363 (C.P.); *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575; *Renvoi relatif au projet de loi 30, précité*; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377 (« G.M.C.É.P. »); *Renvoi relatif à la Loi sur l’instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Ontario Home Builders’ Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Public School Boards’ Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45, et *Waldman c. Canada*, 7 IHRR 368 (2000).

B. *Le contexte du pourvoi*

En 1997, le gouvernement de l’Ontario, représenté en l’espèce par le procureur général de l’Ontario intimé, a adopté le projet de loi 160, la *Loi de 1997 sur l’amélioration de la qualité de l’éducation*, L.O. 1997, ch. 31 (« LAQÉ »). La LAQÉ modifie la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, afin de créer un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de l’Ontario, y compris les conseils des écoles publiques et les conseils des écoles séparées (confessionnelles). Pour résoudre le problème de l’inégalité de la répartition des ressources entre les conseils scolaires, tant entre les conseils urbains et les conseils ruraux qu’entre les conseils des écoles publiques et les conseils des écoles séparées, la LAQÉ affecte des fonds selon le nombre d’élèves inscrits. Elle retire aussi aux conseils scolaires le pouvoir d’établir des taux d’impôt foncier à des

it guarantees local control over denominational expenditures. Finally, the *EQIA* allows the Minister of Education and Training to take control of a school board temporarily if financial problems arise, again subject to certain protections, which are set out below.

7

Two challenges to the constitutionality of the *EQIA* were initiated in the Ontario Court (General Division) and were heard together. One challenge was brought by separate school supporters through the Ontario English Catholic Teachers' Association group of appellants ("OECTA appellants"), the other by public school supporters through the Ontario Public School Boards' Association group of appellants ("OPSBA appellants"). The OECTA represents over 30,000 separate school teachers in the province, while the OPSBA represents over 90 Ontario public school boards. Other organizations in the OPSBA group of appellants are the Ontario Secondary School Teachers' Federation, representing over 35,000 public secondary school teachers in the province, the Elementary Teachers' Federation of Ontario, representing over 60,000 public elementary school teachers and education workers, and the Toronto District School Board.

8

Both groups of appellants argue that the new funding and governance model violates s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* because it interferes with claimed rights to local control over property taxation for education purposes and to local control over school finances and management. The OPSBA appellants further argue that the *EQIA* violates a constitutional convention that has developed regarding such matters, and that the delegation of control over the setting of education tax rates to the Minister of Finance violates ss. 53 and

fins éducatives pour le centraliser entre les mains du ministre des Finances. Elle limite en même temps le pouvoir des conseils scolaires de contrôler leurs budgets et leurs dépenses, tout en garantissant le contrôle local des dépenses pour les aspects confessionnels. Enfin, elle autorise le ministre de l'Éducation et de la Formation à prendre temporairement sous son contrôle un conseil scolaire qui a des problèmes financiers, toujours sous réserve de certaines protections, qui seront définies plus loin.

Deux contestations de la constitutionnalité de la *LAQÉ* ont été engagées devant la Cour de l'Ontario (Division générale) et entendues en même temps. L'une a été présentée par des tenants des écoles séparées par l'intermédiaire du groupe d'appellants de l'Ontario English Catholic Teachers' Association (« appellants OECTA »), l'autre par les tenants des écoles publiques par l'intermédiaire du groupe d'appellants de l'Ontario Public School Boards' Association (« appellants OPSBA »). L'OECTA représente plus de 30 000 enseignants des écoles séparées dans la province, tandis que l'OPSBA représente plus de 90 conseils des écoles publiques de l'Ontario. Font aussi partie des appellants OPSBA la Fédération des enseignantes-enseignants des écoles secondaires de l'Ontario, qui représente plus de 35 000 enseignants des écoles secondaires publiques de la province, la Fédération des enseignantes et enseignants de l'élémentaire de l'Ontario, qui représente plus de 60 000 enseignants et autres intervenants du monde de l'éducation des écoles élémentaires publiques, et le Toronto District School Board.

Les deux groupes d'appellants prétendent que le nouveau modèle de financement et de gestion porte atteinte au par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'il entrave le droit au contrôle local de la taxation foncière à des fins éducatives et le droit au contrôle local du financement et de la gestion des écoles qu'ils revendiquent. Les appellants OPSBA font aussi valoir que la *LAQÉ* porte atteinte à une convention constitutionnelle qui s'est développée en ce domaine, et que la délégation du contrôle de l'établissement des taux de

54 of the *Constitution Act, 1867*. These sections require, in part, that bills imposing a tax must originate in the House of Commons, and they apply to provincial legislatures by virtue of s. 90 of the *Constitution Act, 1867*.

The Catholic community in Ontario is apparently divided as to the constitutional validity of the *EQIA*. The intervener Ontario Catholic School Trustees' Association ("OCSTA") represents 29 English-language separate school boards in the province. The intervener Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques represents French-language separate school trustees. Both of these interveners support the respondent's position that the *EQIA* is constitutionally valid. While there are also differences amongst public school supporters on this issue, the only non-governmental intervener supporting the respondent is the Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, representing French-language public school trustees in Ontario.

The OECTA appellants succeeded at trial in establishing a right of separate school boards to local taxation for education purposes, and in establishing that this right had been violated by the *EQIA*. However, this holding was reversed on appeal. All other claims failed both at trial and before the Ontario Court of Appeal.

II. An Overview of Relevant Constitutional and Legislative Provisions

Section 93(1) of the *Constitution Act, 1867* protects only those denominational education rights provided by law as of 1867. In Ontario, these rights were primarily conferred by *An Act to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights in respect to Separate Schools*, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., c. 5 ("Scott Act"), the last statute pertaining to separate schools enacted in Ontario prior to Confederation, and *An Act respecting Common Schools in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, c. 64 ("Common Schools Act"). Section 7 of

taxe scolaire au ministre des Finances viole les art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces articles prescrivent en partie que les projets de loi imposant une taxe doivent émaner de la Chambre des communes et ils sont applicables aux législatures provinciales par l'effet de l'art. 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le milieu catholique ontarien est apparemment divisé sur la question de la constitutionnalité de la *LAQÉ*. L'intervenante Ontario Catholic School Trustees' Association (« OCSTA ») représente 29 conseils d'écoles séparées de langue anglaise dans la province. L'intervenante Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques représente les syndicats d'écoles séparées de langue française. Ces intervenantes appuient toutes deux la position de l'intimé quant à la constitutionnalité de la *LAQÉ*. Même s'il y a aussi des divergences dans le camp des tenants des écoles publiques sur cette question, le seul intervenant non gouvernemental à appuyer l'intimé est l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario, laquelle représente les syndicats des écoles publiques de langue française en Ontario.

Les appellants OECTA ont réussi en première instance à établir que les conseils des écoles séparées ont le droit de percevoir un impôt local à des fins éducatives et que la *LAQÉ* porte atteinte à ce droit. Cette conclusion a toutefois été infirmée en appel. Les demandeurs ont été déboutés à tous autres égards en première instance ainsi que devant la Cour d'appel de l'Ontario.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne protège que les droits en matière d'éducation confessionnelle prévus par la loi en 1867. En Ontario, ces droits étaient principalement conférés par l'Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées, S. Prov. C. 1863, 26 Vict., ch. 5 (« Loi Scott »), dernière loi concernant les écoles séparées adoptée en Ontario avant la Confédération, et par la loi intitulée *An Act respecting Common Schools in Upper*

9

10

11

the *Scott Act* empowered separate school trustees to tax their supporters and gave separate school trustees the same powers as public school trustees:

7. The Trustees of Separate Schools forming a body corporate under this Act, shall have the power to impose, levy and collect School rates or subscriptions, upon and from persons sending children to, or subscribing towards the support of such Schools, and shall have all the powers in respect of Separate Schools, that the Trustees of Common Schools have and possess under the provisions of the Act relating to Common Schools.

Section 20 entitled separate schools to a share of provincial education grants:

20. Every Separate School shall be entitled to a share in the fund annually granted by the Legislature of this Province for the support of Common Schools, and shall be entitled also to a share in all other public grants, investments and allotments for Common School purposes now made or hereafter to be made by the Province or the Municipal authorities, according to the average number of pupils attending such school during the twelve next preceding months, or during the number of months which may have elapsed from the establishment of a new Separate School, as compared with the whole average number of pupils attending School in the same City, Town, Village or Township.

Section 26 subjected separate schools to provincial regulation:

26. The Roman Catholic Separate Schools, (with their Registers), shall be subject to such inspection, as may be directed from time to time, by the Chief Superintendent of Education, and shall be subject also, to such regulations, as may be imposed, from time to time, by the Council of Public Instruction for Upper Canada.

The relevant provisions of the *Common Schools Act* affirmed that school boards and municipal governments had the ability, and indeed were required, to raise funds for education purposes through local taxation at the time of Confederation: ss. 27(10), 79(12), 123 and 124. Trustees were also given considerable scope to manage the local education system: ss. 27 and 79. However, the *Common Schools Act* also established two cen-

Canada, C.S.U.C. 1859, ch. 64 (« *Common Schools Act* »). L'article 7 de la *Loi Scott* habilitait les syndics des écoles séparées à imposer des taxes à leurs tenants et leur conférait les mêmes pouvoirs que ceux des syndics des écoles publiques :

7. Les syndics des écoles séparées, constitués en corporation en vertu de cet acte, auront les mêmes pouvoirs d'imposer, de prélever et de percevoir des taxes d'école ou souscriptions sur les personnes qui enverront leurs enfants aux écoles séparées ou qui souscriront pour leur soutien, et tous les autres pouvoirs à l'égard de ces écoles séparées, que les syndics des écoles communes ont et possèdent en vertu des dispositions de l'acte concernant les écoles communes.

L'article 20 donnait aux écoles séparées le droit de recevoir une partie des subventions scolaires provinciales :

20. Chaque école séparée aura droit à une part du fonds octroyé annuellement par la législature de cette province pour le soutien des écoles communes, et aura aussi droit à une part dans tous les autres octrois publics, placements et allocations votés ou qui le seront à l'avenir pour les fins d'écoles communes par la province ou les autorités municipales, selon la moyenne du nombre des élèves fréquentant telle école les douze mois précédents, ou pendant le nombre de mois écoulés depuis l'établissement d'une nouvelle école séparée, telle que comparée avec la moyenne du nombre total d'élèves fréquentant les écoles dans la même cité, ville, village ou township.

L'article 26 assujettissait les écoles séparées à la réglementation provinciale :

26. Les écoles catholiques romaines séparées (ainsi que leurs registres) seront sujettes à telle inspection qui pourra de temps à autres être ordonnée par le surintendant en chef de l'éducation, et seront aussi soumises aux règlements qui pourront être imposés de temps à autre par le conseil de l'instruction publique du Haut-Canada.

Les dispositions pertinentes de la *Common Schools Act* prévoyaient que les conseils scolaires et les administrations municipales avaient le pouvoir, et même l'obligation, de prélever des sommes à des fins éducatives au moyen d'un impôt local à l'époque de la Confédération : par. 27(10) et 79(12) et art. 123 et 124. Les syndics disposaient aussi d'un important pouvoir de gestion du système d'éducation local : art. 27 et 79. Toutefois, la

tral education authorities and set out their powers: the Chief Superintendent of Education for Upper Canada (ss. 103 to 113) and the Council of Public Instruction for Upper Canada (ss. 114 to 125). The provisions of the *Common Schools Act* will be examined in greater detail below.

The amendments made to Ontario's *Education Act* by the *EQIA* are lengthy and complex. I will refer only to those sections necessary to understand the central issues of this appeal. Part IX of the new *Education Act* is entitled "Finance" and contains most of the contested provisions. The new funding model provides five sources from which school boards can derive revenue (see Brian A. Kelsey, *An Educator's Guide to Funding and Governance* (1999), at p. 118):

- (i) residential property tax revenue from their own school supporters;
- (ii) business property tax revenue shared between coterminous boards on the basis of student enrolment;
- (iii) provincial grants, which equalize board disparities in revenues;
- (iv) education development charges; and
- (v) other sources, such as tuition fees from non-residents and the rental, lease or sale of surplus properties.

With regard to education taxes, s. 257.106 of the new *Education Act* declares inoperative the previous ability of all school boards in the province to raise funds through local taxation. Pursuant to s. 257.7, property tax rates are still levied for school purposes and collected by municipalities. However, s. 257.12(1)(b) now empowers the Minister of Finance to make regulations "prescribing the tax rates for school purposes for the purposes of section 257.7". The prescribed rate may vary among municipalities and properties within a municipality: see ss. 257.12(3) to (5). Residential taxpayers continue to designate their education taxes for either the public or separate system,

Common Schools Act établissait aussi deux autorités scolaires centrales ainsi que leurs pouvoirs respectifs : le surintendant en chef de l'éducation du Haut-Canada (art. 103 à 113) et le conseil de l'instruction publique du Haut-Canada (art. 114 à 125). Les dispositions de la *Common Schools Act* seront examinées de façon plus détaillée ci-après.

Les modifications apportées à la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario par la *LAQÉ* sont vastes et complexes. Je ne mentionnerai que les dispositions qui sont nécessaires à la compréhension des points essentiels du pourvoi. La partie IX de la nouvelle *Loi sur l'éducation* est intitulée « Finances » et elle contient la plupart des dispositions attaquées. Le nouveau modèle de financement prévoit cinq sources de recettes pour les conseils scolaires (voir Brian A. Kelsey, *An Educator's Guide to Funding and Governance* (1999), p. 118) :

[TRADUCTION]

- (i) recettes de l'impôt foncier résidentiel prélevé sur les tenants de leurs écoles;
- (ii) recettes de l'impôt foncier commercial partagées entre conseils voisins en fonction du taux d'inscription scolaire;
- (iii) subventions provinciales, qui compensent les disparités de recettes entre les divers conseils;
- (iv) frais d'assistance pédagogique; et
- (v) autres sources, comme les droits de scolarité exigés des non-résidents, et la location ou la vente de biens excédentaires.

En ce qui a trait aux impôts scolaires, l'art. 257.106 de la nouvelle *Loi sur l'éducation* déclare inopérant le pouvoir dont disposaient auparavant tous les conseils scolaires de la province de prélever des recettes au moyen d'un impôt local. En vertu de l'art. 257.7, les municipalités prélèvent et perçoivent encore les impôts scolaires au taux prescrit. Toutefois, en vertu de l'al. 257.12(1)b), le ministre des Finances peut maintenant, par règlement, « prescrire le taux des impôts scolaires à prélever pour l'application de l'article 257.7 ». Le taux prescrit peut varier entre les diverses municipalités et à l'égard des divers biens dans une municipalité : voir par. 257.12(3) à (5). Les contri-

meaning that the denominational tax base has not been altered by the *EQIA*.

14 Turning to education grants, we see that s. 234(1) of the new *Education Act* empowers the Lieutenant Governor in Council to “make regulations governing the making of grants for educational purposes from money appropriated by the Legislature”. Of particular constitutional importance, subss. (2) and (3) of s. 234 restrict the exercise of this power. These provisions read:

234. . . .

(2) Regulations made under subsection (1) shall ensure that the legislation and regulations governing education funding operate in a fair and non-discriminatory manner,

- (a) as between English-language public boards and English-language Roman Catholic boards; and
- (b) as between French-language public district school boards and French-language separate district school boards.

(3) Regulations made under subsection (1) shall ensure that the legislation and regulations governing education funding operate so as to respect the rights given by section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

15 It should be recalled that s. 23 of the *Charter* protects minority language education rights in Canada. See *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference Re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; and *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1. The appellants have not raised any arguments with respect to the guarantees provided by s. 23, and there has been no suggestion that the *EQIA* violates s. 23. As a result, this appeal deals only with denominational rights under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, and nothing stated herein is intended to affect s. 23 rights.

16 The guarantees provided in ss. 234(2) and (3) apply not only to grants made under s. 234(1), but

buables résidentiels continuent à désigner le système, public ou séparé, auquel ils veulent que leurs impôts scolaires soient affectés, ce qui signifie que l’assiette fiscale confessionnelle n’a pas été modifiée par la *LAQÉ*.

En ce qui a trait aux subventions à des fins éducatives, en vertu du par. 234(1) de la nouvelle *Loi sur l’éducation*, le lieutenant-gouverneur en conseil « peut, par règlement, régir l’octroi de subventions à des fins éducatives sur les crédits votés par la Législature ». Les paragraphes 234(2) et (3), et c’est un élément d’une importance particulière sur le plan constitutionnel, limitent l’exercice de ce pouvoir. Ces dispositions sont ainsi libellées :

234. . . .

(2) Les règlements pris en application du paragraphe (1) font en sorte que les lois et règlements régissant le financement de l’éducation s’appliquent de façon équitable et non discriminatoire :

- a) entre les conseils publics de langue anglaise et les conseils catholiques de langue anglaise;
- b) entre les conseils scolaires de district publics de langue française et les conseils scolaires de district séparés de langue française.

(3) Les règlements pris en application du paragraphe (1) font en sorte que les lois et règlements régissant le financement de l’éducation s’appliquent de façon à respecter les droits que confère l’article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il y a lieu de rappeler que l’art. 23 de la *Charte* protège les droits à l’instruction dans la langue de la minorité. Voir *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; et *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1. Les appelantes n’ont soulevé aucun argument à l’égard des garanties prévues à l’art. 23, ni laissé entendre que la *LAQÉ* porte atteinte à l’art. 23. Par conséquent, le pourvoi ne porte que sur les droits confessionnels protégés par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et aucun élément du présent pourvoi ne vise les droits garantis par l’art. 23.

Les garanties prévues aux par. 234(2) et (3) ne s’appliquent pas uniquement aux subventions

also to revenue available to a school board from tax rates levied under Division B of Part IX of the *Education Act* (“Education Taxes”) and education development charges under Division E of Part IX of the *Education Act* (“Education Development Charges”): s. 234(14). Furthermore, s. 257.107 requires that a committee be struck to report by December 31, 2003 on whether “the legislation and regulations governing education funding meet the standard set out in subsection 234 (2) of the *Education Act*”.

The grants themselves consist of foundation grants, special purpose grants, and pupil accommodation grants. Foundation grants are allocated on a per-pupil basis and are intended to cover the basic cost of providing an educational program for one school year (see Kelsey, *supra*, at pp. 138-40). The per-pupil funding rate is the same for all school boards, although it is higher for secondary students than for elementary students. Special purpose grants are allocated for a wide range of particular needs, including special education, language needs, small or remote school needs, adult education, teacher compensation, transportation, administration and governance, early learning, and debt charges (see Kelsey, *supra*, at pp. 140-51). Pupil accommodation grants are essentially focussed on funding infrastructure needs, including school operation and renewal, new pupil places, and capital debt servicing. All grants are designated for either classroom or non-classroom spending. Funds designated for non-classroom spending can be re-allocated for classroom spending categories, but funds designated as classroom spending, as well as certain special purpose grants, cannot be re-assigned. The new funding model also determines the total annual funding a school board is

octroyées en vertu du par. 234(1), mais aussi aux recettes que peuvent obtenir les conseils scolaires des impôts prélevés sous le régime de la section B de la partie IX de la *Loi sur l'éducation* (« impôts scolaires ») et des redevances d'aménagement scolaires imposées sous le régime de la section E de la partie IX de la *Loi sur l'éducation* (« redevances d'aménagement scolaires »): par. 234(14). De plus, l'art. 257.107 prescrit la constitution d'un comité, dont le rapport doit être présenté au plus tard le 31 décembre 2003, chargé d'examiner « si les lois et règlements qui régissent le financement de l'éducation répondent à la norme énoncée au paragraphe 234 (2) de la *Loi sur l'éducation* ».

Les subventions se divisent en subventions de base, en subventions à des fins particulières et en subventions pour les installations destinées aux élèves. Les subventions de base sont attribuées en fonction du nombre d'élèves inscrits et visent à couvrir le coût de base de la mise en œuvre d'un programme d'éducation pour une année scolaire (voir Kelsey, *op. cit.*, p. 138-140). Le taux de financement par élève est le même pour tous les conseils scolaires, même s'il est plus élevé pour les élèves des écoles secondaires que pour ceux des écoles élémentaires. Les subventions à des fins particulières sont affectées à une vaste gamme de besoins particuliers, y compris l'enseignement aux élèves en difficulté, les besoins en matière d'enseignement des langues, les besoins particuliers des écoles éloignées ou de petite taille, l'enseignement aux adultes, la rémunération des enseignants, le transport, l'administration et la gestion, l'éducation préscolaire et les frais de la dette (voir Kelsey, *op. cit.*, p. 140-151). Les subventions pour les installations destinées aux élèves visent essentiellement à financer les besoins en infrastructure, y compris les coûts de fonctionnement et de réfection des écoles, les nouvelles places d'élèves et le service de la dette d'établissement. Toutes les subventions se rangent sous l'une ou l'autre des rubriques de dépenses liées ou dépenses non liées à la salle de classe. Les fonds destinés à ces dernières peuvent être réaffectés aux dépenses liées à la salle de classe. Toutefois les fonds désignés comme dépenses liées à la salle de classe et certaines subventions à des fins particulières ne peu-

to receive, thereby providing a ceiling on board expenditures for the year.

vent être réaffectés. Le nouveau modèle de financement détermine aussi le financement annuel total qu'un conseil scolaire peut recevoir, établissant ainsi un plafond des dépenses de ce conseil pour l'année.

18 Division D of Part IX of the new *Education Act* provides for the supervision of school boards' financial affairs by the provincial Ministry of Education and Training. Under s. 257.30(1), the Minister of Education and Training may direct an investigation of the financial affairs of a board if: (a) the board has a deficit for a fiscal year; (b) the board fails to pay certain debentures, debt instruments or interest due; (c) the board fails to pay any other debts or liabilities when due and the default is occasioned from financial difficulties affecting the board; or (d) if "the Minister has concerns about the board's ability to meet its financial obligations". The investigator reports to the Minister (s. 257.30(5)), but "may not recommend that control and charge over the administration of the affairs of the board be vested in the Ministry unless the investigation discloses evidence of financial default or probable financial default, of a deficit or a probable deficit or of serious financial mismanagement" (s. 257.30(6)). After reviewing the investigator's report, the Minister may "give any directions to the board that he or she considers advisable" or may advise the Lieutenant Governor in Council to vest financial control of the board with the Ministry: s. 257.31. If the Lieutenant Governor in Council acts on this recommendation, the Minister assumes full control over the board: ss. 257.33 to 257.49.

La section D de la partie IX de la nouvelle *Loi sur l'éducation* prévoit le contrôle des affaires financières des conseils par le ministère de l'Éducation et de la Formation. En vertu du par. 257.30(1), le ministre de l'Éducation et de la Formation peut ordonner la tenue d'une enquête sur les affaires financières d'un conseil si, selon le cas : a) celui-ci a un déficit pour un exercice donné; b) il n'a pas, à leur échéance, remboursé certains instruments ou débetures, ou n'a pas versé les intérêts sur eux; c) il n'a pas, à son échéance, acquitté une autre dette en raison de difficultés financières; d) « le ministre n'est pas sûr que le conseil puisse faire face à ses obligations financières ». L'enquêteur remet un rapport au ministre (par. 257.30(5)), mais il « ne peut recommander d'investir le ministère du contrôle de l'administration des affaires du conseil que si son enquête révèle des preuves d'un manquement effectif ou probable à des obligations financières, d'un déficit effectif ou probable ou d'une mauvaise gestion financière grave » (par. 257.30(6)). À la suite de l'examen du rapport de l'enquêteur, le ministre peut « donner au conseil les directives qu'il estime souhaitables en ce qui concerne ses affaires financières » ou conseiller au lieutenant-gouverneur en conseil d'investir le Ministère du contrôle de l'administration des affaires financières du conseil : art. 257.31. Si le lieutenant-gouverneur en conseil donne suite à cette recommandation, le ministre assume le plein contrôle du conseil : art. 257.33 à 257.49.

19 This power is also subject to important limitations. Most significantly, the Minister cannot interfere with: "(a) the denominational aspects of a Roman Catholic board; (b) the denominational aspects of a Protestant separate school board; or (c) the linguistic or cultural aspects of a French-language district school board": s. 257.52. Although the government has attempted to shield the exercise of the Minister's Division D powers

Ce pouvoir est aussi assujéti à d'importantes restrictions. En particulier, le ministre ne peut intervenir dans les aspects suivants : « a) les aspects confessionnels des conseils catholiques; b) les aspects confessionnels des conseils d'écoles séparées protestantes; ou c) les aspects linguistiques ou culturels des conseils scolaires de district de langue française » : art. 257.52. Même si le gouvernement a tenté de soustraire au contrôle

from judicial scrutiny by enacting a privative clause (s. 257.40), an exception is provided in s. 257.40(5) for the review of decisions impacting the guarantees in s. 257.52. A further limitation on the exercise of Division D powers is provided by s. 257.50, which requires the Lieutenant Governor in Council to revoke the Minister's control over a board if "the Lieutenant Governor in Council is of the opinion that the affairs of a board no longer need to be administered under [Division D]" or if the board no longer has a deficit.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 257

In extensive and lucid reasons, Cumming J. held that the *EQIA* did not interfere with separate schools' right to management and control. Although he concluded at p. 283 that "[i]nherent to the right of a separate school system is the right of management and control", he also noted that the *Scott Act* imposed limitations upon the independent management of separate schools, primarily by subjecting separate schools to regulations imposed by a central education authority. Furthermore, s. 93(1) primarily protects denominational rights. Cumming J. therefore concluded at p. 286 that:

... there is not otherwise any evidence of any prejudicial effect on a *denominational* right because of the strictures upon the powers of management imposed by *Bill 160* . . . The prescriptive elements of the new funding model will direct board spending to a considerable degree. However, there is nothing to suggest that Catholic boards will be prevented from taking denominational matters into account in all aspects of their operations, such as teacher hiring, curriculum, programs and in respect of capital facilities. [Emphasis in original.]

With regard to a right to tax, Cumming J. held that s. 7 of the *Scott Act* guaranteed separate school boards the right to levy taxes upon separate school supporters to meet expenditure needs. He concluded at p. 297 that the particular form of such a tax is not essential, but that "the *independent* right

judiciaire l'exercice des pouvoirs conférés au ministre sous le régime de la section D en adoptant une clause privative (art. 257.40), une exception est prévue au par. 257.40(5) pour la révision des décisions ayant une incidence sur les garanties de l'art. 257.52. Une autre restriction de l'exercice de ces pouvoirs est prévue à l'art. 257.50, lequel prescrit au lieutenant-gouverneur en conseil de révoquer le contrôle d'un conseil par le ministre « s'il est d'avis qu'il n'est plus nécessaire d'administrer les affaires du conseil en vertu de la [section D] » ou si le conseil n'a plus de déficit.

III. Décisions antérieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 257

Dans des motifs approfondis et lucides, le juge Cumming a conclu que la *LAQÉ* ne porte pas atteinte au droit de gestion et de contrôle des écoles séparées. Même s'il a jugé que [TRADUCTION] « le droit de gestion et de contrôle est inhérent au droit à un système scolaire séparé » (p. 283), il a aussi noté que la *Loi Scott* impose des limites à la gestion indépendante des écoles séparées, principalement en les assujettissant à la réglementation imposée par une autorité scolaire centrale. De plus, le par. 93(1) protège surtout les droits confessionnels. Le juge Cumming a donc conclu ce qui suit, à la p. 286 :

[TRADUCTION] . . . il n'y a par ailleurs aucun élément de preuve de quelque atteinte à un droit *confessionnel* en raison des restrictions aux pouvoirs de gestion imposées par le *projet de loi 160* [. . .] Les éléments normatifs du nouveau modèle de financement orienteront considérablement les dépenses du conseil. Il n'y a toutefois rien qui montre que les conseils catholiques ne pourront pas tenir compte des questions confessionnelles dans tous les aspects de leurs opérations, comme le recrutement d'enseignants, les programmes d'études, les programmes ainsi que pour les immobilisations. [En italique dans l'original.]

En ce qui a trait au droit de taxation, le juge Cumming a conclu que l'art. 7 de la *Loi Scott* garantissait aux conseils des écoles séparées le droit de prélever des taxes sur les tenants des écoles séparées afin de combler leurs besoins de recettes. Il a conclu que la forme particulière d'une

20

21

to finance by raising money by the taxation of *separate* school supporters . . . is critical to the prime objective of guaranteeing the autonomy of a separate, denominational school system” (emphasis in original). In his opinion, the *EQIA*, although respecting the right to proportional funding as guaranteed by s. 20 of the *Scott Act*, violates the right to independent financing as guaranteed by s. 7. While the new funding model may presently benefit denominational schools, Cumming J. concluded at p. 298 that it was unconstitutional because it “makes the Roman Catholic community hostage to the provincial government as to the *extent* of financing of the separate school system” (emphasis in original). In his view, Catholics in the province are constitutionally guaranteed the right to finance a Catholic education system from within their own community. He therefore declared the *EQIA* to be of no force and effect insofar as it interferes with this right.

telle imposition importait peu, mais que [TRADUCTION] « le droit *indépendant* de se financer en prélevant des recettes par la taxation des tenants des écoles séparées [. . .] est essentiel pour l’objectif primordial de garantir l’autonomie d’un système d’enseignement confessionnel séparé » (p. 297 (en italique dans l’original)). À son avis, même si elle respecte le droit à un financement proportionnel garanti par l’art. 20 de la *Loi Scott*, la *LAQÉ* porte atteinte au droit à un financement indépendant garanti par l’art. 7. Selon le juge Cumming, même si le nouveau modèle de financement peut à l’heure actuelle profiter aux écoles confessionnelles, il est inconstitutionnel parce qu’il [TRADUCTION] « transforme la communauté catholique en otage du gouvernement provincial en ce qui a trait à l’*ampleur* du financement du système des écoles séparées » (p. 298 (en italique dans l’original)). Selon lui, les catholiques de la province ont le droit, protégé par la Constitution, de financer un système scolaire catholique au sein même de leur communauté. Il a donc déclaré que la *LAQÉ* est inopérante dans la mesure où elle touche à ce droit.

22

Cumming J. rejected the remaining arguments of the appellants. He held that the supervisory powers conferred on the Minister by Division D of the new *Education Act* meet the requirements set out in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, *supra*, and in *Re Ottawa Separate Schools* (1917), 41 O.L.R. 259 (S.C., App. Div.), namely that there “are defined and assessable standards, both for the imposition and removal of a vesting order” (p. 306). He rejected the argument that a right to tax must also exist for public school supporters, on the grounds that s. 93 does not guarantee “mirror equality” between the two education systems. He agreed with Campbell J. in *Ontario Public School Boards’ Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) that *Adler*, *supra*, a leading case on this issue, “is a shield to protect the public school system against *Charter* challenges . . . not a sword to win denominational rights for public schools” (p. 309). Cumming J. also held that there is no constitutional convention protecting the design of the public education system in Ontario and that, even if there was, a constitutional convention can-

Le juge Cumming a rejeté les autres arguments des appelants. Il a conclu que les pouvoirs de contrôle conférés au ministre par la section D de la nouvelle *Loi sur l’éducation* satisfont aux exigences énoncées dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation*, précité, et dans *Re Ottawa Separate Schools* (1917), 41 O.L.R. 259 (C.S., Div. app.), puisqu’il existe [TRADUCTION] « des normes définies et vérifiables, tant pour l’imposition que pour le retrait d’un décret de contrôle » (p. 306). Il a rejeté l’argument selon lequel les tenants des écoles publiques doivent aussi avoir un droit de taxation, en invoquant le fait que l’art. 93 ne garantit pas [TRADUCTION] « l’égalité intégrale » entre les deux systèmes d’éducation. Il était d’accord avec le juge Campbell, dans la décision *Ontario Public School Boards’ Assn. c. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346 (C. Ont. (Div. gén.)), qu’*Adler*, précité, arrêt-clé sur cette question, [TRADUCTION] « est un bouclier pour protéger le système scolaire public contre les attaques fondées sur la *Charte* [. . .] et non une arme dont pourraient se servir les écoles publiques pour obtenir des droits confessionnels »

not be used to invalidate express legislation. Lastly, Cumming J. concluded that the *EQIA* does not violate ss. 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867* as these provisions require only that the delegation of a taxing power be express, a condition met by the legislation.

B. Ontario Court of Appeal (1999), 44 O.R. (3d) 7

In reasons for judgment authored by the court, McMurtry C.J.O., Brooke, Abella, Goudge and Borins J.J.A. dismissed the appellants' appeal, but allowed the respondent's appeal regarding the right of separate school boards to tax their supporters. Employing the aspects analysis to the guarantees of s. 93(1), as reviewed by this Court in *G.M.P.S.B., supra*, the Court of Appeal held at p. 21 that the "right to tax is clearly a non-denominational aspect of denominational schools . . . nor does it serve denominational ends that other ways of funding the separate system would not". The court also noted that, historically, the right to tax did not provide more than limited financial autonomy to separate school boards. As the *EQIA* provides greater funding to Catholic schools than they enjoyed before, it cannot be said to prejudice their rights under s. 93. The court therefore concluded that s. 93(1) guarantees only the funding of denominational schools, not a right of separate school boards to tax their supporters, and reversed the learned trial judge on this point.

The court rejected all of the other grounds of appeal. It denied an independent right to management and control, as "in 1867 neither public nor separate school boards had unconstrained autonomy in spending decisions" (p. 24). Since the new funding model limits the spending power of trustees only in relation to matters that are entirely non-

(p. 309). Le juge Cumming a aussi conclu qu'il n'existe aucune convention constitutionnelle protégeant la forme du système scolaire public en Ontario et que, même s'il en existait une, elle ne pourrait servir à invalider une disposition législative expresse. Il a finalement statué que la *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisque ces dispositions exigent uniquement que la délégation du pouvoir de taxation soit expresse, condition qui est remplie par la loi en cause.

B. Cour d'appel de l'Ontario (1999), 44 O.R. (3d) 7

Dans ses motifs au nom de la Cour d'appel, le juge en chef McMurtry et les juges Brooke, Abella, Goudge et Borins ont rejeté l'appel des appelants, mais accueilli l'appel de l'intimé au sujet du droit des conseils des écoles séparées de prélever des impôts sur leurs tenants. En interprétant les garanties du par. 93(1) selon l'analyse des aspects, comme l'avait fait notre Cour dans *G.M.C.É.P., précité*, la Cour d'appel a conclu que le [TRADUCTION] « droit de taxation est clairement un aspect non confessionnel des écoles confessionnelles [. . .] et qu'il ne remplit pas des fins confessionnelles que ne peuvent remplir d'autres moyens de financement du système séparé » (p. 21). La cour a aussi noté que, par le passé, le droit de taxation n'avait jamais donné aux conseils des écoles séparées plus qu'une autonomie financière limitée. Puisque la *LAQÉ* prévoit pour les écoles catholiques un financement plus important qu'auparavant, elles ne peuvent prétendre que la loi porte atteinte à leurs droits aux termes de l'art. 93. La cour a donc conclu que le par. 93(1) ne garantit que le financement des écoles confessionnelles, et non un droit pour les conseils des écoles séparées de prélever un impôt sur leurs tenants, et infirmé la décision du juge de première instance sur ce point.

La cour a rejeté tous les autres moyens d'appel. Elle a conclu à l'inexistence d'un droit indépendant de gestion et de contrôle, puisque [TRADUCTION] « en 1867, ni les conseils des écoles publiques ni les conseils des écoles séparées ne jouissaient d'une autonomie illimitée dans leurs décisions en matière de dépenses » (p. 24). Comme

denominational, the court held that the *EQIA* had no prejudicial effect on the rights guaranteed by s. 93(1). Largely for the reasons given by Cumming J., the court agreed that the Division D supervisory powers given to the Minister of Education and Training were constitutional, noting at p. 30 that these powers are “sufficiently defined and precise” and therefore do not have a prejudicial effect. Having rejected the OECTA appellants’ claim to a right to tax and a right of independent management and control, the court held that no such rights could possibly exist for public school boards. It also rejected the OPSBA appellants’ argument regarding a constitutional convention in this area, for the reasons given by Cumming J.

le nouveau modèle de financement ne limite le pouvoir de dépenser des conseillers qu’à l’égard de domaines qui ne sont pas du tout confessionnels, la cour a conclu que la *LAQÉ* ne porte aucunement atteinte aux droits garantis par le par. 93(1). En grande partie pour les raisons exposées par le juge Cumming, la cour a reconnu que les pouvoirs de contrôle conférés au ministre de l’Éducation et de la Formation sous le régime de la section D sont constitutionnels, en soulignant qu’ils sont [TRADUCTION] « suffisamment définis et précis » (p. 30) et qu’ils n’ont donc aucun effet préjudiciable. Ayant rejeté la prétention des appelants OECTA au sujet d’un droit de taxation et d’un droit de gestion et de contrôle indépendants, la cour a aussi conclu à l’inexistence de tels droits pour les conseils des écoles publiques. Elle a aussi rejeté l’argument des appelants OPSBA au sujet d’une convention constitutionnelle dans ce domaine, pour les motifs donnés par le juge Cumming.

25

Lastly, the court held that the delegation of the setting of property tax rates for education purposes to the Minister of Finance did not contravene s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. Unlike Cumming J., the court had the benefit of the decision of this Court in *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, in reaching its decision. The court held that, although the tax is not imposed until the Minister fixes the applicable rates, it nevertheless meets the requirement set out by the majority in *Eurig*, at para. 28, that “all provincial bills for the imposition of any tax must originate in the legislature”. As the Minister is not imposing a tax *ab initio* when setting the rates, but is instead imposing a tax as authorized by legislation, the court concluded that the requirements of s. 53 were met by the *EQIA*.

En dernier lieu, la cour a conclu que la délégation au ministre des Finances du pouvoir d’établir des taux d’imposition foncière à des fins éducatives ne porte pas atteinte à l’art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À la différence du juge Cumming, la cour a pu tirer profit de l’arrêt rendu par notre Cour dans *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, pour rendre sa décision. Elle a déclaré que, même si l’impôt n’est pas prélevé avant que le ministre n’établisse les taux applicables, il n’en satisfait pas moins à l’exigence énoncée par la majorité dans *Eurig*, par. 28, à savoir que « tous les projets de loi provinciaux ayant pour objet la création d’une taxe doivent prendre naissance à l’assemblée législative provinciale ». Comme le ministre n’impose pas une taxe *ab initio* lorsqu’il établit les taux, mais qu’il impose plutôt une taxe autorisée par une loi, la cour a conclu que la *LAQÉ* respecte les exigences de l’art. 53.

IV. Issues

IV. Questions en litige

26

The following constitutional questions were stated by this Court when leave to appeal was granted on October 14, 1999:

Les questions constitutionnelles suivantes ont été énoncées par notre Cour lorsque l’autorisation de pourvoi a été accordée le 14 octobre 1999 :

1. Do Part IX Division B, Part IX Division F, and, in particular, ss. 257.7, 257.12, 257.19 and 257.106 of

1. Est-ce que les sections B et F de la partie IX et, en particulier, les art. 257.7, 257.12, 257.19 et 257.106

- the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?
2. Do ss. 231, 232 and 234 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, and the education Funding Formula enacted pursuant to s. 234 of the *Education Act* and presently embodied in O.Reg. 287/98 and O.Reg. 214/99, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?
 3. Does Part IX, Division D of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?
 4. If the answer to questions 1, 2 or 3 is in the affirmative with respect to Roman Catholic separate school rights, are those provisions, or any of them, also invalid with respect to public school supporters and public school boards, by virtue of either s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, or constitutional convention?
 5. Does s. 257.12(1)(b) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, contravene the preamble, s. 53, or s. 54 of the *Constitution Act, 1867*?
- de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, portent atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. Est-ce que les articles 231, 232 et 234 de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, et la formule de financement de l'éducation établie conformément à l'art. 234 de la *Loi sur l'éducation* et prévue présentement par le Règl. de l'Ont. 287/98 et le Règl. de l'Ont. 214/99 portent atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
 3. Est-ce que la section D de la partie IX de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, porte atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
 4. Si la réponse à la question 1, 2 ou 3 est affirmative à l'égard des droits des écoles séparées catholiques, est-ce que ces dispositions, ou l'une d'entre elles, sont invalides à l'égard des conseils scolaires publics et des contribuables des écoles publiques par l'effet soit de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* soit d'une convention constitutionnelle?
 5. Est-ce que l'alinéa 257.12(1)(b) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, contrevient au préambule, à l'art. 53 ou à l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

In answering these questions, I wish to begin by reviewing briefly the jurisprudence on the rights protected under s. 93. Having done this, I will then discuss the issues of financial management and control, the right to tax, the rights of public school boards, and the delegation of taxation powers.

V. Analysis

A. *The Protections of Section 93*

The original purpose of s. 93 was to give the provinces plenary jurisdiction over education while protecting the religious education of the Protestant minority in Quebec and the Catholic

Pour répondre à ces questions, je commencerai par un bref survol de la jurisprudence relative aux droits protégés par l'art. 93. J'aborderai ensuite les questions de la gestion et du contrôle financiers, du droit de taxation, des droits des conseils des écoles publiques et de la délégation des pouvoirs de taxation.

V. Analyse

A. *La protection de l'art. 93*

À l'origine, l'art. 93 visait à donner aux provinces pleine compétence en matière d'éducation tout en protégeant l'enseignement religieux de la minorité protestante au Québec et de la minorité

minority outside Quebec. As the Lord Chancellor stated in *Brophy, supra*, at p. 214, these minority communities

regarded it as essential that the education of their children should be in accordance with the teaching of their Church, and considered that such an education could not be obtained in public schools designed for all the members of the community alike, whatever their creed, but could only be secured in schools conducted under the influence and guidance of the authorities of their Church.

The animating principles were, and are, religious freedom and equitable treatment. A detailed history of s. 93, as well as the relevant pre-Confederation education legislation in Ontario, is set out by Wilson J. in *Reference Re Bill 30, supra*, at pp. 1168-87.

29

The plenary power over education given to the provinces by the opening words of s. 93 has been interpreted broadly by the courts: see, e.g., *City of Winnipeg, supra*, at p. 456, and *Alberta Public Schools, supra*, at paras. 35-37. But the plenary power is not absolute. It must be exercised within the limits imposed by subss. (1), (3) and (4) of s. 93 of the *Constitution Act, 1867* (s. 93(2) is no longer of importance, as it applied only to Quebec and is now inapplicable as a result of s. 93A of the *Constitution Act, 1867*). The Lord Chancellor summarized the scope of the plenary power in *Brophy, supra*, at pp. 221-22:

The power conferred is not absolute, but limited. It is exercisable only "subject and according to the following provisions." The sub-sections which follow, therefore, whatever be their true construction, define the conditions under which alone the Provincial Legislature may legislate in relation to education, and indicate the limitations imposed on, and the exceptions from, their power of exclusive legislation. Their right to legislate is not indeed, properly speaking, exclusive, for in the case specified in sub-sect. 3 the Parliament of Canada is authorized to legislate on the same subject.

catholique à l'extérieur du Québec. Comme le lord chancelier le disait dans *Brophy*, précité, p. 214, ces communautés minoritaires :

[TRADUCTION] tenaient pour essentiel que l'éducation de leurs enfants soit conforme aux dogmes de leur Église et elles estimaient qu'une telle instruction ne pouvait être obtenue dans des écoles publiques destinées à tous les membres de la société, peu importe leurs croyances, mais ne pouvait être dispensée que dans des écoles qui fonctionnaient sous l'influence et la direction des autorités de leur Église.

Les principes fondamentaux, à cette époque comme aujourd'hui, demeurent la liberté religieuse et le traitement équitable. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1168-1187, le juge Wilson donne un historique détaillé de l'art. 93 et de la législation pertinente sur l'éducation en vigueur en Ontario avant la Confédération.

La pleine compétence en matière d'éducation conférée aux provinces par le passage introductif de l'art. 93 a été interprétée de manière large par les tribunaux : voir, p. ex., *City of Winnipeg*, p. 456, et *Alberta Public Schools*, par. 35-37, précités. Mais la pleine compétence n'est pas un pouvoir absolu. Elle doit être exercée dans les limites imposées par les par. 93(1), (3) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (le par. 93(2) n'a plus d'importance, puisqu'il ne s'appliquait qu'au Québec et n'est plus applicable en conséquence de l'application de l'art. 93A de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Le lord chancelier a résumé la portée de cette pleine compétence dans *Brophy*, précité, p. 221-222 :

[TRADUCTION] Le pouvoir conféré n'est pas absolu, mais limité. Il ne peut être exercé que « sous réserve et en conformité des dispositions suivantes ». Par conséquent, les paragraphes qui suivent, quelle que soit leur véritable interprétation, définissent les conditions en vertu desquelles seule la législature provinciale peut légiférer en matière d'éducation, et indiquent les limites, ainsi que les exceptions, imposées à son pouvoir exclusif de législation. Son droit de légiférer n'est donc pas, à proprement parler, exclusif, puisque dans le cas visé au paragraphe 3, le Parlement du Canada est autorisé à légiférer sur le même objet.

To engage the protections of s. 93(1), the following factors must be established (as referred to by Chouinard J. in *Greater Hull*, *supra*, at p. 582):

[TRANSLATION]

- (a) there must be a right or privilege affecting a denominational school;
- (b) enjoyed by a particular class of persons;
- (c) by law;
- (d) in effect at the time of the Union;
- (e) and which is prejudicially affected.

In addition, as will be discussed below, the right prejudicially affected must be one relating to denominational education, or those non-denominational aspects necessary to deliver the denominational elements of education: see *G.M.P.S.B.*, *supra*, at p. 411.

It has long been settled that Roman Catholics in Ontario constitute a “class of persons” within the meaning of s. 93(1): *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, *supra*, at p. 69. The starting point in analysing a s. 93(1) claim is therefore to determine whether the right or privilege being claimed was in fact provided by law in the province at the applicable date. Although this approach involves analysing a “snapshot” of the law as it stood in 1867 (the relevant date in Ontario), the education system of a province is not frozen in time. In *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624 (H.C. Div.), at p. 630, Meredith C.J.C.P. stated that separate schools must not be “left forever in the educational wilderness of the enactments in force in 1867”. Instead, “[t]he machinery may be altered, the educational methods may be changed, from time to time, to keep pace with advanced educational systems”. In *Hirsch*, *supra*, the Privy Council shared this view. Viscount Cave L.C. wrote, at p. 215, that s. 93

does not purport to stereotype the educational system of the Province as then existing. On the contrary, it expressly authorizes the Provincial Legislature to make laws in regard to education subject only to the provisions of the section; and it is difficult to see how the

Pour pouvoir invoquer la protection du par. 93(1), les facteurs suivants (énoncés par le juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, p. 582) doivent être établis :

- a) ... il s’agi[t] d’un droit ou privilège relatif à une école confessionnelle;
- b) dont jouissait une classe particulière de personnes;
- c) en vertu d’une loi;
- d) en vigueur au moment de l’Union[;]
- e) et auquel on porte préjudice.

De plus, comme nous le verrons plus loin, le droit auquel il est porté atteinte doit être un droit relatif à l’éducation confessionnelle ou à l’un des aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels de l’éducation : voir *G.M.C.É.P.*, précité, p. 411.

Il est reconnu depuis longtemps que les catholiques en Ontario constituent une « classe particulière de personnes » au sens du par. 93(1) : *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, précité, p. 69. Pour analyser une demande fondée sur le par. 93(1), il faut au départ déterminer si le droit ou privilège revendiqué était en fait conféré par une loi de la province à la date visée. Même si cette méthode implique l’analyse du droit tel qu’il existait en 1867 (la date visée en Ontario), le système d’éducation d’une province n’est pas figé dans le temps. Dans *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa* (1915), 34 O.L.R. 624 (Div. H.C.), p. 630, le juge en chef Meredith disait que les écoles séparées ne doivent pas être [TRADUCTION] « à tout jamais laissées dans le désert éducationnel des textes législatifs en vigueur en 1867 ». Au contraire, [TRADUCTION] « les mécanismes peuvent être modifiés et les méthodes d’enseignement changées pour refléter les progrès dans le domaine de l’éducation ». Dans *Hirsch*, précité, le Conseil privé partage ce point de vue. Le vicomte Cave L.C. écrit, à la p. 215, que l’art. 93

[TRANSLATION] ne prétend pas stéréotyper le système d’éducation de la province qui existait à ce moment-là. Au contraire, il autorise expressément la législature de la province à légiférer en matière d’éducation sous réserve seulement des dispositions de l’article; et je

Legislature can effectively exercise the power so entrusted to it unless it is to have a large measure of freedom to meet new circumstances and needs as they arise.

Similarly, this Court noted in *Ontario Home Builders*, *supra*, at para. 73, that s. 93(1) does not turn the legislative provisions with regard to denominational education in force in 1867 into Procrustean obligations, with which our present education system must be rigidly forced to conform.

peux difficilement voir comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas une grande marge de manœuvre pour s'adapter aux circonstances et besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent.

Notre Cour note elle aussi, dans *Ontario Home Builders*, précité, par. 73, que le par. 93(1) ne transforme pas les dispositions législatives sur l'éducation confessionnelle en vigueur en 1867 en obligations dignes de Procuste auxquelles notre système d'éducation actuel serait strictement tenu de se conformer.

32

Instead, this Court employs “a purposive approach to s. 93”: see the *Reference Re Bill 30*, *supra*, at p. 1175, *per* Wilson J. Such an approach gives provincial legislatures the flexibility to use the plenary power granted to them in s. 93 to alter their education systems. At the same time, the jurisprudence reveals that care has been exercised to avoid using the purposive approach to expand the original purpose of s. 93. Beetz J., for a majority of this Court in *G.M.P.S.B.*, *supra*, at p. 401, rejected an approach to s. 93(1) that would “improperly amplify the provision’s purpose” and thereby transform s. 93(1) into “a blanket affirmation of freedom of religion or freedom of conscience”. Using the properly confined purposive approach, Beetz J. concluded, at p. 402, that “the law in force ‘at the Union’ cannot on its own set the content of the constitutional right in s. 93(1)”. In other words, the rights guaranteed by s. 93(1) do not replicate the law word-for-word as it stood in 1867. It is the broader purpose of the laws in force which continues to be protected. Therefore, s. 93(1) should be viewed as protecting the denominational aspects of education, as well as those non-denominational aspects necessary to deliver the denominational elements. As Beetz J. stated in *G.M.P.S.B.*, at p. 411:

Notre Cour emploie plutôt « une interprétation de l’art. 93 qui tient compte de son but » : voir le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1175, le juge Wilson. Une telle interprétation donne aux législatures provinciales, dans l’exercice de la pleine compétence que leur confère l’art. 93, la souplesse pour modifier leurs systèmes d’éducation. En même temps, il ressort de la jurisprudence qu’on s’est soigneusement abstenu de recourir à l’interprétation fondée sur l’objet pour étendre la portée originale de l’art. 93. Le juge Beetz, au nom de la majorité de notre Cour dans *G.M.C.É.P.*, précité, p. 401, a rejeté une interprétation du par. 93(1) qui aurait pour effet de « donner une portée induue à cet objet » et par conséquent de transformer le par. 93(1) en « une affirmation générale de la liberté de religion ou de la liberté de conscience ». En circonscrivant l’interprétation fondée sur l’objet, le juge Beetz a conclu que « la loi en vigueur “lors de l’Union” ne suffit pas à elle seule pour déterminer la nature du droit constitutionnel que garantit le par. 93(1) » (p. 402). En d’autres termes, les droits garantis par le par. 93(1) ne reprennent pas littéralement la loi telle qu’elle existait en 1867. C’est l’objet plus vaste des lois alors en vigueur qui continue à être protégé. Par conséquent, il faut voir le par. 93(1) comme une disposition qui protège les aspects confessionnels de l’éducation ainsi que les aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels. Voici ce que dit le juge Beetz dans *G.M.C.É.P.*, p. 411 :

In other words, constitutional protection “with respect to Denominational Schools” has both denominational and non-denominational components.

This approach is commonly referred to as the “aspects analysis” or the “aspects approach”.

Dickson C.J. summarized the aspects approach in *Mahe, supra*, at p. 382:

[Subsection 93(1)] protects powers over denominational aspects of education and those non-denominational aspects which are related to denominational concerns which were enjoyed at the time of Confederation. The phrase does not support the protection of powers enjoyed in respect of non-denominational aspects of education except in so far as is necessary to give effect to denominational concerns. [Emphasis deleted.]

The aspects approach is not new. It was employed by the Privy Council as early as 1917. In *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell, supra*, at p. 71, Lord Buckmaster L.C. stated (with regard to language rights, which were not then constitutionally protected):

The schools must be conducted in accordance with the regulations, and their Lordships can find nothing in the statute to take away from the authority that had power to issue regulations the power of directing in what language education is to be given. If, therefore, the trustees of the common schools would be bound to obey a regulation which directed that education should, subject to certain restrictions, be given in either English or French, the trustees of the separate schools would also be bound to obey a regulation of the same character affecting their school, provided that it does not interfere with a right or privilege reserved under the Act of 1867, i.e., a right or privilege attached to denominational teaching. [Emphasis added.]

Understandably, not all legislation in relation to education will interfere with the guarantees of s. 93. As Chouinard J. stated in *Greater Hull, supra*, at p. 585:

Denominational status applies in its context, and though some legislation which does not prejudicially affect a right or privilege conferred by law at the time of the Union is conceivable, other legislation will have such an effect.

En d’autres termes, la protection constitutionnelle “relativement aux écoles confessionnelles” comporte aussi bien des éléments confessionnels que des éléments non confessionnels.

Cette méthode est généralement appelée « analyse des aspects ».

Le juge en chef Dickson a résumé l’analyse des aspects dans *Mahe*, précité, p. 382 :

[Le paragraphe 93(1)] protège les aspects confessionnels de l’éducation ainsi que les aspects non confessionnels liés aux garanties confessionnelles existant à l’époque de la Confédération. Cette expression ne fonde pas la protection de pouvoirs exercés relativement à des aspects non confessionnels de l’enseignement sauf dans la mesure nécessaire pour rendre efficaces les garanties confessionnelles. [Soulignement omis.]

L’analyse des aspects n’est pas nouvelle. Elle a été employée par le Conseil privé dès 1917. Dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, précité, p. 71, lord Buckmaster L.C. écrit (au sujet des droits linguistiques, qui n’étaient pas protégés par la Constitution à cette époque) :

[TRADUCTION] Les écoles doivent être dirigées conformément aux règlements, et Leurs Seigneuries ne trouvent rien dans la loi qui puisse enlever à l’autorité réglementaire le pouvoir de prescrire la langue dans laquelle doit se donner l’enseignement. Par conséquent, si les syndic des écoles communes étaient tenus de respecter un règlement prescrivant que l’enseignement doit, sous réserve de certaines restrictions, être dispensé soit en anglais, soit en français, les syndic des écoles séparées seraient eux aussi tenus de respecter un règlement de même nature visant leur école, pourvu que celui-ci ne porte pas atteinte à un droit ou privilège protégé en vertu de la Loi de 1867, c.-à-d. un droit ou privilège rattaché à l’enseignement confessionnel. [Je souligne.]

Il est évident que les lois sur l’éducation ne portent pas toutes atteinte aux garanties de l’art. 93. Comme l’écrit le juge Chouinard dans *Greater Hull*, précité, p. 585 :

La confessionnalité s’exerce dans un cadre et si certaines législations qui ne préjudicient pas à un droit ou privilège conféré par la loi lors de l’Union sont concevables, d’autres y porteront préjudice.

Legislation dealing with education has been held to be *intra vires* in a number of cases: see, e.g., *City of Winnipeg, supra*; *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell, supra*; *Reference Re Bill 30, supra*; *G.M.P.S.B., supra*; *Quebec Education Reference, supra*; and *Alberta Public Schools, supra*. The courts have also long been careful to separate policy matters from legal issues. In *City of Winnipeg*, for instance, Lord Macnaghten stated, at p. 459: "With the policy of the Act of 1890 their Lordships are not concerned." See also *Brophy, supra*, at p. 226, and *Hirsch, supra*, at p. 216. On the other hand, s. 93 is absolute in its protection of denominational education rights, and legislation has been held to be *ultra vires* which interferes with those rights: see, e.g., *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation, supra*, and *Greater Hull, supra*.

B. *The Claimed Right to Financial Management and Control*

35 Applying these principles to the instant case, we must begin by examining whether there was a right or privilege entitling denominational schools in Ontario to local control over taxation or to financial management and control at the time of Confederation. Section 7 of the *Scott Act* gave separate school trustees "all the powers in respect of Separate Schools, that the Trustees of Common Schools have and possess under the provisions of the Act relating to Common Schools". Section 27 of the *Common Schools Act* set out the duties and powers of trustees in township school sections, while s. 79 did the same for trustees in cities, towns and villages.

36 These included the power or duty to acquire and hold property (ss. 27(3) and 79(4)), "manage or dispose of such property, and all moneys or income for Common School purposes" (s. 79(5)), build and repair schools (ss. 27(4) and 79(7)), employ teachers and set their salaries (ss. 27(8) and 79(8)), levy and collect property taxes for education purposes, or to apply to the municipal government to have the municipality do so (ss. 27(12) and 79(12)), permit all local residents between the

Des lois sur l'éducation ont été jugées *intra vires* dans un certain nombre d'affaires : voir, p. ex., *City of Winnipeg, Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell, Renvoi relatif au projet de loi 30, G.M.C.É.P., Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)* et *Alberta Public Schools*, précités. Les tribunaux veillent depuis longtemps à faire la distinction entre les questions de politique et les questions juridiques. Dans *City of Winnipeg*, par exemple, lord Macnaghten affirme (à la p. 459) : [TRADUCTION] « Leurs Seigneuries ne s'intéressent pas à la politique de la Loi de 1890. » Voir aussi *Brophy*, p. 226, et *Hirsch*, p. 216, précités. En revanche, l'art. 93 est absolu dans la protection des droits en matière d'éducation confessionnelle, et des dispositions législatives portant atteinte à ces droits ont été jugées *ultra vires* : voir, p. ex., *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation* et *Greater Hull*, précités.

B. *Le droit de gestion et de contrôle financiers qui est revendiqué*

Pour appliquer ces principes à la présente affaire, il faut d'abord se demander s'il existait, à l'époque de la Confédération, un droit ou privilège conférant aux écoles confessionnelles de l'Ontario le contrôle local sur la taxation ou la gestion et le contrôle financiers. L'article 7 de la *Loi Scott* donnait aux syndics des écoles séparées « tous les autres pouvoirs à l'égard de ces écoles séparées, que les syndics des écoles communes ont et possèdent en vertu des dispositions de l'acte concernant les écoles communes ». L'article 27 de la *Common Schools Act* établissait les attributions des syndics dans les arrondissements scolaires de canton et l'art. 79, ceux des syndics dans les villes et les villages.

Ces attributions comprenaient le pouvoir ou l'obligation d'acquérir et de posséder des biens (par. 27(3) et 79(4)), [TRADUCTION] « de gérer ou d'aliéner ces biens et toutes les sommes ou les recettes pour les besoins des écoles communes » (par. 79(5)), de construire et de réparer les écoles (par. 27(4) et 79(7)), d'engager des enseignants et de fixer leurs salaires (par. 27(8) et 79(8)), d'imposer et de percevoir des taxes foncières à des fins éducatives, ou de demander à l'administration

ages of five and 21 to attend a school, subject to good behaviour and the payment of the fees or rates required to be paid on their behalf (ss. 27(16) and 79(18)), visit schools and ensure compliance with the authorized regulations (ss. 27(17) and 79(16)), supply the textbooks authorized by the Council of Public Instruction (ss. 27(18) and 79(15)), establish a library and appoint a librarian (ss. 27(19) and 79(15)), and report to constituents (ss. 27(21) and 79(16)), to the applicable superintendent (ss. 27(23) and 79(17)) or to the municipality (s. 79(11)).

These duties and powers, however, were subject to a broad power of regulation by the Chief Superintendent of Education for Upper Canada and the Council of Public Instruction for Upper Canada. Section 26 of the *Scott Act* made the separate schools subject to inspection by the Chief Superintendent and to “such regulations, as may be imposed, from time to time, by the Council of Public Instruction for Upper Canada”. The *Common Schools Act* established both the office of the Chief Superintendent and the institution of the Council of Public Instruction, and set out their duties and powers. The Chief Superintendent was given the duty or power to apportion the annual provincial education grant (s. 106(1)), ensure provincial funds were properly spent (s. 106(7)), appoint school inspectors (s. 106(9)), recommend textbooks to the Council of Public Instruction for approval (ss. 106(10) and (13)), promote the establishment of school libraries (s. 106(11)), disseminate education information, including information regarding the design of schools (s. 106(12)), and report to the Governor on education finances in the province and on “suggestions for improving the Common Schools and the Common School laws, and promoting education generally as he may deem useful and expedient” (s. 106(17)). The Council of Public Instruction consisted of not more than nine members appointed by the Governor. Section 119(4) of the *Common Schools Act* gave the Council the sweeping power to make regulations “for the organization, government and discipline of Common Schools, for the classification of Schools and

municipale de le faire (par. 27(12) et 79(12)), de permettre à tous les résidents de la localité de cinq à vingt et un ans d’aller à l’école, pourvu qu’ils aient une bonne conduite et que les frais ou droits applicables soient payés en leur nom (par. 27(16) et 79(18)), de visiter les écoles et de veiller au respect des règlements en vigueur (par. 27(17) et 79(16)), de fournir les manuels autorisés par le conseil de l’instruction publique (par. 27(18) et 79(15)), d’établir une bibliothèque et de nommer un bibliothécaire (par. 27(19) et 79(15)), et de rendre compte aux électeurs (par. 27(21) et 79(16)), au surintendant responsable (par. 27(23) et 79(17)) ou à la municipalité (par. 79(11)).

Ces attributions étaient toutefois assujetties au pouvoir de réglementation plus large du surintendant en chef de l’éducation du Haut-Canada et du conseil de l’instruction publique du Haut-Canada. L’article 26 de la *Loi Scott* assujettissait les écoles séparées à l’inspection du surintendant en chef et « aux règlements qui pourront être imposés de temps à autre par le conseil de l’instruction publique du Haut-Canada ». La *Common Schools Act* a établi à la fois le poste de surintendant en chef et le conseil de l’instruction publique, et précisé leurs attributions. Le surintendant en chef avait le devoir ou pouvoir de répartir la subvention scolaire provinciale annuelle (par. 106(1)), de veiller à ce que les fonds provinciaux soient dépensés judicieusement (par. 106(7)), de nommer les inspecteurs scolaires (par. 106(9)), de recommander les manuels au conseil de l’instruction publique pour approbation (par. 106(10) et (13)), de promouvoir l’établissement de bibliothèques scolaires (par. 106(11)), de diffuser des renseignements sur l’éducation, y compris ceux concernant la conception des écoles (par. 106(12)), et de rendre compte au Gouverneur de l’état des finances scolaires de la province ainsi que de lui. [TRADUCTION] « recommander les moyens qu’il juge utiles et indiqués pour améliorer les écoles communes et les lois les concernant, et pour promouvoir l’éducation en général » (par. 106(17)). Le conseil de l’instruction publique était composé d’au plus neuf membres nommés par le Gouverneur. Le paragraphe 119(4) de la *Common Schools Act* conférait au conseil le vaste pouvoir d’établir des règlements

Teachers, and for School Libraries throughout Upper Canada”.

38

This provincial power of regulation has long been recognized by the courts. As Dickson C.J. stated in *Mahe, supra*, at pp. 382-83:

The transfer of the powers in respect of management and control thus amounts to the regulation of a non-denominational aspect of education, namely, the language of instruction, a form of regulation which the courts have long held to be valid: see *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; and *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Quebec Bank*, [1920] A.C. 230. I note that this conclusion was also reached by the Ontario Court of Appeal in *Reference Re Education Act of Ontario* [(1984), 10 D.L.R. (4th) 491]. That court stated that the provinces enjoy a “full power of regulation”, adding on p. 538, that “[s]o long as the legislation regulates education and does not threaten the existence of the separate schools or interfere with their denominational character it is valid”. [Emphasis in original.]

Similarly, the provincial power of regulation was recognized by Wilson J. in *Reference Re Bill 30, supra*, at p. 1195, and *G.M.P.S.B., supra*, at pp. 385-86. The fact that the power of regulation may have gone unexercised is irrelevant. It is the fact that it existed which is critical, and which results in the province having a broad power of regulation today. As Wilson J. stated in her concurring reasons in *G.M.P.S.B.*, at p. 386:

The trustees’ power was not absolute and, even although no regulations had in fact been passed in Ontario in relation to the curriculum by the time of Union, the overriding regulatory authority of the province was there by law. [Emphasis in original.]

The aspects approach to the guarantees of s. 93(1) therefore allows Ontario to manage its denominational education system as it sees fit, so long as it

[TRADUCTION] « relatifs à l’organisation, la gestion et la discipline des écoles communes, la classification des écoles et des enseignants, et l’établissement de bibliothèques scolaires à l’échelle du Haut-Canada ».

Ce pouvoir provincial de réglementation est reconnu depuis longtemps par les tribunaux. Le juge en chef Dickson dans *Mahe*, précité, p. 382-383, dit :

Le transfert des pouvoirs relatifs à la gestion et au contrôle consiste donc en la réglementation d’un aspect non confessionnel de l’enseignement, savoir, la langue de l’enseignement, une forme de réglementation que les tribunaux ont depuis longtemps déclarée valide: voir les arrêts *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Mackell*, [1917] A.C. 62; et *Ottawa Roman Catholic Separate Schools Trustees v. Quebec Bank*, [1920] A.C. 230. Je note que c’est aussi la conclusion tirée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Reference Re Education Act of Ontario* [(1984), 10 D.L.R. (4th) 491]. Cette cour a déclaré en effet que les provinces possèdent [TRADUCTION] «un plein pouvoir de réglementation», ajoutant à la p. 538 que [TRADUCTION] «pourvu que la mesure législative réglemente l’enseignement et ne menace pas l’existence des écoles séparées ni ne touche à leur caractère confessionnel, elle est valide.» [Souligné dans l’original.]

De même, le pouvoir provincial de réglementation est reconnu par le juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1195, et dans *G.M.C.É.P.*, précité, p. 385-386. Le fait que le pouvoir de réglementation n’ait pas été exercé n’est pas pertinent. C’est le fait qu’il ait existé qui compte et qui a pour conséquence que la province détient aujourd’hui un vaste pouvoir de réglementation. Comme l’écrit le juge Wilson dans ses motifs concordants, dans *G.M.C.É.P.*, à la p. 386 :

Le pouvoir des syndicats n’était pas absolu et, bien qu’aucun règlement concernant le programme d’études n’eût en fait été pris en Ontario au moment de l’Union, la province n’en détenait pas moins, de par la loi, ce pouvoir de réglementation prépondérant. [Souligné dans l’original.]

L’interprétation des garanties du par. 93(1) selon l’analyse des aspects permet donc à l’Ontario de gérer son système d’enseignement confessionnel

does not prejudicially affect a denominational right or privilege or a non-denominational right necessary to deliver the denominational elements of education.

The issue that arises therefore is whether the *EQIA* interferes with a right or privilege attached to denominational schools, either a denominational aspect directly or an aspect of education necessary to deliver the protected denominational elements. Dealing first with the claimed right to financial management and control, I agree with the courts below that the *EQIA* does not interfere with those aspects of financial management and control that are necessary to provide the denominational elements of education in the province. Like the Circular of Instructions at issue in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell*, *supra*, the *EQIA* “applies to public schools and separate schools alike and impartially . . . there is nothing whatever to indicate that it is intended to have any application . . . to anything but secular teaching” (p. 73). The right to manage was specifically claimed by the Ottawa separate school trustees in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell* and was rejected, in relation to non-denominational aspects, by the Privy Council. Lord Buckmaster L.C. concluded that “the right to manage must be subject to the regulations under which all the schools must be carried on” (p. 74).

The *EQIA* does not interfere with denominational aspects of education, either directly or indirectly. Roman Catholic school boards remain free to hire Roman Catholic teachers and chaplains, construct chapels, and tailor curricula to reflect Catholic values. The *EQIA* affects only secular aspects of education, such as class-size, teacher preparation time, teacher and trustee salaries, adult education, and computers in the classroom.

comme il l’entend, pourvu qu’il ne porte pas atteinte à un droit ou privilège confessionnel ou à un droit non confessionnel nécessaire à la prestation des éléments confessionnels de l’enseignement.

En l’espèce, il s’agit donc de savoir si la *LAQÉ* porte atteinte à un droit ou privilège rattaché aux écoles confessionnelles, soit un aspect confessionnel directement, soit un aspect de l’enseignement qui est nécessaire à la prestation des éléments confessionnels protégés. Tout d’abord, pour ce qui est du droit de gestion et de contrôle financiers revendiqué, je suis d’accord avec les juridictions inférieures que la *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux aspects de la gestion et du contrôle financiers qui sont nécessaires à la prestation des éléments confessionnels en matière d’éducation dans la province. Comme la circulaire d’instructions en cause dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, précité, la *LAQÉ* [TRADUCTION] « s’applique impartialement tout autant aux écoles publiques qu’aux écoles séparées [. . .] il n’y a absolument rien qui indique qu’elle visait d’autres applications [. . .] que l’enseignement laïque » (p. 73). Le droit de gestion était expressément réclamé par les syndic des écoles séparées de l’Ontario dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell* et le Conseil privé a débouté les demandeurs à l’égard des aspects non confessionnels. Lord Buckmaster L.C. a conclu que [TRADUCTION] « le droit de gestion doit être assujéti aux règlements régissant le fonctionnement de toutes les écoles » (p. 74).

La *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux aspects confessionnels de l’éducation, ni directement, ni indirectement. Les conseils scolaires des écoles catholiques conservent le pouvoir d’engager des enseignants catholiques et des aumôniers, de construire des chapelles et d’adapter les programmes d’études de façon à refléter les valeurs catholiques. La *LAQÉ* ne touche qu’à des aspects laïques de l’éducation, comme les dimensions des classes, le temps de préparation des enseignants, la rémunération des enseignants et des conseillers scolaires, l’enseignement aux adultes et l’utilisation des ordinateurs en milieu scolaire.

41

The respondent relied on a number of expert opinions to this effect, including those of John Sabo, Associate-Director of Corporate Services and Treasurer of the York Catholic District School Board, Patrick Daly, past president of the OCSTA, and Nancy Naylor, representative of the Ontario Ministry of Education and Training. Upon cross-examination, one of the OECTA appellants' expert witnesses, Claire Ross, General Secretary of the OECTA, did not refute this conclusion:

Q. So they are able to hire teachers?

A. They can hire in terms of the allocation. Yes.

Q. And they can go through the promotion process that they have in the past of picking the most appropriate teacher to promote?

A. Yes.

Q. Okay. And that they are still able as a matter of authority under Bill 160 to develop curriculum documents and adapt them for new Catholic schools?

A. Yes.

Q. And they still have the authority, in terms of the *Education Act* itself and in terms of the funding model, to employ chaplains if they so wish to spend their money in that way?

A. Provided provision can be found within the rigidity of the funding model, the answer is yes.

42

The intervenor OCSTA, representing the English language Catholic school boards in Ontario, agrees that the *EQIA* does not prejudicially affect denominational aspects of education. In the OCSTA's written submissions to this Court, it states:

There would be a denominational challenge from OCSTA if, for example, there were provisions in the funding model that prevented separate boards from making expenditure decisions that are required to ensure their denominational character, such as employment decisions, adapting secular curricula, creating denominational courses of study, providing religious instruction, or siting schools in locations accessible to the right holders. These are all traditionally understood to be at

L'intimé s'est fondé sur nombre d'opinions d'experts à cet égard, y compris celles de John Sabo, directeur associé, services généraux, et trésorier du Conseil scolaire de district catholique de York, de Patrick Daly, ancien président de l'OCSTA, et de Nancy Naylor, qui représente le ministère de l'Éducation et de la Formation de l'Ontario. Au cours de son contre-interrogatoire, l'un des témoins experts des appelants OECTA, Claire Ross, secrétaire générale de l'OECTA, n'a pas réfuté cette conclusion :

[TRADUCTION]

Q. Ils ont donc le pouvoir d'engager des enseignants?

R. Ils peuvent engager en ce qui a trait à l'affectation. Oui.

Q. Et ils peuvent suivre le processus de promotion qu'ils avaient auparavant et choisir l'enseignant qui mérite le plus d'avancement?

R. Oui.

Q. D'accord. Et ils peuvent encore, en vertu du projet de loi 160, élaborer les documents relatifs aux programmes d'études et les adapter pour les nouvelles écoles catholiques?

R. Oui.

Q. Et ils peuvent encore, en vertu de la *Loi sur l'éducation* elle-même et d'après le modèle de financement, engager des aumôniers s'ils désirent dépenser leur argent de cette façon?

R. Pourvu qu'ils puissent trouver une provision dans le modèle rigide de financement, la réponse est oui.

L'intervenante OCSTA, qui représente les conseils des écoles catholiques de langue anglaise en Ontario, reconnaît que la *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux aspects confessionnels de l'éducation. Dans les observations écrites que l'OCSTA a présentées à notre Cour, elle déclare :

[TRADUCTION] L'OCSTA engagerait une contestation fondée sur la confessionnalité si, par exemple, le modèle de financement comportait des dispositions empêchant les conseils des écoles séparées de prendre les décisions en matière de dépenses qui sont nécessaires pour assurer leur caractère confessionnel, comme les décisions relatives à l'embauche, à l'adaptation de programmes d'études laïques, à la création de cours confessionnels, à la prestation d'enseignement religieux ou à l'établis-

the core of Catholic denominational rights, but do not form an exhaustive list.

There is nothing in Bill 160 that interferes with the right of Catholic boards to manage and control their schools, as the *Scott Act* requires with its repeated references to management.

Like the courts below, I agree with this conclusion. The *EQIA* affects only secular aspects of education, and does not prejudicially affect denominational aspects of education or any non-denominational aspects required to deliver the protected denominational elements. In this respect, it is constitutional. As Meredith C.J.C.P. stated in *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa*, *supra*, at p. 630, “[e]ducational methods and machinery may and must change, but separation, and equal rights regarding public schools, must remain as long as provincial public schools last”. The *EQIA* brings change to the financial management and control of separate schools in Ontario, but it treats all school boards equally and preserves the denominational aspects of separate schools.

I also find constitutional the Division D provisions that, under certain conditions, empower the Minister of Education and Training to take over the financial control of a school board. Similar legislation was successfully challenged in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, *supra*. However, the legislation held to be *ultra vires* in that case allowed the Lieutenant Governor in Council to take over all of the powers of a school board for an indefinite period of time. Lord Buckmaster L.C. struck down the legislation because of the sweeping, open-ended nature of the interference with rights protected by s. 93(1) (at p. 81):

The case before their Lordships is not that of a mere interference with a right or privilege, but of a provision

ment d'écoles dans des endroits accessibles aux contribuables. Ce sont là des éléments qui sont tous traditionnellement considérés comme situés au cœur des droits confessionnels catholiques, sans qu'il s'agisse là d'une liste exhaustive.

Il n'y a rien dans le projet de loi 160 qui porte atteinte au droit des conseils catholiques de gérer et de contrôler leurs écoles, comme l'exige la *Loi Scott* avec ses nombreuses allusions à la gestion.

Comme les juridictions inférieures, je souscris à cette conclusion. La *LAQÉ* ne touche que les aspects laïques de l'éducation et ne porte pas atteinte aux aspects confessionnels de l'éducation ni à aucun aspect non confessionnel nécessaire à la prestation des éléments confessionnels protégés. Sous ce rapport, elle est constitutionnelle. Le juge en chef Meredith de la Haute Cour de justice, Division des plaid communs, dit dans *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa*, précité, p. 630, [TRADUCTION] « les méthodes d'enseignement et les mécanismes peuvent et doivent changer, mais la séparation et l'égalité des droits des écoles publiques doivent demeurer tant que dureront les écoles publiques provinciales ». La *LAQÉ* apporte des changements à la gestion et au contrôle financiers des écoles séparées en Ontario, mais elle traite tous les conseils scolaires de la même façon et conserve les aspects confessionnels des écoles séparées.

Je conclus aussi à la constitutionnalité des dispositions de la section D qui, dans certaines conditions, habilite le ministre de l'Éducation et de la Formation à prendre le contrôle financier d'un conseil scolaire. Des dispositions semblables ont été attaquées avec succès dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation*, précité. Toutefois, la loi jugée *ultra vires* dans cette affaire habilitait le lieutenant-gouverneur en conseil à assumer tous les pouvoirs du conseil scolaire pour une période indéfinie. Lord Buckmaster L.C. a annulé la loi en raison de la nature radicale et illimitée de l'atteinte portée aux droits protégés par le par. 93(1) (à la p. 81) :

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas en l'espèce seulement d'une atteinte à un droit ou privilège, mais d'une dispo-

43

44

which enables it to be withdrawn in toto for an indefinite time. Their Lordships have no doubt that the power so given would be exercised with wisdom and moderation, but it is the creation of the power and not its exercise that is subject to objection, and the objection would not be removed even though the powers conferred were never exercised at all.

45 The Ontario government responded by passing new legislation, which was held to be constitutional by the Ontario Supreme Court, Appellate Division in *Re Ottawa Separate Schools*, *supra*. Meredith C.J.O. distinguished the new legislation from the failed legislation on the following grounds: (1) control over a board could be vested in a provincial body only under certain circumstances and had to be re-vested by the Minister of Education once it appeared that the schools would be conducted by the Board according to law; and (2) any dispute over whether the criteria for vesting or re-vesting had been met was to be resolved on summary application to the courts. He held that those safeguards were sufficient to meet the requirements of s. 93(1).

46 In my opinion, the *EQIA* provides greater protection to denominational rights than the legislation upheld in *Re Ottawa Separate Schools*, *supra*. Section 257.52(1) of the new *Education Act* specifically forbids the Minister from interfering with the denominational aspects of a Roman Catholic school board. Whether such an interference has occurred can be reviewed by the courts, pursuant to s. 257.40(5). As will be examined below, a province is free to deal with public school boards as it sees fit. The constitutional concern with financial supervision only relates to separate school boards, and then only in relation to the denominational aspects of those boards. The protection provided by s. 257.52(1) is sufficient on its own to meet the requirements of s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*. Unlike *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa*, *supra*, the *EQIA* does not interfere with all the powers of a denominational school board, but only with the non-denominational powers of a school board. If the Minister interferes in any way with the denominational aspects of a separate school, even if the interfer-

sition qui permet de le retirer complètement et indéfiniment. Leurs Seigneuries ne doutent aucunement que le pouvoir ainsi conféré sera exercé avec sagesse et modération, mais c'est la création du pouvoir et non son exercice qui est visée par l'opposition, et l'opposition ne serait pas retirée même si les pouvoirs conférés n'étaient jamais exercés de quelque façon que ce soit.

Le gouvernement de l'Ontario a réagi par l'adoption d'une nouvelle loi, laquelle a été jugée constitutionnelle par la Cour suprême de l'Ontario, Division d'appel, dans *Re Ottawa Separate Schools*, précité. Le juge en chef Meredith a distingué la nouvelle loi de la loi qui été annulée en se fondant sur les motifs suivants : (1) le contrôle d'un conseil ne pouvait être confié à un organisme provincial que dans certaines circonstances et il devait être rétabli par le ministre de l'Éducation dès que le conseil semblait pouvoir gérer les écoles conformément à la loi; et (2) tout différend quant à la question de savoir si les critères de prise et de fin de contrôle étaient respectés devait être tranché par voie de demande sommaire devant les tribunaux. Il a conclu que ces garanties étaient suffisantes pour répondre aux exigences du par. 93(1).

À mon avis, la *LAQÉ* accorde aux droits confessionnels une meilleure protection que la loi qui a été confirmée dans l'affaire *Re Ottawa Separate Schools*, précitée. Le paragraphe 257.52(1) de la nouvelle *Loi sur l'éducation* interdit expressément au ministre d'intervenir dans les aspects confessionnels des conseils scolaires catholiques. Les tribunaux peuvent, en vertu du par. 257.40(5), déterminer s'il y a eu ingérence. Comme nous le verrons plus loin, une province a toute latitude pour traiter les conseils des écoles publiques comme elle l'entend. Le problème constitutionnel qui se pose au sujet de la supervision financière ne porte que sur les conseils des écoles séparées, et uniquement à l'égard de leurs aspects confessionnels. La protection prévue au par. 257.52(1) suffit en elle-même à satisfaire aux exigences du par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Contrairement à la situation dans l'affaire *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa*, précité, la *LAQÉ* ne touche pas à tous les pouvoirs d'un conseil des écoles confessionnelles, mais uniquement aux pouvoirs non confessionnels d'un

ence results from the exercise of a non-denominational power, an interested party can ask the courts to remedy the interference. The protections provided by ss. 257.52(1) and 257.40(5) therefore result in Division D of the new *Education Act* meeting the requirements of s. 93(1).

I also note that provincial supervision of a school board cannot be for an indefinite period of time. The Minister's control over a board must be revoked when the board no longer has a deficit, or when the Lieutenant Governor in Council is of the opinion that control should be restored to the board (s. 257.50). Although this provision is not strictly necessary to ensure the constitutionality of the Division D powers, given the wide protection granted by s. 257.52(1), it is another safeguard that is in place. For all of these reasons, I conclude that the OECTA appellants' claims with regard to prejudicial interference with a right to financial management and control must fail.

C. *The Claimed Right to Tax*

It is beyond question that Roman Catholic school boards in Ontario had the legal right to tax their supporters in 1867. Section 7 of the *Scott Act* explicitly conferred this right. It states, in part, that separate school trustees "shall have the power to impose, levy and collect School rates or subscriptions, upon and from persons sending children to, or subscribing towards the support of such Schools". The political reality at the time was that education could only be paid for out of funds raised locally, and so all school boards in the province were given the power to tax their supporters. As the Court of Appeal noted, at p. 16, "[c]omplete provincial responsibility for the financing of education was simply outside the experience of the founders of Confederation". Local funds were supplemented by provincial grants, but moneys raised through local taxation remained the dominant

conseil scolaire. En cas d'intervention du ministre dans les aspects confessionnels d'une école séparée, même si l'intervention découle de l'exercice d'un pouvoir non confessionnel, la partie intéressée peut demander aux tribunaux d'y remédier. Par conséquent, du fait des protections prévues aux par. 257.52(1) et 257.40(5), la section D de la nouvelle *Loi sur l'éducation* répond aux exigences du par. 93(1).

Je note aussi que la supervision provinciale d'un conseil scolaire ne peut être exercée indéfiniment. Le contrôle d'un conseil par le ministre doit être révoqué lorsque le conseil n'a plus de déficit ou que le lieutenant-gouverneur en conseil est d'avis qu'il devrait reprendre son contrôle (art. 257.50). Même si cette disposition n'est pas strictement nécessaire pour assurer la constitutionnalité des pouvoirs visés par la section D, étant donné la vaste protection conférée par le par. 257.52(1), c'est une autre garantie. Pour toutes ces raisons, je conclus que les prétentions des appelants OECTA au sujet de l'atteinte à un droit de gestion et de contrôle financiers ne sont pas fondées.

C. *Le droit de taxation revendiqué*

Il est incontestable que les conseils des écoles catholiques de l'Ontario avaient en 1867 le droit reconnu par la loi d'imposer des taxes à leurs tenants. L'article 7 de la *Loi Scott* leur a expressément conféré ce droit. Il prévoyait notamment que les syndics d'écoles séparées « auront les mêmes pouvoirs d'imposer, de prélever et de percevoir des taxes d'école ou souscriptions sur les personnes qui enverront leurs enfants aux écoles séparées ou qui souscriront pour leur soutien ». La réalité politique de l'époque était que l'éducation ne pouvait être financée qu'au moyen de recettes perçues localement, de sorte que tous les conseils scolaires de la province étaient habilités à imposer une taxe à leurs tenants. Comme l'a noté la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [l]a pleine responsabilité provinciale pour le financement de l'éducation dépassait tout simplement l'expérience des fondateurs de la Confédération » (p. 16). Les fonds perçus localement étaient complétés par des subventions provinciales, mais les recettes perçues par taxation locale constituaient la part dominante du financement de

47

48

component of education funding in the province up until the enactment of the *EQIA* in 1997.

49

However, the fact that the right to tax existed in 1867 does not mean that it is automatically protected by s. 93(1). Section 93(1) only protects rights or privileges “with respect to Denominational Schools”. This threshold requirement to access the protections of s. 93(1) is the genesis of the aspects approach, which has long been applied by the courts. The aspects approach to s. 93(1) requires that the right in question be related to a denominational aspect of education, or to a non-denominational aspect necessary to deliver the protected denominational elements. I agree with the Court of Appeal that the authority to tax supporters is not a right or privilege “with respect to Denominational Schools”. Section 93(1) protects the right to funding for denominational education, not the specific mechanism through which that funding is delivered. As Gonthier J. stated in the *Quebec Education Reference*, *supra*, at p. 590:

... fundamentally what matters is having the financial and physical resources to operate school boards. The taxing power is only one possible means of attaining this end. If it can be done otherwise, such as by an equal, or at least appropriate and equitable, allocation of financing sources, it is hard to speak of a prejudicial effect.

50

The *Scott Act* includes two funding mechanisms for denominational schools in Ontario: local taxation (s. 7) and provincial grants (s. 20). The province is generally free to alter the funding allocation between these sources as it sees fit, provided that the source relied on provides sufficient funds to operate a denominational education system which is equivalent to the public education system in place at the time. The animating principle is equality of educational opportunity. I need not decide the constitutionality of removing the local tax base altogether, as the *EQIA* does not attempt to do so. While it removes the ability of school boards to set the rate that is to be applied to raise funds through

l'éducation dans la province jusqu'à l'adoption de la *LAQÉ* en 1997.

Toutefois, le fait que le droit de taxation ait existé en 1867 ne signifie pas qu'il est automatiquement protégé par le par. 93(1). Le paragraphe 93(1) ne protège les droits ou privilèges que « relativement aux écoles confessionnelles ». Cette condition préliminaire pour pouvoir invoquer les protections du par. 93(1) est la source de l'analyse des aspects, qui a été appliquée de longue date par les tribunaux. Selon l'interprétation fondée sur cette analyse, le par. 93(1) s'applique lorsque le droit en cause est lié à un aspect confessionnel de l'éducation, ou à un aspect non confessionnel nécessaire à la prestation des éléments confessionnels protégés. Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel que le pouvoir d'imposer une taxe aux tenants d'une école n'est pas un droit ni un privilège « relativement aux écoles confessionnelles ». Le paragraphe 93(1) protège le droit au financement de l'éducation confessionnelle, mais non les mécanismes particuliers de ce financement. Comme l'a écrit le juge Gonthier dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, précité, p. 590 :

... ce qui compte fondamentalement, c'est d'avoir les moyens financiers, matériels, pour faire fonctionner des commissions scolaires. Le pouvoir de taxation n'est qu'un des moyens possibles pour atteindre ce but. Si l'on y parvient autrement, par exemple par une répartition égale, ou du moins appropriée et équitable, des sources de financement, il est difficile de parler de préjudice.

La *Loi Scott* prévoit deux mécanismes de financement pour les écoles confessionnelles de l'Ontario : la taxation locale (art. 7) et les subventions provinciales (art. 20). La province est généralement libre de modifier comme elle l'entend l'affectation de fonds entre ces sources, pourvu que la source retenue fournisse suffisamment de moyens pour faire fonctionner un système d'enseignement confessionnel équivalant au système d'enseignement public en place. Le principe directeur est l'égalité des chances en matière d'éducation. Il n'est pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'abrogation totale de l'assiette fiscale puisque la *LAQÉ* ne tente pas de faire cela. Même

local taxation, it does not remove the funding mechanism of property taxation.

Provincial education grants have long been used to supplement funds raised through local taxation in an attempt to achieve equality in Ontario's education system. I agree with the Ontario Court of Appeal's observations, at p. 21, that such grants were necessary because of the practical limitations separate school boards faced in raising funds through local taxation:

[The separate school system's] poorer assessment base and the risk of taxpayer migration away from the system have always placed very significant practical constraints on the power of separate school boards to tax their supporters. The right to tax has never provided separate school boards with more than limited financial autonomy.

Section 20 of the *Scott Act* requires that provincial education grants be distributed on a fair and equitable basis between the public and separate school systems. This Court canvassed the protections provided by s. 20 of the *Scott Act*, as constitutionally entrenched through s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*, in *Reference Re Bill 30, supra*, and in *Ontario Home Builders', supra*. In the *Reference Re Bill 30*, Wilson J. stated, at pp. 1195-96:

It is clear that if the foregoing right [to provide denominational education at a secondary level of instruction] was to be meaningful an adequate level of funding was required to support it. This Court held unanimously in *Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board*, [1984] 2 S.C.R. 575, that the right of dissentient schools in Quebec to a proportionate share of government funding was a right protected by s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Likewise, in my view, the right of separate schools in Ontario. They were entitled to the proportionate funding provided for in s. 20 of the *Scott Act*. This conclusion, it seems to me, is fully consistent with the clear purpose of s. 93, namely that the denomi-

si elle retire aux conseils scolaires la capacité d'établir le taux à appliquer pour prélever des recettes par un impôt local, elle n'enlève pas le mécanisme de financement fondé sur l'impôt foncier.

Les subventions provinciales à des fins éducatives servent depuis longtemps à compléter les recettes obtenues par taxation locale afin d'assurer l'égalité au sein du système d'éducation de l'Ontario. Je souscris aux observations de la Cour d'appel (à la p. 21) que ces subventions étaient nécessaires en raison des contraintes d'ordre pratique auxquelles étaient assujettis les conseils des écoles séparées qui prélevaient des recettes par un impôt local :

[TRADUCTION] L'assiette fiscale plus étroite [du système scolaire séparé] et le risque que des contribuables sortent du système ont toujours considérablement limité, en pratique, le pouvoir des conseils des écoles séparées de taxer leurs tenants. Le droit de taxation n'a jamais donné aux conseils scolaires séparés plus qu'une autonomie financière limitée.

L'article 20 de la *Loi Scott* oblige la province à distribuer les subventions sur une base juste et équitable entre les systèmes d'écoles publiques et séparées. Notre Cour a examiné avec soin les protections prévues à l'art. 20 de la *Loi Scott*, et constitutionnalisées par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30* et dans *Ontario Home Builders'*, précités. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1195-1196, le juge Wilson écrit :

Il est manifeste que, pour que le droit précité [offrir une éducation confessionnelle de niveau secondaire] ait un sens, il doit s'accompagner d'une affectation de fonds adéquate. Cette Cour a conclu à l'unanimité, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, que le droit des écoles dissidentes au Québec à une part proportionnée du financement assuré par le gouvernement est un droit garanti par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon avis, on peut en dire autant du droit des écoles séparées en Ontario. Elles avaient droit au financement proportionnel prévu par l'art. 20 de la *loi Scott*. Cette conclusion, me semble-t-il, est tout à fait conforme à l'objet manifeste de l'art. 93, savoir que l'intérêt de la minorité confessionnelle à ce que ses enfants reçoivent

51

52

national minority's interest in a separate but suitable education for its children be protected into the future.

In *Ontario Home Builders'*, at para. 73, our Court affirmed this view:

...when one reviews the history and purpose of s. 93(1), the principle of proportionality can be seen for what it really is, namely, the means to a constitutional end which is equality of educational opportunity. Moreover, as I have noted above, the entire system of provincial grants in Ontario has not been based on actual proportionality since early in the century. The departure from strict, formalistic proportionality was made because it had led to a serious inequality of educational opportunity. While the notion of proportionality contained in s. 20 of the *Scott Act* is a constitutional right embodied in s. 93(1), the substantive purpose of this notion must be borne in mind: the achievement of an educational system that distributes provincial funds in a fair and non-discriminatory manner to common and separate schools alike. This is the substantive guarantee offered by s. 93(1). As the Court *per* Gonthier J. stated in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at p. 567:

When we speak of equality, this must be understood in the sense of equivalence and not that of strict quantitative identity, as Chouinard J. noted in *Greater Hull, supra*, at p. 591:

Proportionality is more significant. Whether on the basis of total population or that of school attendance, the principle of a fair and non-discriminatory distribution is recognized. [Emphasis added by Gonthier J.]

53

The *EQIA* enacts a mixed system of funding in Ontario. Local taxation remains, but the Minister of Finance now sets the applicable tax rates throughout the province. Provincial education grants are used to equalize education funding between school boards. There is no evidence that this new funding model has a prejudicial affect on the right of Roman Catholics in Ontario to fair and equitable funding of their school system. As Lord Buckmaster L.C. pointed out in *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation, supra*, at p. 81, "an interference with a legal right or privilege may not in all cases imply that such right or privilege has been prejudicially affected". The evi-

un enseignement séparé mais adéquat soit garanti pour l'avenir.

Dans *Ontario Home Builders'*, par. 73, notre Cour confirme ce point de vue :

...l'étude de l'histoire et de l'objet du par. 93(1) nous permet de découvrir la véritable nature du principe de la proportionnalité, savoir un moyen pour atteindre une fin constitutionnelle — l'égalité des chances en matière d'éducation. De plus, comme je l'ai signalé précédemment, le système global de subventions provinciales en Ontario n'est pas fondé sur la proportionnalité véritable depuis le début du siècle. On s'est en effet écarté de la proportionnalité stricte et formelle parce que celle-ci avait conduit à une grave inégalité des chances en matière d'éducation. Bien que la notion de proportionnalité que renferme l'art. 20 de la *Loi Scott* soit un droit constitutionnel consacré au par. 93(1), il ne faut pas perdre de vue l'objet fondamental de cette notion: la création d'un système d'enseignement en vertu duquel les fonds provinciaux sont répartis de manière équitable et sans discrimination entre les écoles communes et les écoles séparées. Telle est la garantie fondamentale offerte par le par. 93(1). Comme l'a dit la Cour (le juge Gonthier) dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, à la p. 567:

Lorsque l'on parle d'égalité, il faut l'entendre dans le sens d'équivalence et non dans celui d'identité quantitative stricte, ainsi que l'exprime le juge Chouinard dans *Greater Hull, précité*, à la p. 591:

Ce qui importe davantage c'est la proportionnalité. Qu'elle soit sur la base de la population totale ou sur la base de la clientèle scolaire, le principe est reconnu d'une répartition équitable et sans discrimination. [Souligné par le juge Gonthier.]

La *LAQÉ* prévoit un système mixte de subventions en Ontario. La taxation locale demeure, mais le ministre des Finances prescrit maintenant le taux des impôts applicable à l'échelle de la province. Les subventions scolaires provinciales servent à faire la péréquation du financement de l'éducation entre les conseils scolaires. Aucun élément de preuve n'indique que ce nouveau modèle de financement porte atteinte au droit des catholiques en Ontario à un financement juste et équitable de leur système scolaire. Comme le souligne Lord Buckmaster L.C. dans *Ottawa Separate Schools Trustees c. Ottawa Corporation, précité*, p. 81, [TRADUCTION] « un empiétement sur un droit

dence is that the new funding model will enrich the separate school system in Ontario as it is intended to have a redistributive effect. Obviously, it is not the role of this Court to comment on this policy decision. The role of this Court is to determine if the legislation implementing the new education policy in Ontario prejudicially affects any protected denominational rights.

As Meredith C.J.C.P. stated in *Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa, supra*, at p. 630:

The right and privilege which the Separate Schools Act conferred when the Imperial enactment became law, and which the Separate Schools Acts have ever since conferred, and still confers, was and is a right to separation, to separate public schools of the like character, and maintained in the like manner, as the general public schools.

The new funding model enacted by the *EQIA* treats separate schools in a “like manner” as public schools. In fact, all schools in the province are now treated equally under uniform legislation. Section 234(2) of the *Education Act* specifically imports the standard for fair and equitable funding of separate schools set out by this Court in *Reference Re Bill 30, supra*, and *Ontario Home Builders’, supra*. Section 257.107 requires a committee to be established in 2003 to investigate whether the criteria set out in s. 234(2) have indeed been met. Furthermore, interested parties are free to seek a remedy in the courts if there is evidence that the guarantees provided in s. 234(2) are not being met. At the same time, as was explored in relation to the claimed right to financial management and control, the *EQIA* preserves the “separateness” of separate schools.

Section 234(3) of the new *Education Act* also guarantees that minority education rights protected by s. 23 of the *Charter* will be respected by educa-

ou privilège reconnu par la loi ne signifie pas toujours qu’il a été porté atteinte à ce droit ou privilège ». Il ressort de la preuve que le nouveau modèle de financement profitera au système des écoles séparées en Ontario puisqu’il est conçu de façon à produire un effet de redistribution. De toute évidence, il n’appartient pas à notre Cour de commenter cette décision des pouvoirs publics. Le rôle de notre Cour consiste à déterminer si la loi mettant en œuvre la nouvelle politique de l’éducation en Ontario porte atteinte à l’un ou l’autre des droits confessionnels protégés.

Comme l’écrit le juge en chef Meredith, de la Haute Cour de justice, Division des plaids communs, dans *Ottawa Separate School Trustees c. City of Ottawa*, précité, p. 630 :

[TRADUCTION] Le droit et privilège que l’Acte concernant les écoles séparées, dans ses versions successives, confère, depuis l’entrée en vigueur du texte impérial, est un droit à la séparation, à des écoles publiques séparées présentant un caractère semblable à celui des écoles publiques en général et maintenues de manière semblable à celle de ces dernières.

Le nouveau modèle de financement consacré par la *LAQÉ* traite les écoles séparées et les écoles publiques « de manière semblable ». En fait, toutes les écoles dans la province sont maintenant traitées sur un pied d’égalité en vertu d’une loi uniforme. Le paragraphe 234(2) de la *Loi sur l’éducation* importe expressément la norme de financement juste et équitable des écoles séparées énoncée par notre Cour dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30 et Ontario Home Builders’, précités*. L’article 257.107 prescrit la constitution en 2003 d’un comité chargé d’examiner s’il est effectivement satisfait aux critères énoncés au par. 234(2). De plus, les parties intéressées peuvent s’adresser aux tribunaux si des éléments de preuve montrent que les garanties prévues au par. 234(2) ne sont pas respectées. En même temps, comme nous l’avons vu avec le droit de gestion et de contrôle financiers revendiqué, la *LAQÉ* protège le caractère « séparé » des écoles séparées.

Le paragraphe 234(3) de la nouvelle *Loi sur l’éducation* garantit aussi que le financement scolaire en Ontario tiendra compte des droits

tion funding in Ontario. In *Mahe, supra*, Dickson C.J. explored the content of the protections offered by s. 23. Writing for the Court, at pp. 375-76, he employed an aspects approach similar to that employed in relation to the guarantees of s. 93(1):

Perhaps the most important point to stress is that completely separate school boards are not necessarily the best means of fulfilling the purpose of s. 23. What is essential, however, to satisfy that purpose is that the minority language group have control over those aspects of education which pertain to or have an effect upon their language and culture. This degree of control can be achieved to a substantial extent by guaranteeing representation of the minority on a shared school board and by giving these representatives exclusive control over all of the aspects of minority education which pertain to linguistic and cultural concerns.

To give but one example, the right to tax (which would accompany the creation of an independent school district), is not, in my view, essential to satisfy the concerns of s. 23 with linguistic and cultural security. Section 23 guarantees that minority schools shall receive public funds, but it is not necessary that the funds be derived through a separate tax base provided adequate funding is otherwise assured. Similar observations can be made in respect of other features of separate school districts.

Where there are alternative ways of satisfying the requirements, the public authorities may choose the means of fulfilling their duties.

Section 93(1) of the *Constitution Act, 1867* offers guarantees of the same nature as the guarantees provided by s. 23 of the *Charter*, but for denominational aspects of education instead of linguistic and cultural aspects. So long as separate schools are funded in a manner that is fair and equitable as compared to their public school counterparts, the underlying legislation will not violate s. 93(1).

There is no evidence before this Court that the *EQIA* does not fund separate schools in a fair and equitable manner. It specifically mandates fair and

de la minorité en matière d'éducation protégés par l'art. 23 de la *Charte*. Dans *Mahe*, précité, p. 375-376, le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, examine le contenu des protections garanties par l'art. 23 et emploie une interprétation fondée sur les aspects semblable à celle qui est appliquée à l'égard des garanties du par. 93(1) :

Le point le plus important à souligner est peut-être que la création de conseils scolaires complètement séparés n'est pas nécessairement le meilleur moyen d'atteindre l'objectif de l'art. 23. Ce qui est essentiel toutefois pour sa réalisation, c'est que le groupe linguistique minoritaire ait un contrôle sur les aspects de l'éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture. On peut obtenir ce degré de contrôle, dans une large mesure, en garantissant la représentation de la minorité au sein d'un conseil scolaire mixte et en accordant à ses représentants un contrôle exclusif sur tous les aspects de l'éducation de la minorité qui concernent les questions d'ordre linguistique et culturel.

Pour ne donner qu'un seul exemple, le droit de lever des impôts (dont serait assorti l'établissement d'un district scolaire indépendant) n'est pas essentiel, à mon avis, au règlement des questions de sécurité linguistique et culturelle visées par l'art. 23. L'article 23 garantit que les écoles de la minorité recevront des fonds publics, mais il n'est pas nécessaire que ces fonds proviennent d'une assiette fiscale distincte pourvu qu'un financement adéquat soit par ailleurs garanti. On peut faire les mêmes remarques relativement à d'autres caractéristiques de districts scolaires séparés.

Lorsqu'il y a diverses façons de répondre aux exigences, les pouvoirs publics peuvent choisir le moyen de remplir leurs obligations.

Le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* offre des garanties de même nature que celles prévues à l'art. 23 de la *Charte*, mais pour les aspects confessionnels de l'éducation au lieu des aspects linguistiques et culturels. Tant que les écoles séparées sont financées d'une manière juste et équitable en comparaison des écoles du système public, la législation sous-jacente ne porte pas atteinte au par. 93(1).

Rien dans la preuve présentée devant notre Cour n'indique que la *LAQÉ* ne finance pas les écoles séparées de façon juste et équitable. Elle prescrit

equitable treatment with regard to the distribution of provincial education grants, which are used to equalize funding after funds raised through property taxation are taken into account. The evidence is that separate schools have actually seen their funding increase under the new funding model. As the intervener OCSTA states in their factum, the new funding model produces “the cherished result of equitable per pupil funding”. The *EQIA* therefore does not prejudicially affect the right of separate schools to fair and equitable funding as guaranteed by s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867* through the operation of ss. 7 and 20 of the *Scott Act*.

D. *The Rights of Public School Boards*

Having found that separate school boards in Ontario have neither a right to independent taxation nor an absolute right to independent management and control, one can conclude that public school boards in the province also do not have such rights. Subject to s. 93, public school boards as an institution have no constitutional status.

Campbell J. correctly stated the law in this regard in *Ontario Public School Boards' Assn., supra*, at p. 361:

Municipal governments and special purpose municipal institutions such as school boards are creatures of the provincial government. Subject to the constitutional limits in s. 93 of the *Constitution Act, 1867* these institutions have no constitutional status or independent autonomy and the province has absolute and unfettered legal power to do with them as it wills.

See also *Alberta Public Schools, supra*, at paras. 33 and 34.

The constitutional limits in s. 93 of the *Constitution Act, 1867* protect the public school system to only a very limited extent. As was stated by a majority of this Court in *Adler, supra*, at para. 41:

expressément un traitement juste et équitable en ce qui a trait à la répartition des subventions scolaires provinciales qui servent à assurer la péréquation des fonds compte tenu des recettes obtenues par taxation des biens. La preuve montre que les écoles séparées ont en fait vu leur financement augmenter dans le cadre du nouveau modèle de financement. L'intervenante OCSTA affirme dans son mémoire que le nouveau modèle de financement produit [TRADUCTION] « le résultat tant souhaité d'un équitable financement par élève ». La *LAQÉ* ne porte donc pas atteinte au droit des écoles séparées au financement juste et équitable garanti par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* par l'application des art. 7 et 20 de la *Loi Scott*.

D. *Les droits des conseils des écoles publiques*

Comme les conseils des écoles séparées en Ontario n'ont ni un droit à une taxation indépendante, ni un droit absolu à la gestion et au contrôle indépendants, il est loisible de conclure que les conseils des écoles publiques de la province ne disposent pas non plus de tels droits. Sous réserve de l'art. 93, les conseils des écoles publiques n'ont, à titre d'institutions, aucun statut constitutionnel.

Le juge Campbell a bien énoncé le droit à cet égard dans *Ontario Public School Boards' Assn., précité*, p. 361 :

[TRADUCTION] Les administrations municipales et les institutions municipales à vocation particulière comme les conseils scolaires sont des créatures du gouvernement provincial. Sous réserve des limites constitutionnelles de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ces institutions n'ont aucun statut constitutionnel ni aucune autonomie indépendante, tandis que la province a le pouvoir juridique absolu et sans réserve de les traiter comme elle l'entend.

Voir aussi *Alberta Public Schools, précité*, par. 33-34.

Les limites constitutionnelles de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne protègent le système d'écoles publiques que de façon très limitée. Comme le déclare la majorité de notre Cour dans *Adler, précité*, par. 41 :

57

58

59

... the public school system is an integral part of the s. 93 scheme. When the province funds public schools, it is, in the words of Wilson J. in *Reference Re Bill 30*, at p. 1198, legislating "pursuant to the plenary power in relation to education granted to the provincial legislatures as part of the Confederation compromise". A closer examination of s. 93, in particular s. 93(1), as it applies to the province of Ontario, will help to illustrate that the public school system is impliedly, but nonetheless clearly, contemplated by the terms of that section.

60

The *Scott Act* uses the publicly funded, non-denominational education system as a benchmark for the education rights of Roman Catholics in the province. As the majority also pointed out in *Adler, supra*, at para. 43, the preamble of the *Scott Act* is clear on this issue:

WHEREAS it is just and proper to restore to Roman Catholics in Upper Canada certain rights which they formerly enjoyed in respect to separate Schools, and to bring the provisions of the Law respecting Separate Schools more in harmony with the provisions of the Law respecting Common Schools.... [Emphasis added.]

Similarly, both ss. 7 and 20 of the *Scott Act* define the rights and privileges of separate schools in terms of the rights and privileges of the province's public schools. Section 120 of the *Common Schools Act* does the same. As a result, Wilson J. concluded in the *Reference Re Bill 30, supra*, at p. 1193, that:

The security afforded the Roman Catholic minority through the tying of funding for its schools to a proportion of the funding for the common schools was in the certainty that the Legislature would never cut off funding for the common schools.

This conclusion was again endorsed by this Court in *Adler, supra*, at para. 45. Section 93(1) guarantees separate schools in Ontario the right to fair and equitable treatment *vis-à-vis* their public school counterparts, as well as to control over the denominational aspects of their education pro-

... le système d'écoles publiques fait partie intégrante du régime prévu par l'art. 93. Lorsque la province finance des écoles publiques, elle légifère, pour reprendre les termes du juge Wilson à la p. 1198 du *Renvoi relatif au projet de loi 30*, «conformément au pouvoir absolu en matière d'éducation que se sont vu accorder les assemblées législatives provinciales dans le cadre du compromis fédéral». Un examen plus approfondi de la façon dont l'art. 93, et plus particulièrement le par. 93(1), s'applique à la province d'Ontario aidera à montrer que le régime d'écoles publiques est implicitement, mais néanmoins clairement, prévu par le texte de cette disposition.

La *Loi Scott* emploie le système d'enseignement non confessionnel, financé par le public, comme référence pour les droits des catholiques en matière d'éducation dans la province. Comme le souligne notre Cour à la majorité dans *Adler*, précité, par. 43, le préambule de la *Loi Scott* est clair sur cette question :

CONSIDÉRANT qu'il est juste et opportun de réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées dont ils jouissaient autrefois, et d'établir une plus grande uniformité entre les lois qui règlent les écoles séparées et celles des écoles communes... [Je souligne.]

De même, les art. 7 et 20 de la *Loi Scott* définissent tous deux les droits et privilèges des écoles séparées en fonction des droits et privilèges des écoles publiques de la province. L'article 120 de la *Common Schools Act* en fait autant. Le juge Wilson conclut donc, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, p. 1193, que :

La garantie accordée à la minorité catholique en liant les fonds affectés à ses écoles à une proportion des fonds affectés aux écoles communes, reposait sur la certitude que le législateur ne cesserait jamais de financer les écoles communes.

Cette conclusion a encore une fois été appuyée par notre Cour dans *Adler*, précité, par. 45. Le paragraphe 93(1) garantit aux écoles séparées de l'Ontario le droit à un traitement juste et équitable par rapport à leurs pendants, les écoles publiques, ainsi que le contrôle des aspects confessionnels de

grams and those non-denominational aspects necessary to effectuate the denominational elements.

But s. 93 provides no constitutional protection for the design of the public school system. The Constitution gives the provincial government the plenary power over education in the province, and it is free to exercise this power however it sees fit in relation to the public school system. As the majority stated in *Adler, supra*, at para. 48:

One thing should, however, be made clear. The province remains free to exercise its plenary power with regard to education in whatever way it sees fit, subject to the restrictions relating to separate schools imposed by s. 93(1).

A similar claim to a “sphere of reasonable autonomy” for public school boards was made by a number of Alberta public school boards in *Alberta Public Schools, supra*. This Court unanimously rejected their claim. Major J. concluded, at para. 35, that “educational institutions are malleable and subject to legislative reform”. He relied on the following passage from Gonthier J. in the *Quebec Education Reference, supra*, at pp. 541-42:

What s. 93 of the Constitution guarantees . . . is the right to dissent itself, not the form of the institutions which have made it possible to exercise that right since 1867. This means, for example, that while the right of dissent obviously includes the means and framework in which it is exercised, the latter are not in themselves constitutionally guaranteed. The framers of the Constitution were wise enough not to determine finally the form of institutions, as it is those very institutions which must be capable of change in order to adapt to the varying social and economic conditions of society. Moreover, as we shall see, the institutions have been altered by the legislature many times since 1867.

While Gonthier J. was concerned with dissentient schools, I agree with Major J.’s statement in *Alberta Public Schools* that the conclusion is equally applicable to public schools. Major J. held, at para. 37, that the acceptance of a right of reasonable autonomy for public school boards is inconsistent with, and would impair, the plenary power

leurs programmes d’enseignement et des aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels.

Toutefois, l’art. 93 n’accorde aucune protection constitutionnelle pour la forme du système d’écoles publiques. La Constitution donne au gouvernement provincial plein pouvoir en matière d’éducation dans la province, et il est libre de l’exercer comme il l’entend à l’égard du système d’écoles publiques. Voici ce que dit la majorité dans *Adler*, précité, par. 48 :

Cependant, une chose doit être claire. La province demeure libre d’exercer, comme elle l’entend, son pouvoir absolu en matière d’éducation, sous réserve des restrictions relatives aux écoles séparées imposées par le par. 93(1).

Des conseils d’écoles publiques de l’Alberta ont revendiqué de la même façon une « sphère d’autonomie raisonnable » dans l’affaire *Alberta Public Schools*, précitée. Notre Cour, à l’unanimité, a rejeté leur demande. Le juge Major conclut, au par. 35, que « les établissements d’enseignement sont malléables et soumis aux réformes législatives ». Il se fonde sur le passage suivant du juge Gonthier dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’instruction publique (Qué.)*, précité, p. 541-542 :

Ce que l’art. 93 de la Constitution garantit [. . .], c’est le droit à la dissidence lui-même, non la forme des structures qui ont permis de l’exercer depuis 1867. Cela signifie, par exemple, que si le droit de dissidence comprend évidemment les moyens et le cadre dans lequel l’exercer, ceux-ci, en eux-mêmes, ne représentent pas des modalités constitutionnellement garanties. Le Constituant a été assez sage pour ne pas figer les structures car celles-ci doivent justement pouvoir être modifiées pour s’adapter aux conditions sociales et économiques variables de la société. D’ailleurs, depuis 1867, les structures ont été modifiées à plusieurs reprises par le législateur, comme nous le verrons.

Même si le juge Gonthier parlait alors des écoles dissidentes, je souscris à l’affirmation du juge Major, dans *Alberta Public Schools*, que la conclusion est également applicable aux écoles publiques. Le juge Major conclut, au par. 37, que l’acceptation d’un droit d’autonomie raisonnable pour les conseils des écoles publiques est incompa-

61

62

given to the provinces over education by the opening words of s. 93. I adopt his reasoning in the present appeal.

63

I also reject the argument that a constitutional convention has arisen regarding the design of the public education system in Ontario. The OPSBA appellants correctly concede that such a convention could not be used to invalidate express legislation. In *Reference Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (“*Patriation Reference*”), the majority of this Court stated, at p. 880:

The conventional rules of the constitution present one striking peculiarity. In contradistinction to the laws of the constitution, they are not enforced by the courts. One reason for this situation is that, unlike common law rules, conventions are not judge-made rules. They are not based on judicial precedents but on precedents established by the institutions of government themselves. Nor are they in the nature of statutory commands which it is the function and duty of the courts to obey and enforce. Furthermore, to enforce them would mean to administer some formal sanction when they are breached. But the legal system from which they are distinct does not contemplate formal sanctions for their breach.

Instead, the remedy for breach of a constitutional convention must be found outside the courts, if a remedy is to be found at all (*Patriation Reference*, at pp. 881-83):

The remedy lies with some other institutions of government; furthermore it is not a formal remedy and it may be administered with less certainty or regularity than it would be by a court.

This conflict between convention and law which prevents the courts from enforcing conventions also prevents conventions from crystallizing into laws, unless it be by statutory adoption.

It is because the sanctions of convention rest with institutions of government other than courts, such as the Governor General or the Lieutenant Governor, or the Houses of Parliament, or with public opinion and ulti-

tible avec le pouvoir absolu conféré aux provinces en matière d'éducation par le passage introductif de l'art. 93 et y porterait atteinte. J'adopte ce raisonnement dans le présent pourvoi.

Je rejette aussi l'argument selon lequel une convention constitutionnelle serait née à l'égard de la forme du système d'enseignement public de l'Ontario. Les appelants OPSBA concèdent à bon droit qu'une telle convention ne pourrait servir à invalider une loi expresse. Dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (« *Renvoi relatif au rapatriement* »), notre Cour à la majorité dit, à la p. 880 :

Les règles conventionnelles de la Constitution présentent une particularité frappante. Contrairement au droit constitutionnel, elles ne sont pas administrées par les tribunaux. Cette situation est notamment due au fait qu'à la différence des règles de *common law*, les conventions ne sont pas des règles judiciaires. Elles ne s'appuient pas sur des précédents judiciaires, mais sur des précédents établis par les institutions mêmes du gouvernement. Elles ne participent pas non plus des ordres législatifs auxquels les tribunaux ont pour fonction et devoir d'obéir et qu'ils doivent respecter. En outre, les appliquer signifierait imposer des sanctions en bonne et due forme si elles sont violées. Mais le régime juridique dont elles sont distinctes ne prévoit pas de sanctions de la sorte pour leur violation.

Le remède, s'il en est, pour la violation d'une convention constitutionnelle doit plutôt être recherché à l'extérieur des tribunaux (*Renvoi relatif au rapatriement*, p. 882-883) :

Le remède relève d'autres institutions gouvernementales; en outre, ce n'est pas un remède formel et il peut être administré avec moins de certitude ou de régularité qu'il le serait par un tribunal.

Ce conflit entre la convention et le droit qui empêche les tribunaux de faire respecter les conventions, empêche également ces dernières de se cristalliser en règle de droit, à moins que la cristallisation se fasse par l'adoption d'une loi.

C'est parce que la sanction des conventions relève des institutions gouvernementales autres que les tribunaux, tels le gouverneur général, le lieutenant-gouverneur, les chambres du Parlement ou l'opinion publique et, en

mately, with the electorate, that it is generally said that they are political.

The law in this respect was recently affirmed by this Court in *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 98:

The respective roles of the courts and political actors in discharging the constitutional obligations we have identified follows ineluctably from the foregoing observations. In the *Patriation Reference*, a distinction was drawn between the law of the Constitution, which, generally speaking, will be enforced by the courts, and other constitutional rules, such as the conventions of the Constitution, which carry only political sanctions.

The OPSBA appellants nevertheless seek a declaration that a constitutional convention exists regarding the right of school boards in Ontario to levy and determine property taxes for education purposes, presumably so that they could then seek a remedy for a violation of this convention in the appropriate forum. I cannot agree that such a convention exists. Constitutional conventions relate to the principles of responsible government, not to how a particular power, which is clearly within a provincial government's jurisdiction, is to be exercised. The nature of constitutional conventions was reviewed by this Court in *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 878 and 880:

It was apparently Dicey who, in the first edition of his *Law of the Constitution*, in 1885, called them the "conventions of the constitution", (see W. S. Holdsworth, "The Conventions of the Eighteenth Century Constitution" (1932), 17 Iowa Law Rev. 161), an expression which quickly became current. What Dicey described under these terms are the principles and rules of responsible government, several of which are stated above and which regulate the relations between the Crown, the prime minister, the cabinet and the two Houses of Parliament. These rules developed in Great Britain by way of custom and precedent during the nineteenth century and were exported to such British colonies as were granted self-government.

The main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the constitution will

définitive, l'électorat, qu'on dit généralement qu'elles sont politiques.

Le droit à cet égard a été confirmé récemment par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 98 :

Les rôles respectifs des tribunaux et des acteurs politiques, dans l'exécution des obligations constitutionnelles que nous avons décrites, découlent inéluctablement des remarques antérieures. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, une distinction a été faite entre le droit de la Constitution, que généralement les tribunaux font respecter, et d'autres règles constitutionnelles, telles les conventions de la Constitution, qui sont susceptibles de sanctions politiques seulement.

Les appelants OPSBA demandent néanmoins une déclaration portant qu'il existe une convention constitutionnelle au sujet du droit des conseils scolaires de l'Ontario d'imposer et d'établir des taxes foncières à des fins éducatives, probablement pour pouvoir chercher réparation pour atteinte à cette convention devant le forum approprié. Je ne puis conclure à l'existence d'une telle convention. Les conventions constitutionnelles portent sur les principes du gouvernement responsable et non sur la façon dont est exercé un pouvoir particulier qui relève clairement de la province. Notre Cour a examiné la nature des conventions constitutionnelles dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, p. 878 et 880 :

C'est apparemment Dicey qui, dans la première édition de son ouvrage *Law of the Constitution*, en 1885, les a baptisées «conventions constitutionnelles», une expression qui est rapidement devenue consacrée (voir W. S. Holdsworth, «The Conventions of the Eighteenth Century Constitution», (1932) 17 Iowa Law Rev. 161). Sous ces termes, Dicey décrit les principes et règles du gouvernement responsable, dont plusieurs ont été cités ci-dessus et qui régissent les relations entre la Couronne, le premier ministre, le cabinet et les deux chambres du Parlement. Ces règles ont été élaborées en Grande-Bretagne au moyen de la coutume et du précédent au cours du dix-neuvième siècle et ont été exportées dans les colonies britanniques qui obtenaient leur autonomie.

L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution

64

65

be operated in accordance with the prevailing constitutional values or principles of the period. For example, the constitutional value which is the pivot of the conventions stated above and relating to responsible government is the democratic principle: the powers of the state must be exercised in accordance with the wishes of the electorate; and the constitutional value or principle which anchors the conventions regulating the relationship between the members of the Commonwealth is the independence of the former British colonies.

Similarly, in the *Reference Re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 803, this Court stated that the “main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the constitution will be operated in accordance with generally accepted principles”. There is no generally accepted principle in Canada as to the design of the public education system. Quite the opposite is true, for every province has designed its public school system in a different way. Furthermore, the fact that one province has used a particular design for an extended period of time reflects consistency in public policy. It does not announce the arrival of a new principle of responsible government.

66

Even if this were the type of issue over which a constitutional convention could develop, which I believe it is not, there is no evidence of such a convention developing in Ontario. This Court recently rejected a similar constitutional convention argument with regard to the design of the Alberta public education system in *Alberta Public Schools*, *supra*, at paras. 38-41. Major J. noted that the education system in Alberta has always had “a significant degree of centralized control” (para. 40). As illustrated in the review of the powers of the Chief Superintendent of Education for Upper Canada and the Council of Public Instruction for Upper Canada above, Ontario has similarly always had a significant degree of centralized control over its education system. I adopt Major J.’s conclusion in *Alberta Public Schools*, at para. 41, that the recognition of a constitutional convention in this area would be inconsistent with the plenary power over education given to the provinces in s. 93. For all of

fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l’époque. Par exemple, la valeur constitutionnelle qui est le pivot des conventions dont on vient de parler et qui se rapportent au gouvernement responsable est le principe démocratique: les pouvoirs de l’État doivent être exercés conformément aux vœux de l’électorat. La valeur ou principe constitutionnel auquel se rattachent les conventions qui régissent les relations entre les membres du Commonwealth est l’indépendance des anciennes colonies britanniques.

De même, dans le *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, p. 803, notre Cour dit que les « conventions constitutionnelles ont principalement pour but de garantir que le fonctionnement du cadre juridique de la Constitution est conforme à des principes généralement acceptés ». Il n’existe pas de principe généralement accepté au Canada quant à la forme du système d’enseignement public. En fait, c’est plutôt le contraire, car chaque province a un système d’enseignement public qui lui est propre. De plus, le fait qu’une province ait employé pendant longtemps une forme particulière reflète une cohérence dans la politique publique. Cela n’annonce pas la naissance d’un nouveau principe de gouvernement responsable.

Même s’il s’agissait d’un type de question susceptible de donner naissance à une convention constitutionnelle, ce qui selon moi n’est pas le cas, rien ne permet de penser qu’une telle convention se soit développée en Ontario. Notre Cour a récemment rejeté un argument de convention constitutionnelle semblable à l’égard de la forme du système d’enseignement public en Alberta dans *Alberta Public Schools*, précité, par. 38-41. Le juge Major a noté que le système d’enseignement en Alberta a toujours été marqué par « une centralisation importante du contrôle » (par. 40). Il ressort clairement de notre examen des pouvoirs du surintendant en chef de l’éducation du Haut-Canada et du conseil de l’instruction publique du Haut-Canada, que l’Ontario a toujours exercé lui aussi sur son système d’enseignement un contrôle très centralisé. J’adopte la conclusion du juge Major dans *Alberta Public Schools*, par. 41, que la reconnaissance d’une convention constitutionnelle dans ce domaine serait incompatible avec la pleine compétence en matière d’éducation conférée aux

these reasons, the constitutional convention argument fails.

E. *Delegation of Taxation*

The OPSBA appellants argue that the power granted to the Minister of Finance under s. 257.12(1)(b) of the new *Education Act* to determine property tax rates for education purposes is unconstitutional. Specifically, they submit that this provision violates the preamble, ss. 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867*, the relevant portions of which read:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom

53. Bills for appropriating any Part of the Public Revenue, or for imposing any Tax or Impost, shall originate in the House of Commons.

54. It shall not be lawful for the House of Commons to adopt or pass any Vote, Resolution, Address, or Bill for the Appropriation of any Part of the Public Revenue, or of any Tax or Impost, to any Purpose that has not been first recommended to that House by Message of the Governor General in the Session in which such Vote, Resolution, Address, or Bill is proposed.

Sections 53 and 54 apply to provincial legislatures by virtue of s. 90 of the *Constitution Act, 1867*:

90. The following Provisions of this Act respecting the Parliament of Canada, namely, — the Provisions relating to Appropriation and Tax Bills, the Recommendation of Money Votes, the Assent to Bills, the Disallowance of Acts, and the Signification of Pleasure on Bills reserved, — shall extend and apply to the Legislatures of the several Provinces as if those Provisions were here re-enacted and made applicable in Terms to the respective Provinces and the Legislatures thereof, with the Substitution of the Lieutenant Governor of the Province for the Governor General, of the Governor General for the Queen and for a Secretary of State, of

provinces par l'art. 93. Pour tous ces motifs, l'argument fondé sur la convention constitutionnelle n'est pas retenu.

E. *Délégation du pouvoir de taxation*

Les appelants OPSBA font valoir que le pouvoir conféré au ministre des Finances par l'al. 257.12(1)(b) de la nouvelle *Loi sur l'éducation* de prescrire le taux des impôts scolaires applicables aux biens est inconstitutionnel. Ils prétendent plus particulièrement que cette disposition porte atteinte au préambule ainsi qu'aux art. 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont les parties pertinentes sont ainsi libellées :

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de s'unir en fédération pour former un seul et même dominion sous la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni . . .

53. Tout projet de loi ayant pour objet l'affectation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra prendre naissance à la Chambre des communes.

54. Il ne sera pas loisible à la Chambre des communes d'adopter une motion, résolution, adresse ou un projet de loi pour l'affectation d'une partie du revenu public, ou d'une taxe ou d'un impôt, à des fins non préalablement recommandées à la Chambre par un message du gouverneur général pendant la session au cours de laquelle une telle motion, résolution ou adresse ou un tel projet de loi est proposé.

Les articles 53 et 54 s'appliquent aux législatures provinciales par l'effet de l'art. 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

90. Les dispositions suivantes de la présente loi relatives au Parlement du Canada, à savoir : les dispositions concernant les projets de loi d'affectation des crédits et les projets de lois fiscales, les recommandations portant vote de fonds publics, la sanction des projets de loi, le désaveu des lois et la signification du bon plaisir à l'égard des projets de loi réservés, s'étendront et s'appliqueront aux législatures des différentes provinces, comme si ces dispositions étaient rééditées au présent article et rendues expressément applicables aux provinces et à leurs législatures, en substituant toutefois le lieutenant-gouverneur de la province au gouverneur

One Year for Two Years, and of the Province for Canada.

68

Sections 53 and 54 can be amended by Parliament or by provincial legislatures. As Pigeon J. stated for the majority in *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1291, “ss. 53 and 54 are not entrenched provisions of the constitution, they are clearly within those parts which the Parliament of Canada is empowered to amend by s. 91(1)”. Although the amending provisions of the Constitution were altered when the Constitution was patriated in 1982, ss. 53 and 54 continue to be unentrenched provisions of the Constitution. By virtue of s. 45 of the *Constitution Act, 1982*, the legislature of each province retains the exclusive discretion to make laws amending the constitution of the province: see *Eurig, supra*, at para. 35. The intervener Attorney General of British Columbia points out that British Columbia has removed s. 53 from its constitution: *Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, c. 62.

69

Nevertheless, ss. 53 and 54 continue to apply to the Ontario legislature. Furthermore, the OPSBA appellants submit that the preamble of the Constitution, by stating that the Canadian Constitution will be “similar in Principle to that of the United Kingdom”, has imported the principle of “no taxation without representation” to Canadian law. This principle was established in the United Kingdom by the 1688 Bill of Rights:

That levying Money for or to the Use of the Crowne by pretence of Prerogative without Grant of Parlyament for longer time or in other manner than the same is or shall be granted is Illegal.

70

I accept that there is a constitutional guarantee of “no taxation without representation” in Canada. However, I conclude that the requirements of this guarantee have been met by the *EQIA*. Before I explain my reasoning, I wish to point out that s. 54 of the *Constitution Act, 1867* is not relevant to this issue. Joan Small correctly states the function of

général, le gouverneur général à la Reine et au secrétaire d’État, un an à deux ans et la province au Canada.

Les articles 53 et 54 peuvent être modifiés par le Parlement ou par les législatures provinciales. Comme le juge Pigeon l’a écrit, au nom de la majorité, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l’organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, p. 1291, « les art. 53 et 54 ne sont pas des dispositions intangibles de la Constitution; ils tombent clairement dans les catégories de sujets que le Parlement du Canada est autorisé à modifier en vertu de l’art. 91(1) ». Même si les dispositions modificatives de la Constitution ont été changées lors du rapatriement de la Constitution en 1982, les art. 53 et 54 demeurent des dispositions constitutionnalisées. En vertu de l’art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la législature de chaque province conserve la compétence discrétionnaire exclusive de modifier la constitution de sa province par voie législative : voir *Eurig*, précité, par. 35. L’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique souligne que la Colombie-Britannique a retiré l’art. 53 de sa constitution : *Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 62.

Les articles 53 et 54 continuent néanmoins à s’appliquer à la législature de l’Ontario. Les appelants du groupe OPSBA prétendent en outre qu’en déclarant que la Constitution canadienne est une constitution « semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni », le préambule de la Constitution a importé dans le droit canadien le principe « aucune taxation sans représentation ». Ce principe a été établi au Royaume-Uni par le Bill of Rights de 1688 :

[TRADUCTION] Qu’une levée d’argent pour la Couronne ou à son usage, sous prétexte de prérogative, sans le consentement du Parlement, pour un temps plus long et d’une manière autre qu’elle est ou sera consentie par le Parlement est illégale.

J’accepte que le principe « aucune taxation sans représentation » soit garanti au Canada dans la Constitution. Je conclus toutefois que la *LAQÉ* satisfait aux conditions de cette garantie. Avant d’expliquer mon raisonnement, je voudrais souligner que l’art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n’est pas pertinent en l’espèce. Joan Small

s. 54 in “Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?” (1995), 27 *Ottawa L. Rev.* 33, at pp. 35 and 40:

Section 54 requires a royal recommendation for any “Bill for the Appropriation of any Part of the Public Revenue, or of any Tax or Impost”.

Section 54 is directed to the House of Commons alone. It states that, in effect, an appropriation must first be recommended to the House of Commons by the message of the Governor General in the session in which the bill is introduced. The appropriation is of one of two things: any part of the public revenue, or any tax or impost. The section has nothing to do with the actual imposition or levying of any tax or impost.

This view was endorsed by Major J. for the majority in *Eurig, supra*, at para. 37, where he concluded that “s. 54 concerns the appropriation of taxes, and not the imposition of taxes”. The case at bar, like *Eurig*, is concerned with whether the imposition of a tax is constitutional. It has not been argued that the government of Ontario failed to meet the requirements of s. 54 when it appropriated public funds for education grants.

In my opinion, the fundamental democratic principle of “no taxation without representation” is guaranteed by s. 53 of the *Constitution Act, 1867*. As Major J. stated for the majority in *Eurig, supra*, at para. 30:

[Section 53] codifies the principle of no taxation without representation, by requiring any bill that imposes a tax to originate with the legislature. My interpretation of s. 53 does not prohibit Parliament or the legislatures from vesting any control over the details and mechanism of taxation in statutory delegates such as the Lieutenant Governor in Council. Rather, it prohibits not only the Senate, but also any other body other than the directly elected legislature, from imposing a tax on its own accord.

This view was affirmed in *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*,

décrit correctement la fonction de l’art. 54 dans « Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle? » (1995), 27 *R.D. Ottawa* 33, p. 35-40 :

[TRADUCTION] L’article 54 prescrit une recommandation royale pour tout « projet de loi pour l’affectation d’une partie du revenu public, ou d’une taxe ou d’un impôt ».

L’article 54 ne vise que la Chambre des communes. Il prévoit que, en fait, une affectation doit d’abord avoir été recommandée au préalable à la Chambre des communes par un message du gouverneur général pendant la session au cours de laquelle le projet de loi est déposé. Il s’agit de l’affectation de l’un ou l’autre des éléments suivants : soit d’une partie du revenu public, soit d’une taxe ou d’un impôt. Cette disposition n’a rien à voir avec le fait d’imposer ou de prélever une taxe ou un impôt.

Ce point de vue est appuyé par le juge Major, dans ses motifs majoritaires dans *Eurig*, précité, par. 37, où il conclut que « l’art. 54 vise l’affectation des taxes et non leur établissement ». En l’espèce, comme dans *Eurig*, il s’agit de déterminer si l’imposition d’une taxe est constitutionnelle. Personne ne prétend que le gouvernement de l’Ontario n’a pas satisfait aux exigences de l’art. 54 lorsqu’il a alloué des fonds publics pour les subventions scolaires.

À mon avis, le principe démocratique fondamental « aucune taxation sans représentation » est garanti par l’art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le dit le juge Major, au nom de la majorité dans *Eurig*, précité, par. 30 :

En exigeant que tout projet de loi créant une taxe émane de la législature, [l’art. 53] codifie le principe selon lequel il ne peut y avoir de taxation sans représentation. Mon interprétation de l’art. 53 n’a pas pour effet d’interdire au Parlement ou aux législatures de confier à des délégués prévus par la loi — tel le lieutenant-gouverneur en conseil — un certain pouvoir sur le détail de la taxe et son mécanisme d’application. Au contraire, elle interdit non seulement au Sénat mais également à tout organisme autre que la législature directement élue d’imposer une taxe de son propre chef.

Cette opinion est confirmée dans les motifs rédigés par le juge Gonthier, au nom de la Cour, dans *Pre-*

[1999] 3 S.C.R. 134. Writing for the Court, Gonthier J. stated, at para. 19:

... the Canadian Constitution (through the operation of s. 53 of the *Constitution Act, 1867*) demands that there should be no taxation without representation. In other words, individuals being taxed in a democracy have the right to have their elected representatives debate whether their money should be appropriated, and determine how it should be spent.

72 Comment on whether the preamble of the *Constitution Act, 1867* also protects this principle, as s. 53 continues to apply to Ontario. Whether the preamble may be relied on to import the principle of no taxation without representation into jurisdictions that have repealed s. 53 is best decided in a case directly raising that question.

73 The issue is therefore whether the principle of no taxation without representation is respected by the *EQIA*. In *Eurig, supra*, the requirements necessary to satisfy this principle were left open. Major J. stated, at para. 36:

The Ontario legislature did not delegate to the Lieutenant Governor in Council the authority to impose a tax. Therefore whether it could constitutionally do so does not need to be addressed.

See also para. 39. With the *EQIA*, the Ontario legislature has delegated the authority to impose a tax. I agree with the Ontario Court of Appeal that a tax is not imposed until the rate is set. Along with the tax base and time unit, the tax rate is a defining feature of a tax. This must be the case, for if the rate is zero, there is no tax. As the Court of Appeal stated, at p. 41:

... an element, or component, of the exercise of the power to tax is the establishment of the amount, or rate, of the tax, not only to enable the taxpayer to know the extent of his or her obligation, but to enable the taxing authority to determine the anticipated amount of tax revenue it will obtain.

mière nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 19 :

... la Constitution canadienne (par l'application de l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) exige qu'il n'y ait aucune taxation sans représentation. En d'autres termes, les personnes assujetties à la taxation dans une démocratie ont droit à ce que leurs représentants élus débattent des questions de savoir si cet argent devrait être prélevé et comment il devrait être dépensé.

Il ne m'est pas nécessaire de déterminer si le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège aussi ce principe puisque l'art. 53 continue de s'appliquer à l'Ontario. La question de savoir s'il est possible d'invoquer le préambule pour importer le principe selon lequel il ne peut y avoir de taxation sans représentation dans les provinces qui ont abrogé l'art. 53 doit être tranchée, de préférence, dans une affaire qui aborde directement cette question.

Il s'agit par conséquent de savoir si le principe interdisant la taxation sans représentation est respecté par la *LAQÉ*. Dans *Eurig*, précité, les exigences nécessaires pour satisfaire à ce principe n'ont pas été précisées. Voici ce qu'écrit le juge Major, au par. 36 :

La législature de l'Ontario n'a pas délégué au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir d'établir une taxe. Par conséquent, la question de savoir s'il avait constitutionnellement le pouvoir de le faire n'a pas à être examinée.

Voir également le par. 39. Dans la *LAQÉ*, la législature de l'Ontario a délégué le pouvoir de taxation. Je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario qu'une taxe n'est pas imposée avant que le taux ne soit fixé. Avec l'assiette fiscale et l'unité de temps, le taux d'imposition est un élément qui permet de déterminer un impôt. En effet, si le taux est établi à zéro, il n'y a pas d'impôt. Voici ce que dit la Cour d'appel, à la p. 41 :

[TRADUCTION] ... un élément, ou une composante, de l'exercice du pouvoir de taxation consiste en l'établissement du montant, ou du taux, de la taxe, non seulement afin de permettre au contribuable de connaître l'étendue de son obligation, mais aussi pour permettre aux autorités fiscales de déterminer la quantité de recettes fiscales qu'elles peuvent s'attendre à prélever.

See *Executors of Will of Hon. Patrick Burns, deceased v. Minister of National Revenue*, [1947] S.C.R. 132, at p. 155, *per* Estey J. (dissenting in part); *rev'd* in part [1950] A.C. 213, at p. 226, where the Privy Council agreed with Estey J.'s dissenting view that "without a rate or determinable amount there can be no impost".

The delegation of the imposition of a tax is constitutional if express and unambiguous language is used in making the delegation. The animating principle is that only the legislature can impose a new tax *ab initio*. But if the legislature expressly and clearly authorizes the imposition of a tax by a delegated body or individual, then the requirements of the principle of "no taxation without representation" will be met. In such a situation, the delegated authority is not being used to impose a completely new tax, but only to impose a tax that has been approved by the legislature. The democratic principle is thereby preserved in two ways. First, the legislation expressly delegating the imposition of a tax must be approved by the legislature. Second, the government enacting the delegating legislation remains ultimately accountable to the electorate at the next general election.

This view accords with the majority position in *Eurig, supra*. Major J. stated, at paras. 31-32:

In our system of responsible government, the Lieutenant Governor in Council cannot impose a new tax *ab initio* without the authorization of the legislature. As Audette J. succinctly stated in *The King v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, at p. 83, "[t]he Governor in Council has no power, *proprio vigore*, to impose taxes unless under authority specifically delegated to it by Statute. The power of taxation is exclusively in Parliament."

The basic purpose of s. 53 is to constitutionalize the principle that taxation powers cannot arise incidentally in delegated legislation. In so doing, it ensures parliamentary control over, and accountability for, taxation.

Voir *Executors of Will of Hon. Patrick Burns, deceased c. Minister of National Revenue*, [1947] R.C.S. 132, p. 155, le juge Estey (dissident en partie) infirmé en partie [1950] A.C. 213, p. 226, dans lequel le Conseil privé a exprimé son accord avec l'opinion dissidente du juge Estey que [TRADUCTION] « sans un taux ou un montant déterminable, il ne peut y avoir d'impôt ».

La délégation du pouvoir de taxation est constitutionnelle si elle est faite dans un langage explicite et non ambigu. Le principe directeur est que seule la législature peut imposer une nouvelle taxe *ab initio*. Mais si la législature autorise expressément et clairement un organisme ou un particulier délégataire à imposer une taxe, les exigences du principe « aucune taxation sans représentation » sont remplies. Dans une telle situation, l'autorité délégataire ne sert pas à imposer une taxe complètement nouvelle, mais uniquement à imposer une taxe qui a déjà été approuvée par la législature. Le principe démocratique est ainsi protégé de deux façons. En premier lieu, la loi qui délègue expressément l'imposition d'une taxe doit être approuvée par la législature. En deuxième lieu, le gouvernement qui adopte la loi opérant délégation demeure en fin de compte responsable devant l'électorat lors de la prochaine élection générale.

Cette opinion s'accorde avec la position de la majorité dans *Eurig*, précité. Voici ce que dit le juge Major, au par. 31-32 :

Dans notre système de gouvernement responsable, le lieutenant-gouverneur en conseil ne peut établir une nouvelle taxe *ab initio* sans l'autorisation de la législature. Comme l'a dit succinctement le juge Audette dans *The King c. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, à la p. 83, [TRADUCTION] « [l]e gouverneur en conseil n'a pas le pouvoir *proprio vigore* d'établir des taxes, à moins qu'un tel pouvoir ne lui ait été expressément délégué par une loi. Le pouvoir de taxation appartient exclusivement au Parlement. »

L'objet fondamental de l'art. 53 est de constitutionaliser le principe qu'un pouvoir de taxation ne peut découler accessoirement d'une mesure législative subordonnée. Ainsi, cette disposition assure la compétence et la responsabilité des parlementaires à l'égard de la taxation.

Major J. later referred to this, at para. 40, as the “constitutional requirement for a clear and unambiguous authorization of taxation within the enabling statute”. The *EQIA* meets this requirement, as s. 257.12(1)(b) of the new *Education Act* expressly authorizes the Minister of Finance to prescribe the tax rates for school purposes. When the Minister sets the applicable rates, a tax is not imposed *ab initio*, but is imposed pursuant to a specific legislative grant of authority. Furthermore, the delegation of the setting of the rate takes place within a detailed statutory framework, setting out the structure of the tax, the tax base, and the principles for its imposition.

Le juge Major décrit ensuite cela comme « [l]’exigence constitutionnelle selon laquelle la loi habilitante doit autoriser la taxation de façon claire et non ambiguë » (par. 40). La *LAQÉ* satisfait à cette exigence, puisque l’al. 257.12(1)(b) de la nouvelle *Loi sur l’éducation* autorise expressément le ministre des Finances à prescrire le taux des impôts scolaires. Lorsque le ministre établit les taux applicables, il ne s’agit pas d’une taxe établie *ab initio*, mais d’une taxe établie en vertu d’un octroi législatif d’autorité spécifique. De plus, la délégation du pouvoir de déterminer le taux se situe dans un cadre législatif détaillé, qui précise la structure de la taxe, l’assiette fiscale et les principes de son imposition.

76 As Bastarache J. pointed out in *Eurig, supra*, at para. 55:

The provincial legislature is entitled to delegate taxing powers to its subordinate bodies, including the Lieutenant Governor in Council (*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at pp. 131-33; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708 (P.C.), at p. 722; *Irving Oil Ltd. v. Provincial Secretary of New Brunswick*, [1980] 1 S.C.R. 787).

Comme le souligne le juge Bastarache dans *Eurig*, précité, par. 55 :

La législature provinciale peut déléguer des pouvoirs de taxation à ses organismes subordonnés, y compris au lieutenant-gouverneur en conseil (*Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), aux pp. 131 à 133; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708 (C.P.), à la p. 722; *Irving Oil Ltd. c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick*, [1980] 1 R.C.S. 787).

This Court divided in *Eurig* not over whether this was a correct statement of the law (as the majority felt it was premature to comment on the issue), but over whether s. 5 of Ontario’s *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6, expressly authorized a delegation of taxation. Both the majority opinion and the concurring opinion of Binnie J. concluded that it did not, while the dissenting opinion of Bastarache J. concluded that it did. In this case, however, the delegation of the taxing power by the *EQIA* is clear and unambiguous.

Dans *Eurig*, notre Cour était partagée non sur la question de savoir si cela constituait un exposé exact du droit (puisque la majorité estimait qu’il était prématuré de faire des commentaires sur cette question), mais sur celle de savoir si l’art. 5 de la *Loi sur l’administration de la justice* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. A.6, autorisait expressément une délégation du pouvoir de taxation. L’opinion de la majorité et l’opinion concordante du juge Binnie concluaient toutes deux que tel n’était pas le cas, tandis que l’opinion dissidente du juge Bastarache concluait par l’affirmative. En l’espèce, toutefois, la délégation du pouvoir de taxation par la *LAQÉ* est claire et non ambiguë.

77 There is long-standing legal authority for the view that the test for constitutional delegation of the taxation power is the use of clear and unambiguous language. In *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 L.T.R. 884 (C.A.), at p. 885, aff’d (1922), 91 L.J.K.B. 897 (H.L.), Scrutton L.J. stated:

Il est établi depuis longtemps en droit que le critère de la constitutionnalité d’une délégation du pouvoir de taxation est l’utilisation d’un libellé clair et non ambigu. Dans *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 L.T.R. 884 (C.A.), p. 885, conf. par (1922), 91 L.J.K.B. 897 (H.L.), le lord juge Scrutton disait ceci :

It is conceivable that Parliament, which may pass legislation requiring the subject to pay money to the Crown, may also delegate its powers of imposing such payments to the Executive, but in my view the clearest words should be required before the Courts hold that such an unusual delegation has taken place. As Chief Justice Wilde said in *Gosling v. Veley*, 12 Q.B., at p. 407 : “The rule of law that no pecuniary burden can be imposed upon the subjects of this country, by whatever name it may be called, whether tax, due, rate or toll, except upon clear and distinct legal authority, established by those who seek to impose the burthen, has been so often the subject of legal decision that it may be deemed a legal axiom, and requires no authority to be cited in support of it.” [Emphasis added.]

This case was relied on in *Gruen Watch Co. of Canada Ltd. v. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429 (H.C.), at p. 438, affirmed on this point in *Bulova Watch Co. v. Attorney-General of Canada*, [1951] O.R. 360 (C.A.), where McRuer C.J.H.C. stated:

It is for the legislative body to decide in every case what power is to be delegated to any administrative body, and in each case the administrative tribunal is confined to the express authority delegated to it and to the authority that may arise by necessary implication. In no case is the exercise of the delegated authority more carefully scrutinized than in the case where it is claimed that it gives a right to impose any financial burden on the subject.

The same principles apply to the delegation of powers to the executive. As previously referred to in paras. 75 and 76, see *The King v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75, at p. 83, and *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at pp. 131-33.

These principles explain how Parliament and the provincial legislatures are able to delegate taxing authority to municipalities, school boards and Aboriginal band councils. *Westbank First Nation*, *supra*, provides but one example of the constitutional delegation of such a taxing power, at para. 36:

The impugned charges are imposed under the authority of the legislature and levied by a public body. The by-laws are imposed pursuant to the power conferred by

[TRADUCTION] Il est concevable que le Parlement, qui peut adopter une loi obligeant le sujet à payer de l'argent à la Couronne, peut aussi déléguer ses pouvoirs d'imposer de tels paiements à l'exécutif, mais à mon avis, il faut que ce soit en des termes des plus clairs pour que les tribunaux puissent conclure à l'existence d'une délégation aussi inhabituelle. Comme l'a dit le juge en chef Wilde dans *Gosling c. Veley*, 12 Q.B., p. 407 : « La règle de droit selon laquelle aucune charge pécuniaire ne peut être imposée aux sujets de ce pays, peu importe le nom qu'on lui donne, qu'il s'agisse d'une taxe, d'une cotisation, d'un tarif ou d'un péage, sauf en vertu d'une autorité légale claire et distincte, établie par ceux qui cherchent à imposer la charge, a fait si souvent l'objet de décisions judiciaires qu'elle peut être considérée comme un axiome juridique, ne nécessitant pas qu'on se réfère à la jurisprudence pour l'étayer. » [Je souligne.]

Cette décision a été invoquée dans *Gruen Watch Co. of Canada Ltd. c. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429 (H.C.), p. 438, conf. sur ce point dans *Bulova Watch Co. c. Attorney-General of Canada*, [1951] O.R. 360 (C.A.), où le juge en chef McRuer a dit :

[TRADUCTION] C'est au corps législatif qu'il appartient de décider dans chaque cas du pouvoir à déléguer à un organisme administratif, et dans chaque cas le tribunal administratif doit s'en tenir au pouvoir qui lui est expressément délégué et au pouvoir qui peut naître par déduction nécessaire. Dans tous les cas, l'exercice de l'autorité déléguée doit être examiné avec le plus grand soin lorsqu'on prétend qu'elle donne le droit d'imposer toute charge financière au sujet.

Le même principe s'applique à la délégation de pouvoirs à l'exécutif. Comme il est déjà mentionné aux par. 75-76, voir *The King c. National Fish Co.*, [1931] R.C. de l'É. 75, p. 83, et *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), p. 131-133.

Ces principes expliquent comment le Parlement et les législatures provinciales peuvent déléguer le pouvoir de taxation à des municipalités, des conseils scolaires et des conseils de bande autochtones. *Première nation de Westbank*, précité, par. 36, donne un exemple de la délégation constitutionnelle d'un tel pouvoir de taxation :

Les redevances contestées sont imposées sous l'autorité du législateur et perçues par un organisme public. Les règlements sont pris en vertu de l'art. 83 de la *Loi*

s. 83 of the *Indian Act*. The taxes are levied by the Band Council, under its conferred authority, and are approved by the Minister of Indian Affairs and Northern Development.

sur les Indiens. Les taxes sont prélevées par le conseil de la bande, en vertu de ses pouvoirs attribués, et sont approuvées par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

79

As this passage implies, a tax imposed through the delegation of the taxing authority must also be *intra vires*, for a legislature cannot delegate a power it does not have. In the case of provincial legislatures, this primarily means that the delegated tax must be a direct tax, given that s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* assigns to the provinces only the power of “Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes”. Property taxes for education purposes are a direct tax, and so are *intra vires* the province. The delegation of the taxing authority in the *EQIA* is therefore constitutional. The delegation has been effected using express and unambiguous words, and the tax that the Minister has been delegated the authority to impose is *intra vires* the province.

Comme le laisse entendre ce passage, une taxe imposée par délégation du pouvoir de taxation doit aussi être *intra vires*, puisqu’une législature ne peut déléguer un pouvoir qu’elle n’a pas. Dans le cas des législatures provinciales, cela signifie essentiellement que la taxe déléguée doit être une taxe directe, puisque le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne confère aux provinces que le pouvoir relatif à la « taxation directe dans les limites de la province, dans le but de prélever un revenu pour des objets provinciaux. » Les taxes foncières à des fins éducatives sont des taxes directes; de ce fait, elles sont dans les limites des pouvoirs de la province. La délégation du pouvoir de taxation dans la *LAQÉ* est donc constitutionnelle. La délégation a été libellée de façon expresse et non ambiguë, et la taxe que le ministre est habilité à prélever par délégation est dans les limites des pouvoirs de la province.

VI. Conclusion

VI. Conclusion

80

Section 93(1) of the *Constitution Act, 1867* guarantees denominational school boards in Ontario the right to fair and equitable funding, and to control over the denominational aspects of their education program, as well as those non-denominational aspects necessary to deliver the denominational elements. Although s. 93(1) uses the public school system in Ontario as a comparator for separate school funding, it does not guarantee any particular elements of the design of the public school system. The *EQIA* respects the s. 93 guarantees. The new funding model established by the *EQIA* treats Roman Catholic schools in the province fairly and equitably. Furthermore, the *EQIA* does not interfere with the denominational aspects, or those non-denominational aspects necessary to deliver the denominational aspects, of the province’s denominational school system.

Le paragraphe 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantit aux conseils des écoles confessionnelles de l’Ontario le droit à un financement juste et équitable ainsi que le droit au contrôle des aspects confessionnels de leur programme d’éducation et des aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels. Même si le par. 93(1) se sert du système d’enseignement public de l’Ontario comme comparateur pour le financement des écoles séparées, il ne garantit pas d’éléments particuliers de la forme du système d’enseignement public. La *LAQÉ* respecte les garanties de l’art. 93. Le nouveau modèle de financement établi par la *LAQÉ* traite les écoles catholiques de la province de façon juste et équitable. De plus, la *LAQÉ* ne porte pas atteinte aux aspects confessionnels du régime d’écoles confessionnelles de la province, ni aux aspects non confessionnels nécessaires à la prestation des éléments confessionnels.

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Do Part IX Division B, Part IX Division F, and, in particular, ss. 257.7, 257.12, 257.19 and 257.106 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?

The answer is no.

2. Do ss. 231, 232 and 234 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, and the education Funding Formula enacted pursuant to s. 234 of the *Education Act* and presently embodied in O.Reg. 287/98 and O.Reg. 214/99, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?

The answer is no.

3. Does Part IX, Division D of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, prejudicially affect rights held under s. 93(1) of the *Constitution Act, 1867*?

The answer is no.

4. If the answer to questions 1, 2 or 3 is in the affirmative with respect to Roman Catholic separate school rights, are those provisions, or any of them, also invalid with respect to public school supporters and public school boards, by virtue of either s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, or constitutional convention?

The answer is no.

5. Does s. 257.12(1)(b) of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, as amended by the *Education Quality Improvement Act, 1997*, S.O. 1997, c. 31, contravene the preamble, s. 53, or s. 54 of the *Constitution Act, 1867*?

The answer is no.

Appeal dismissed.

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est rejeté. Voici les réponses aux questions constitutionnelles :

1. Est-ce que les sections B et F de la partie IX et, en particulier, les art. 257.7, 257.12, 257.19 et 257.106 de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, portent atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

La réponse est non.

2. Est-ce que les articles 231, 232 et 234 de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, et la formule de financement de l'éducation établie conformément à l'art. 234 de la *Loi sur l'éducation* et prévue présentement par le Règl. de l'Ont. 287/98 et le Règl. de l'Ont. 214/99 portent atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

La réponse est non.

3. Est-ce que la section D de la partie IX de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, porte atteinte aux droits garantis par le par. 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

La réponse est non.

4. Si la réponse à la question 1, 2 ou 3 est affirmative à l'égard des droits des écoles séparées catholiques, est-ce que ces dispositions, ou l'une d'entre elles, sont invalides à l'égard des conseils scolaires publics et des contribuables des écoles publiques par l'effet soit de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* soit d'une convention constitutionnelle?

La réponse est non.

5. Est-ce que l'alinéa 257.12(1)(b) de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, modifiée par la *Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation*, L.O. 1997, ch. 31, contrevient au préambule, à l'art. 53 ou à l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

La réponse est non.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellants the Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross and Annemarie Ross: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the appellants the Ontario Public School Boards' Association, the Toronto District School Board, the Ontario Secondary School Teachers' Federation, the Elementary Teachers' Federation of Ontario, Joleene Kemp, David Edwards and Robert Churchill: Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Ontario Catholic School Trustees' Association: Miller Thomson, Toronto.

Solicitors for the interveners the Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques and the Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the interveners the Alberta Catholic School Trustees' Association, the Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando: Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Procureurs des appelants Ontario English Catholic Teachers' Association, Marshall Jarvis, Claire Ross et Annemarie Ross : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs des appelants Ontario Public School Boards' Association, Toronto District School Board, Fédération des enseignants-enseignantes des écoles secondaires de l'Ontario, Fédération des enseignantes et enseignants de l'élémentaire de l'Ontario, Joleene Kemp, David Edwards et Robert Churchill : Hicks Morley Hamilton Stewart Storie, Toronto.

Procureur de l'intimé : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Ontario Catholic School Trustees' Association : Miller Thomson, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et l'Association des conseillers(ères) des écoles publiques de l'Ontario : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs des intervenants Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando : Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Boards of Education of Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, and Estevan School Division No. 95: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the interveners the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs des intervenants Boards of Education of Regina School Division No. 4, Saskatchewan Rivers School Division No. 119, Swift Current School Division No. 94, Weyburn School Division No. 97, Yorkton School Division No. 93, Moose Jaw School Division No. 1, Saskatoon School Division No. 13, et Estevan School Division No. 95 : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs des intervenants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish : Dale Gibson Associates, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Z.L. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. Z.L.

Neutral citation: 2001 SCC 16.

File No.: 27838.

2001: March 16.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Unreasonable or unsafe verdict — Accused convicted of sexually assaulting his own son — Court of Appeal setting aside accused's conviction and entering acquittal — No reason to change judgment of Court of Appeal.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 136 B.C.A.C. 60, 222 W.A.C. 60, 144 C.C.C. (3d) 444, [2000] B.C.J. No. 508 (QL), 2000 BCCA 169, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault and ordering an acquittal. Appeal dismissed.

John M. Gordon and Beverly MacLean, for the appellant.

William B. Smart, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ IACOBUCCI J. — This is an appeal as of right. Looking at all the circumstances of this case, we see no reason to interfere with the judgment of the majority of the British Columbia Court of Appeal and accordingly, we dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Z.L. *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. Z.L.

Référence neutre : 2001 CSC 16.

N° du greffe : 27838.

2001 : 16 mars.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit criminel — Verdict déraisonnable ou imprudent — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle contre son fils — Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité et inscrivant un acquittement — Aucune raison de modifier le jugement de la Cour d'appel.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 136 B.C.A.C. 60, 222 W.A.C. 60, 144 C.C.C. (3d) 444, [2000] B.C.J. No. 508 (QL), 2000 BCCA 169, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle et ordonné un acquittement. Pourvoi rejeté.

John M. Gordon et Beverly MacLean, pour l'appelante.

William B. Smart, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, nous ne voyons aucune raison de modifier l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, par conséquent, nous rejetons le pourvoi.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureur de l'appelante : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Smart & Williams, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Smart & Williams, Vancouver.

W.B.C. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. W.B.C.

Neutral citation: 2001 SCC 17.

File No.: 27822.

2001: March 16.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Court of Appeal dismissing accused's appeal from conviction — Court of Appeal correct in applying curative proviso of Criminal Code.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 130 O.A.C. 1, 142 C.C.C. (3d) 490, [2000] O.J. No. 397 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for sexual assault. Appeal dismissed.

Sharon E. Lavine, for the appellant.

Randy Schwartz, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ IACOBUCCI J. — This appeal comes to us as of right. The sole issue in the appeal is whether the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can be invoked to uphold the appellant's conviction. For substantially the reasons of the majority in the Ontario Court of Appeal, we agree that the

W.B.C. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ : R. c. W.B.C.

Référence neutre : 2001 CSC 17.

N° du greffe : 27822.

2001 : 16 mars.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave — Appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — Cour d'appel appliquant à bon droit la disposition réparatrice du Code criminel.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 130 O.A.C. 1, 142 C.C.C. (3d) 490, [2000] O.J. No. 397 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Sharon E. Lavine, pour l'appelant.

Randy Schwartz, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent appel nous a été soumis de plein droit. La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* peut être invoqué pour confirmer la déclaration de culpabilité de l'appelant. Essentiellement pour les motifs

proviso properly applies and accordingly we dismiss the appeal.

Judgment accordingly

Solicitors for the appellant: Greenspan, Humphrey, Lavine, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

exposés par les juges de la majorité en Cour d'appel de l'Ontario, nous sommes d'avis que cette disposition s'applique et, en conséquence, nous rejetons l'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Greenspan, Humphrey, Lavine, Toronto.

Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Paul Yick Wai Kwok *Appellant*

v.

United States of America *Respondent*

and between

Paul Yick Wai Kwok *Appellant*

v.

Minister of Justice *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. KWOK

Neutral citation: 2001 SCC 18.

File No.: 26919.

2000: March 24; 2001: April 5.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to remain in Canada — Extradition — Whether mobility rights engaged at committal stage of extradition process — Whether such rights should only be considered at surrender stage — Whether Minister's decision to surrender fugitive to U.S. breached his mobility rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

Extradition — Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Interpretation of s. 9(3) of Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23.

Extradition — Disclosure of information — Fugitive's disclosure rights in extradition process — Fugitive's request for disclosure denied by extradition judge at committal stage and by Minister at surrender stage of

Paul Yick Wai Kwok *Appellant*

c.

États-Unis d'Amérique *Intimé*

et entre

Paul Yick Wai Kwok *Appellant*

c.

Ministre de la Justice *Intimé*

RÉPERTORIÉ : ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. KWOK

Référence neutre : 2001 CSC 18.

N^o du greffe : 26919.

2000 : 24 mars; 2001 : 5 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de demeurer au Canada — Extradition — La liberté de circulation entre-t-elle en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Cette liberté ne doit-elle être prise en compte qu'à l'étape de l'extradition du fugitif? — La décision du ministre d'extrader le fugitif vers les É.-U. a-t-elle porté atteinte à la liberté de circulation de ce dernier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

Extradition — Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — Interprétation de l'art. 9(3) de la Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23.

Extradition — Communication de la preuve — Droits du fugitif à la communication de la preuve dans le processus d'extradition — Rejet par le juge d'extradition à l'étape de l'incarcération et par le ministre à l'étape de l'extradition de la demande de communication de la preuve présentée par le fugitif dans le cours du proces-

extradition process — Whether extradition judge and Minister correct in denying request.

The appellant is a Canadian citizen resisting extradition to the U.S. on charges of conspiracy to traffic heroin. Seeking to exercise his right to remain in Canada, under s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, he requested complete disclosure of the RCMP investigation, which had paralleled the American investigation. American prosecutors refused disclosure on the grounds that they did not rely on the fruits of the Canadian investigation to request extradition. At the committal hearing, the extradition judge dismissed the appellant's renewed request for disclosure, ruling that any application under s. 6(1) of the *Charter* was either premature or beyond the function of the extradition judge. The evidence met the requisite test for sufficiency and the appellant was committed for surrender. The Minister of Justice refused his subsequent request for disclosure and ordered his immediate surrender to the U.S. The Court of Appeal dismissed both his appeal against the committal order and his application for judicial review of the surrender order.

Held: The appeals should be dismissed.

The *Charter* jurisdiction of the extradition judge is the same under either the 1992 or the current version of the *Extradition Act*. Fundamentally, the 1992 amendments were not meant to alter the two-tiered structure of the *Extradition Act*. While s. 9(3) eliminates the *habeas corpus* stage, both the extradition judge and the Minister of Justice maintain their separate functions and jurisdictions within the process, with the court deciding whether the Requesting State has made out a *prima facie* case to commit the fugitive, while the Minister makes the ultimate discretionary decision to surrender the fugitive. Section 9(3) does not confer an expanded *Charter* jurisdiction upon the extradition judge. It simply permits the extradition judge to exercise the jurisdiction previously reserved for the *habeas corpus* judge. This includes granting remedies for *Charter* breaches that pertain directly to the circumscribed issues relevant at the committal stage of the extradition process. Review of both the committal decision made by the extradition judge and the surrender decision made by the Minister rests

sus d'extradition — Le juge d'extradition et le ministre ont-ils eu raison de rejeter la demande?

L'appellant est un citoyen canadien qui conteste son extradition vers les États-Unis afin d'y être jugé relativement à des accusations de complot de trafic d'héroïne. Invokant le droit de demeurer au Canada que lui reconnaît le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a demandé la communication complète du dossier concernant l'enquête menée par la GRC parallèlement à celle des autorités américaines. Les procureurs américains ont refusé d'accéder à cette demande, disant qu'ils ne s'appuyaient pas sur les fruits de l'enquête canadienne pour demander l'extradition du fugitif. À l'audience relative à l'incarcération, le juge d'extradition a rejeté la nouvelle demande de communication de la preuve présentée par l'appellant, concluant que toute demande fondée sur le par. 6(1) de la *Charte* était prématurée ou débordait le rôle du juge d'extradition. La preuve possédait le caractère suffisant requis par le critère applicable en la matière et l'appellant a été incarcéré en vue de son extradition. Le ministre de la Justice a rejeté la demande subséquente de communication de la preuve présentée par l'appellant et a ordonné l'extradition immédiate de ce dernier vers les États-Unis. La Cour d'appel a rejeté la demande de révision judiciaire de l'arrêté d'extradition ainsi que l'appel de l'ordonnance d'incarcération.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

La compétence en matière d'application de la *Charte* dont dispose le juge d'extradition est la même tant sous le régime de la version de 1992 de la *Loi sur l'extradition* que sous celui de la loi actuelle. Fondamentalement, les modifications de 1992 ne visaient pas à changer le régime à deux niveaux établi par la Loi. Quoique le par. 9(3) élimine l'étape de l'*habeas corpus*, tant le juge d'extradition que le ministre conservent leurs fonctions et compétences distinctes dans le cadre du processus, le tribunal décidant si l'État requérant a présenté une preuve justifiant *prima facie* l'incarcération du fugitif et le ministre prenant en dernier ressort, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la décision de livrer ou non la personne visée par la demande d'extradition. Le paragraphe 9(3) de la *Loi sur l'extradition* ne confère pas au juge d'extradition une compétence élargie en matière d'application de la *Charte*. Il ne fait qu'habiliter ce dernier à exercer la compétence réservée jusque-là au juge saisi de la requête en *habeas corpus* — y compris le pouvoir d'accorder des réparations pour les violations de la *Charte* se rapportant directement aux questions limitées qui sont pertinentes à l'étape de l'incarcération dans le processus d'extradition. C'est à la cour d'appel

with the provincial court of appeal and can be combined in a single hearing.

Section 6 of the *Charter* is not engaged by a decision of the Canadian prosecutorial authorities not to prosecute in Canada or by the issuance of a warrant for committal. Mobility issues are only engaged at the time of surrender and are therefore properly considered at the ministerial stage of the extradition process. The Minister of Justice must comply with the *Charter* on all matters incidental to surrendering a fugitive. Issues relating to s. 6 are therefore premature before the extradition judge as extradition hearings do not have to serve as the forum in which to generate the fullest factual record on all constitutional matters that may relate to the extradition process. Although remedies for anticipatory *Charter* breaches can be granted, the extradition judge ought not to pre-empt the Minister's decision on surrender. The Minister may receive affidavit evidence and/or call a discretionary hearing to allow a fugitive a reasonable opportunity to state his or her case. Judicial review of the Minister's surrender order provides for a timely, effective and complete *Charter* remedy for any s. 6 infringement that may have occurred in the extradition process. In that sense, a court of appeal is fully empowered to grant *Charter* remedies and to receive evidence to assist it in its assessment of s. 6, or any other *Charter* issues. In addition, even if evidence that relates to matters falling outside the ambit of the extradition judge's jurisdiction, such as ss. 6 or 12 issues, cannot be considered until the Minister has rendered a decision on surrender, on efficiency grounds, the extradition judge retains a limited discretion to hear, without deciding, such evidence when the allegations of *Charter* infringement hold an air of reality.

Here, the extradition judge was correct in declining to hear the appellant's s. 6 arguments and the Court of Appeal was right in concluding that the Minister had not infringed the appellant's mobility rights in ordering his surrender to the U.S. First, there was no improper delegation. Receiving assistance from local prosecutors in determining the feasibility of a Canadian prosecution does not displace the Minister's discretion or ability to

provinciale concernée qu'il appartient d'examiner l'ordonnance d'incarcération rendue par le juge d'extradition et l'arrêté d'extradition pris par le ministre. La cour d'appel peut joindre l'audition de ces deux recours.

Ni la décision des autorités canadiennes de ne pas intenter de poursuites au Canada ni la délivrance d'un mandat d'incarcération ne font intervenir l'art. 6. Les questions touchant à la liberté de circulation ne se soulèvent qu'au moment de la remise du fugitif et il convient par conséquent de les examiner à l'étape ministérielle du processus d'extradition. Le ministre de la Justice doit se conformer à la *Charte* pour tout aspect incident à la remise du fugitif. À l'étape du juge d'extradition, les arguments fondés sur l'art. 6 sont prématurés, puisque l'audience présidée par le juge n'a pas à servir de forum où serait constitué un dossier factuel exhaustif sur toutes les questions constitutionnelles pouvant être liées au processus d'extradition. Quoique des réparations puissent être accordées à l'égard d'éventuelles violations de la *Charte*, le juge d'incarcération ne devrait pas devancer la décision du ministre d'extrader ou non le fugitif. Afin d'accorder au fugitif la possibilité de présenter sa propre preuve, le ministre peut recevoir des éléments de preuve par voie d'affidavit et ordonner, à son appréciation, la tenue d'une audience, ou prendre l'une ou l'autre de ces mesures. La révision judiciaire de l'arrêté d'extradition du ministre fournit aux tribunaux l'occasion d'accorder, en vertu de la *Charte*, une réparation opportune, complète et efficace à l'égard de toute violation de l'art. 6 qui a pu survenir dans le cours du processus d'extradition. En ce sens, la cour d'appel est pleinement habilitée à accorder des réparations fondées sur la *Charte* et à recevoir des éléments de preuve propres à l'aider dans l'examen des questions touchant l'art. 6 ou d'autres dispositions de la *Charte*. En outre, même si la preuve qui se rapporte à des questions ne relevant pas de la compétence du juge d'extradition, par exemple celles touchant les art. 6 et 12, ne peut être prise en compte tant que le ministre ne s'est pas prononcé sur la remise du fugitif, les juges d'extradition conservent, pour des raisons d'efficacité, un pouvoir discrétionnaire limité les habilitant à entendre une telle preuve — sans toutefois statuer sur celle-ci — lorsque les allégations présentent une apparence de vraisemblance.

En l'espèce, le juge d'extradition a eu raison de refuser d'entendre les arguments de l'appellant fondés sur l'art. 6 et la Cour d'appel a à juste titre conclu que le ministre n'avait pas porté atteinte à la liberté de circulation de l'appellant en ordonnant son extradition aux États-Unis. Premièrement, il n'y a eu aucune délégation irrégulière. Le fait de recevoir l'aide des procureurs de la Couronne locaux pour décider de la possibilité d'in-

render a decision. Second, the Minister's decision with respect to the appropriateness of domestic prosecution attracts a high degree of deference. Efficacy of prosecution goes beyond simply determining whether it has a chance of resulting in a conviction. Canada must be mindful of a foreign State's interest in prosecuting the fugitive on its own territory. Here, the Minister provided reasons which demonstrate that he considered the appellant's mobility rights but concluded that prosecution in Canada would not be as effective in light of the fact that the U.S. had a greater interest in the prosecution since most of the alleged activities were committed there. Lastly, while much less deference is due on the issue of whether the Minister properly considered the fugitive's constitutional rights, the Minister's decision to surrender was clearly reasonable and there is no evidence of improper conduct, arbitrary motives or bad faith in the decision.

Extradition proceedings are not concerned with issues of guilt or innocence. This affects the scope of a fugitive's right to disclosure. The extradition judge may only order the production of materials relevant to the issues properly raised at the committal stage of the process, subject to a discretion to expand the scope of that hearing. Since the Requesting State was not relying upon materials in the possession of Canadian authorities, and in the absence of any indication of bad faith or improper motives on the part of the U.S. or Canadian prosecuting authorities, there was no obligation for the U.S. to provide further disclosure. As for the degree of disclosure required from the Requested State, it will be considered only where a justiciable *Charter* issue can arise from the potential involvement of Canadian authorities in the gathering of evidence. Here, the materials sought by the appellant were not relevant either on appeal from the judicial decision to commit or on judicial review of the executive decision to surrender. Bearing in mind the expedient and summary nature of the committal hearing, the discretion that attaches to the Minister's decision to surrender and the nature of extra-

tenter des poursuites au Canada n'a pas pour effet d'écarter le pouvoir discrétionnaire du ministre ni sa capacité de rendre une décision. Deuxièmement, les tribunaux doivent faire montre d'une grande retenue à l'égard de la décision du ministre sur l'opportunité d'intenter des poursuites au Canada. L'efficacité de poursuites ne dépend pas simplement de la question de savoir si elles présentent quelque chance que ce soit d'aboutir à une déclaration de culpabilité. Le Canada doit tenir compte de l'intérêt de l'Etat étranger à poursuivre sur son propre territoire le fugitif demandé. Dans la présente affaire, les motifs exposés par le ministre démontrent qu'il a tenu compte de la liberté de circulation de l'appelant, mais qu'il a estimé que des poursuites au Canada ne seraient pas aussi efficaces, compte tenu du fait que les États-Unis ont un intérêt plus grand à intenter de telles poursuites puisque l'essentiel des activités reprochées ont eu lieu sur leur territoire. Enfin, quoiqu'une retenue beaucoup moins grande s'impose à l'égard de la question de savoir si le ministre a bien pris en considération les droits constitutionnels du fugitif, la décision du ministre d'extrader celui-ci était manifestement raisonnable et il n'y a aucune preuve de conduite irrégulière, de motifs arbitraires ou de mauvaise foi entachant cette décision.

Les procédures d'extradition ne portent pas sur les questions liées à la culpabilité ou à l'innocence. Ce fait a une incidence sur l'étendue du droit du fugitif à la communication de la preuve. Le juge d'extradition peut seulement ordonner la production des documents pertinents à l'égard des questions soulevées à bon droit à l'étape de l'incarcération dans le cours du processus d'extradition, sous réserve de son pouvoir discrétionnaire d'élargir la portée de l'audience d'incarcération. Étant donné que l'État requérant ne se fondait pas sur des documents en possession des autorités canadiennes et qu'il n'y avait aucune indication de mauvaise foi ou de motifs inappropriés de la part des autorités chargées des poursuites au Canada et aux États-Unis, les États-Unis n'avaient aucune obligation de communiquer les documents additionnels demandés. Pour ce qui est de l'étendue de la communication de la preuve exigée de l'État requis, cet aspect ne sera examiné que dans les cas où une question contentieuse au regard de la *Charte* pourrait découler de la participation potentielle des autorités canadiennes à l'obtention de la preuve. En l'espèce, les documents demandés par l'appelant n'étaient pertinents ni en ce qui concerne l'appel de l'ordonnance d'incarcération rendue par le tribunal ni à l'égard de la demande de révision judiciaire de l'arrêté d'extradition pris par l'exécutif. Gardant à l'esprit la nature expéditive et sommaire de l'audience d'incarcération, ainsi que

dition proceedings generally, the appellant received adequate disclosure at all stages of the extradition process.

le pouvoir discrétionnaire qui est associé à la décision du ministre d'extrader ou non le fugitif et la nature des procédures d'extradition en général, l'appelant a reçu communication suffisante de la preuve à toutes les étapes du processus d'extradition.

Cases Cited

Applied: *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *McVey v. United States of America*, [1992] 3 S.C.R. 475; *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Pacificador v. Philippines (Republic of)* (1993), 83 C.C.C. (3d) 210, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, aff'g (1997), 116 C.C.C. (3d) 524; *United States of America v. Whitley*, [1996] 1 S.C.R. 467, aff'g (1994), 94 C.C.C. (3d) 99; *Gwynne v. Canada (Minister of Justice)* (1998), 103 B.C.A.C. 1, leave to appeal refused, [1998] 1 S.C.R. ix; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; **not followed:** *United States of America v. Cazzetta* (1996), 108 C.C.C. (3d) 536, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiv; **approved:** *United States of America v. Leon* (1995), 96 C.C.C. (3d) 568, aff'd [1996] 1 S.C.R. 888; *Swystun v. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222; *États-Unis d'Amérique v. Tavormina*, [1996] R.J.Q. 693; *United States of America v. Cheema*, [1999] B.C.J. No. 1365 (QL); *United States of America v. Garcia*, [1994] O.J. No. 1027 (QL); *United States of America v. Singh*, [1994] O.J. No. 3941 (QL); *United States of America v. Palmer*, Ont. Ct. (Gen. Div.), January 23, 1996; *United States of America v. D'Agostino* (1997), 41 C.R.R. (2d) 325; *United States of America v. Turenne* (1998), 133 Man. R. (2d) 131; *Thailand v. Saxena*, [1999] B.C.J. No. 981 (QL); *Thailand v. Saxena*, [1999] B.C.J. No. 1364 (QL); **disapproved:** *United States of America v. Tilley* (1996), 183 A.R. 158; *United States of America v. Tilley*, [1996] A.J. No. 718 (QL); *United States of America v. Kerslake* (1996), 142 Sask. R. 112; *Chan v. Direction de la Maison Tanguay*, [1996] R.J.Q. 335; *Langman v. États-Unis d'Amérique*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-36-000987-977, October 16, 1997; *Hong Kong v. Chan Chui-Mei*, [1997] Q.J. No. 4066 (QL); **referred to:** *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21, rev'g (1998), 128 C.C.C. (3d) 475, aff'g [1995] O.J. No. 4497 (QL); *United States of America v. Tsioubris*, [2001] 1 S.C.R. 613, 2001 SCC 20; *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475; *États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Pacificador c. Philippines (Republic of)* (1993), 83 C.C.C. (3d) 210, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, conf. (1997), 116 C.C.C. (3d) 524; *États-Unis d'Amérique c. Whitley*, [1996] 1 R.C.S. 467, conf. (1994), 94 C.C.C. (3d) 99; *Gwynne c. Canada (Minister of Justice)* (1998), 103 B.C.A.C. 1, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 1 R.C.S. ix; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; **arrêt non suivi :** *Cazzetta c. États-Unis d'Amérique*, [1996] R.J.Q. 1547, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiv; **arrêts approuvés :** *United States of America c. Leon* (1995), 96 C.C.C. (3d) 568, conf. par [1996] 1 R.C.S. 888; *Swystun c. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222; *États-Unis d'Amérique c. Tavormina*, [1996] R.J.Q. 693; *United States of America c. Cheema*, [1999] B.C.J. No. 1365 (QL); *United States of America c. Garcia*, [1994] O.J. No. 1027 (QL); *United States of America c. Singh*, [1994] O.J. No. 3941 (QL); *United States of America c. Palmer*, C. Ont. (Div. gén.), 23 janvier 1996; *United States of America c. D'Agostino* (1997), 41 C.R.R. (2d) 325; *United States of America c. Turenne* (1998), 133 Man. R. (2d) 131; *Thailand c. Saxena*, [1999] B.C.J. No. 981 (QL); *Thailand c. Saxena*, [1999] B.C.J. No. 1364 (QL); **arrêts critiqués :** *United States of America c. Tilley* (1996), 183 A.R. 158; *United States of America c. Tilley*, [1996] A.J. No. 718 (QL); *United States of America c. Kerslake* (1996), 142 Sask. R. 112; *Chan c. Direction de la Maison Tanguay*, [1996] R.J.Q. 335; *Langman c. États-Unis d'Amérique*, C.S. Mtl., n° 500-36-000987-977, 16 octobre 1997; *Hong Kong c. Chan Chui-Mei*, [1997] A.Q. n° 4066 (QL); **arrêts mentionnés :** *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21, inf. (1998), 128 C.C.C. (3d) 475, conf. [1995] O.J. No. 4497 (QL); *États-Unis d'Amérique c. Tsioubris*, [2001] 1 R.C.S. 613, 2001 CSC 20; *États-Unis d'Amérique c.*

587, 2001 SCC 19; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canada v. Iaquinto*, [1991] O.J. No. 1263 (QL), leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. viii; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *United States of America v. Houslander* (1993), 13 O.R. (3d) 44; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Stewart v. Canada (Minister of Justice)* (1998), 131 C.C.C. (3d) 423; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Extradition Act, S.C. 1992, c. 13, s. 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6, 7, 8, 11, 12, 24.
Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23 [am. 1992, c. 13], ss. 2, 9, 13, 15, 18, 19, 19.2, 19.3, 19.4(2), 25(1), 25.1, 25.2.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 25, 84.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(4)(b).

Authors Cited

Canada. *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 7, 1991, pp. 4777-79.
La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition To and From Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1991.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1994 (loose-leaf updated November 2000, release 7).

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 131, 163 D.L.R. (4th) 128, 127 C.C.C. (3d) 353, 55 C.R.R. (2d) 172, 112 O.A.C. 312, dismissing the appellant's application for judicial review and his appeal from a committal order for surrender. Appeals dismissed.

Chris N. Buhr and Shayne G. Kert, for the appellant.

Cobb, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada c. Iaquinto*, [1991] O.J. No. 1263 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. viii; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *United States of America c. Houslander* (1993), 13 O.R. (3d) 44; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Stewart c. Canada (Minister of Justice)* (1998), 131 C.C.C. (3d) 423; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6, 7, 8, 11, 12, 24.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 17(4)(b).
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 25, 84.
Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23 [mod. 1992, ch. 13], art. 2, 9, 13, 15, 18, 19, 19.2, 19.3, 19.4(2), 25(1), 25.1, 25.2.
Loi modifiant la Loi sur l'extradition, L.C. 1992, ch. 13, art. 2.

Doctrine citée

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 7 novembre 1991, p. 4777-4779.
La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition To and From Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1991.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1994 (loose-leaf updated November 2000, release 7).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 131, 163 D.L.R. (4th) 128, 127 C.C.C. (3d) 353, 55 C.R.R. (2d) 172, 112 O.A.C. 312, qui a rejeté la demande de révision judiciaire présentée par l'appellant ainsi que son appel de l'ordonnance d'incarcération qui avait été prononcée contre lui en vue de son extradition. Pourvois rejetés.

Chris N. Buhr et Shayne G. Kert, pour l'appellant.

David Littlefield and *Kevin Wilson*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

¹ This appeal was heard together with *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19, *United States of America v. Tsioubris*, [2001] 1 S.C.R. 613, 2001 SCC 20, and *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21, all released concurrently. The appellant is a Canadian citizen resisting extradition to the United States of America on charges of conspiracy to traffic heroin. The related cases involve charges of fraud and conspiracy to commit fraud. The four appeals raise issues relating to the scope of the *Charter* jurisdiction of an extradition judge at the committal stage of extradition proceedings, pursuant to the 1992 amendments to the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23. Specifically, this appeal raises three issues: (i) whether the right to remain in Canada under s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is engaged at the committal stage; (ii) the extent of a fugitive's right to disclosure at that stage; and (iii) whether the Minister of Justice breached the appellant's *Charter* rights by denying his request for additional disclosure and by ordering his surrender.

² Relying on this Court's decision in *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, the courts below narrowly construed the provision of the *Extradition Act* conferring *Charter* jurisdiction on the extradition judge. Both the extradition judge and the Court of Appeal for Ontario concluded that s. 6 was not engaged at the committal stage and denied the related additional disclosure

David Littlefield et *Kevin Wilson*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu conjointement avec trois autres affaires dans lesquelles nous rendons simultanément jugement : *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19, *États-Unis d'Amérique c. Tsioubris*, [2001] 1 R.C.S. 613, 2001 CSC 20, et *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21. L'appelant est un citoyen canadien qui conteste son extradition aux États-Unis, où il fait l'objet d'accusations de complot en vue de faire le trafic d'héroïne. Les affaires connexes portent sur des accusations de fraude et complot en vue de commettre une fraude. Les quatre pourvois soulèvent des questions concernant l'étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'étape de l'incarcération dans le cadre de procédures d'extradition, compte tenu des modifications apportées en 1992 à la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23. Plus spécifiquement, le présent pourvoi soulève les trois questions suivantes : (i) Est-ce que le droit de demeurer au Canada garanti au par. 6(1) de la *Charte* entre en jeu à l'étape de l'incarcération en vue de l'extradition? (ii) Quelle est l'étendue du droit du fugitif à la communication de la preuve à cette étape? (iii) Est-ce que le ministre de la Justice a porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par la *Charte* en refusant sa demande de communication d'éléments de preuve additionnels et en ordonnant son extradition?

Se fondant sur la décision rendue par notre Cour dans *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, les juridictions inférieures ont interprété de façon restrictive la disposition de la *Loi sur l'extradition* qui confère au juge d'extradition sa compétence en matière d'application de la *Charte*. Le juge d'extradition et la Cour d'appel de l'Ontario ont conclu que l'art. 6 n'entraîne pas en

which the appellant had sought. The Court of Appeal further upheld the decision of the Minister of Justice to surrender the appellant to the Requesting State, underlining the degree of deference which must be afforded the ministerial decision.

For the reasons below, I also conclude that the appellant's *Charter* rights were not infringed and that the order of surrender must stand.

The *Extradition Act* was amended in 1992. The amendments did not alter the two-tiered structure of the extradition process in Canada. The extradition judge and the Minister of Justice maintain their distinctive roles, the court deciding whether the Requesting State has made out a *prima facie* case to commit the fugitive, while the Minister makes the ultimate discretionary decision to surrender the fugitive. Before 1992, the extradition judge had no jurisdiction to grant *Charter* remedies. A judge sitting in *habeas corpus* review of the committal decision was the court of competent jurisdiction to hear *Charter* arguments and grant a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. Section 9(3), added by *An Act to amend the Extradition Act*, S.C. 1992, c. 13, s. 2, effected a significant change in eliminating the *habeas corpus* stage of the extradition process, essentially collapsing that stage into the committal hearing. Consequently, the extradition judge received some jurisdiction to deal with *Charter* issues.

However, s. 9(3) did not give plenary and exclusive *Charter* jurisdiction to the extradition judge. The Minister of Justice retains jurisdiction on matters related to surrender, and must comply with the *Charter* on all matters incidental to surrendering a fugitive. The Minister's decision is subject to judicial review by the court of appeal. Thus, although the extradition judge can now grant a *Charter* rem-

jeu à l'étape de l'incarcération et ils ont rejeté la demande connexe de communication d'éléments de preuve additionnels présentée par l'appelant. La Cour d'appel a également confirmé la décision du ministre de la Justice d'extrader l'appelant vers l'État requérant, soulignant le niveau de déférence dont il fallait faire montre envers la décision ministérielle.

Pour les motifs qui suivent, j'arrive moi aussi à la conclusion que les droits garantis à l'appelant par la *Charte* n'ont pas été violés et que l'arrêté d'extradition doit être confirmé.

La *Loi sur l'extradition* a été modifiée en 1992. Les modifications n'ont pas changé le processus d'extradition à deux niveaux qui existe au Canada. Le juge d'extradition et le ministre de la Justice conservent leurs rôles distincts, le tribunal décidant si l'État requérant a présenté une preuve justifiant *prima facie* l'incarcération du fugitif et le ministre prenant en dernier ressort, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la décision de livrer ou non la personne visée par la demande d'extradition. Avant 1992, le juge d'extradition n'avait pas compétence pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Le juge saisi d'une requête en *habeas corpus* demandant la révision de l'ordonnance d'incarcération était le tribunal compétent pour entendre les arguments fondés sur la *Charte* et pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1). Le paragraphe 9(3), qui a été ajouté par la *Loi modifiant la Loi sur l'extradition*, L.C. 1992, ch. 13, art. 2, a entraîné un changement important en éliminant l'étape de l'*habeas corpus* du processus d'extradition, essentiellement par l'intégration de cette étape à l'audience relative à l'incarcération. En conséquence, le juge d'extradition s'est vu attribuer une certaine compétence pour connaître des contestations fondées sur la *Charte*.

Toutefois, le par. 9(3) n'a pas donné au juge d'extradition compétence complète et exclusive en matière d'application de la *Charte*. Le ministre de la Justice continue d'avoir compétence sur les questions touchant la remise du fugitif et il doit se conformer à la *Charte* pour tout aspect incident à cette étape de l'extradition. La décision du ministre est susceptible de révision judiciaire par la cour

3

4

5

edy, he or she can only do so on matters relevant at the committal stage.

6 Since mobility issues are only engaged at the time of surrender, these issues are properly considered at the ministerial stage of the extradition process. Exceptionally, extradition judges retain a limited discretion to hear evidence relating to an alleged violation of s. 6 of the *Charter* when it is efficient and expedient to do so, yet they cannot decide on the merits of the issue. Alleged s. 6 violations are not relevant at the committal hearing. It is for the Minister to consider a fugitive's mobility rights under s. 6, and an alleged violation of s. 6 cannot be remedied until the Minister has rendered a decision to surrender. In the present case, in my view, the extradition judge was correct in declining to hear the appellant's s. 6 arguments and the Court of Appeal was right in concluding that the Minister had not infringed the appellant's mobility rights in ordering his surrender to the United States.

7 I also agree that no errors were made, either by the extradition judge or by the Minister, with respect to the disclosure requests made by the appellant. I am therefore of the view that Mr. Kwok's *Charter* rights were not breached and his appeal must fail.

II. Factual Background

8 The appellant, Paul Yick Wai Kwok, is a Canadian citizen whose extradition is sought by the respondent, the United States of America (the Requesting State), in connection with two drug trafficking charges. Kwok is accused of supplying over 50 kilograms of heroin from Canada in several transactions between January 1990 and September 1995, to co-conspirators who distributed

d'appel. Par conséquent, quoique le juge d'extradition puisse maintenant accorder une réparation fondée de la *Charte*, il ne peut le faire qu'en ce qui concerne les questions pertinentes à l'étape de l'incarcération.

Étant donné que les questions touchant à la liberté de circulation ne se soulèvent qu'au moment de la remise du fugitif, il convient de les examiner à l'étape ministérielle du processus d'extradition. Exceptionnellement, les juges d'extradition conservent un pouvoir discrétionnaire limité les habilitant à entendre la preuve relative aux violations de l'art. 6 de la *Charte* alléguées par l'intéressé, lorsqu'une telle mesure est utile et opportune, mais ils ne peuvent pas se prononcer sur le fond de la question. Les prétendues violations de l'art. 6 ne sont pas pertinentes dans le cadre de l'audience relative à l'incarcération. C'est au ministre qu'il appartient de prendre en compte la liberté de circulation garantie au fugitif par l'art. 6, et les contraventions à cette disposition ne sont pas susceptibles de réparation tant que le ministre n'a pas décidé d'ordonner l'extradition du fugitif. Dans la présente affaire, je suis d'avis que le juge d'extradition a eu raison de refuser d'entendre les arguments de l'appelant fondés sur l'art. 6 et que la Cour d'appel a à juste titre conclu que le ministre n'avait pas porté atteinte à la liberté de circulation de l'appelant en ordonnant son extradition aux États-Unis.

Je suis également d'avis qu'aucune erreur n'a été commise, que ce soit par le juge d'extradition ou par le ministre, à l'égard des demandes de communication de la preuve présentées par l'appelant. J'estime donc que les droits garantis à M. Kwok par la *Charte* n'ont pas été violés et que son pourvoi doit être rejeté.

II. Les faits

L'appelant Paul Yick Wai Kwok est un citoyen canadien dont les États-Unis d'Amérique intimés (l'« État requérant ») demandent l'extradition relativement à deux accusations de trafic de drogue. Kwok est accusé d'avoir fourni, depuis le Canada, par diverses transactions survenues de janvier 1990 à septembre 1995, plus de 50 kilogrammes d'héroïne à des complices qui distribuaient ce stupé-

that heroin within the U.S. Even when not supplying heroin, Kwok allegedly played a critical role, while in Canada, in bringing together customers and suppliers and received a share of the resulting profits.

Intercepted telephone conversations involving various co-conspirators, including the appellant himself, constituted a significant portion of the American evidence. Although this material was intercepted by the American authorities, the appellant was also the object of two Canadian authorizations to intercept private communications. The Federal Bureau of Investigation sought and received information regarding Kwok from the Royal Canadian Mounted Police, who conducted regular surveillance of him from April 1993 to September 1995. The RCMP volunteered additional information to the FBI about their ongoing investigation into the appellant's activities. On November 14, 1995, the Requesting State sought the appellant's extradition after a New York grand jury indicted him, in October of that year, on charges of conspiracy to distribute and to possess with intent to distribute heroin, and on conspiracy to import heroin into the U.S.

Prior to the extradition hearing, the appellant requested complete disclosure of the RCMP investigation including the applicable authorizations to intercept private communications and affidavits used to obtain those authorizations. American prosecutors refused to comply with the request, stating that they were not relying on the fruits of the Canadian investigation and did not intend to rely on this evidence in the future. The evidence arising out of the U.S. investigation included approximately 1,000 tapes of intercepted communications obtained from three sources: (i) calls subpoenaed from U.S. penitentiaries where an alleged co-conspirator was incarcerated; (ii) calls intercepted from authorizations granted in New York and New Jersey from February to August of 1993; and (iii) tapes made by an American undercover

fiant aux États-Unis. On prétend que, même lorsqu'il ne fournissait pas d'héroïne, Kwok jouait un rôle crucial, au Canada, en mettant en contact clients et fournisseurs, et qu'il recevait une part des profits résultant de ces activités.

Des conversations téléphoniques interceptées entre différents complices, dont l'appellant lui-même, constituaient une partie importante de la preuve des autorités américaines. Quoique ces conversations aient été interceptées par les autorités américaines, l'appellant a également fait l'objet de deux autorisations d'interception de communications privées accordées au Canada. Le *Federal Bureau of Investigation* (le « FBI ») a sollicité et obtenu des renseignements sur Kwok de la Gendarmerie royale du Canada, qui a surveillé ce dernier sur une base régulière d'avril 1993 à septembre 1995. La GRC a communiqué spontanément des renseignements supplémentaires au FBI au sujet de l'enquête qu'elle menait sur les activités de l'appellant. Le 14 novembre 1995, l'État requérant a demandé l'extradition de l'appellant après sa mise en accusation par un grand jury de New York, en octobre de la même année, relativement à des chefs de complot de distribution d'héroïne et possession d'héroïne dans l'intention de la distribuer et de complot en vue d'importer de l'héroïne aux États-Unis.

Avant l'audition de la demande d'extradition, l'appellant a demandé la communication complète du dossier concernant l'enquête de la GRC, notamment les autorisations d'interception de communications privées et les affidavits présentés pour obtenir ces autorisations. Les procureurs américains ont refusé d'accéder à cette demande, disant qu'ils ne s'appuyaient pas sur les fruits de l'enquête canadienne et qu'ils n'entendaient pas invoquer ces éléments de preuve dans l'avenir. Parmi les éléments de preuve découlant de l'enquête américaine, il y avait environ 1 000 bandes contenant des communications interceptées et émanant de trois sources : (i) appels obtenus, par voie d'assignation, de pénitenciers américains où de présumés complices étaient incarcérés; (ii) appels interceptés en vertu d'autorisations accordées dans

officer who infiltrated the conspiracy by posing as a customer.

les États de New York et du New Jersey, de février à août 1993; (iii) bandes magnétiques enregistrées par un agent d'infiltration américain qui s'était introduit dans le complot en se faisant passer pour un client.

11

Arguing that he could not make effective representations on his s. 6(1) *Charter* rights without access to the requested material, the appellant renewed his request before the extradition judge. He demanded disclosure of (i) all of the Canadian investigation into his alleged involvement in the trafficking of narcotics; (ii) all discussions between Canadian police and American investigative authorities; and (iii) all discussions between Canadian police and both Canadian and American prosecuting authorities concerning the decision by which no proceedings were initiated against him in Canada, in order to allow an American prosecution to proceed. The extradition judge dismissed the application, ruling that s. 6 *Charter* rights were not engaged at the committal stage. The appellant then conceded that the evidence submitted by the Crown, on behalf of the Requesting State, was sufficient to make out a *prima facie* case and that there was no dispute as to identity. He was committed for surrender.

Plaidant que, sans les documents demandés, il ne pouvait présenter d'arguments utiles sur les droits que lui garantit le par. 6(1) de la *Charte*, l'appelant a réitéré sa demande devant le juge d'extradition. Il a exigé la communication des éléments suivants : (i) tout le dossier de l'enquête canadienne sur sa prétendue participation au trafic de stupéfiants; (ii) toutes les discussions entre les policiers canadiens et les autorités américaines chargées de l'enquête; (iii) toutes les discussions entre les policiers canadiens et les autorités chargées des poursuites au Canada et aux États-Unis concernant la décision de n'intenter aucune poursuite contre lui au Canada, afin de permettre l'engagement de poursuites aux États-Unis. Le juge d'extradition a rejeté la demande, concluant que les droits garantis par l'art. 6 de la *Charte* n'entraient pas en jeu à l'étape de l'incarcération. L'appelant a alors concédé, d'une part, que la preuve présentée par le ministère public au nom de l'État requérant, était suffisante pour établir *prima facie* le bien-fondé des accusations, et, d'autre part, que la question de l'identité n'était pas en litige. L'appelant a été incarcéré en vue de son extradition.

12

The appellant subsequently reiterated his request for disclosure to the Minister of Justice, who refused it on the basis that the Crown's prosecutorial discretion had been properly exercised in the decision not to proceed against him in Canada. The Minister ordered the appellant's immediate surrender on both drug trafficking charges. The Court of Appeal dismissed both Kwok's appeal of the committal order by the extradition judge and his application for judicial review of the Minister's decision to surrender him. Kwok now appeals to this Court both decisions of the Court of Appeal.

Subséquentement, l'appelant a réitéré sa demande de communication de la preuve, au ministre de la Justice cette fois-là, qui l'a refusée pour le motif que le ministère public avait exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites en décidant de ne pas poursuivre l'appelant au Canada. Le ministre a ordonné la remise immédiate de l'appelant à l'égard des deux accusations de trafic de drogue. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par Kwok contre l'ordonnance d'incarcération rendue par le juge d'extradition ainsi que sa demande de révision judiciaire de la décision du ministre de l'extrader. Kwok se pourvoit maintenant devant notre Cour contre les deux décisions de la Cour d'appel.

III. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, as amended by S.C. 1992, c. 13

2. In this Act,

“judge” includes any person authorized to act judicially in extradition matters;

9. (1) All judges of the superior courts and of the county courts of a province, and all commissioners who are appointed for the purpose in a province by the Governor in Council, under the Great Seal, by virtue of this Part, are authorized to act judicially in extradition matters under this Part within the province, and each of those persons has for the purposes of this Part all the powers and jurisdiction of any judge or provincial court judge of the province.

(2) Nothing in this section shall be construed so as to confer on any judge any jurisdiction in *habeas corpus* matters.

(3) For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge who is a superior court judge or a county court judge has, with respect to the functions that that judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge or a county court judge.

13. The fugitive referred to in section 12 shall be brought before a judge, who shall, subject to this Part, hear the case, in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada.

15. The judge shall receive, in the manner set out in section 14, any evidence tendered to show that the crime of which the fugitive is accused or alleged to have been

III. Les dispositions pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Loi sur l’extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, modifiée par L.C. 1992, ch. 13

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« juge » Toute personne autorisée à se prononcer en matière d’extradition.

9. (1) Les juges des cours supérieures et des cours de comtés d’une province, ainsi que les commissaires nommés à cette fin au titre de la présente partie par le gouverneur en conseil sous le grand sceau, peuvent, sous le régime de cette partie, se prononcer en matière d’extradition dans leur province respective et sont investis à cet égard des attributions des juges ou juges de la cour provinciale de la province.

(2) Le présent article n’a pas pour effet d’attribuer une compétence quelconque en matière d’*habeas corpus*.

(3) Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un juge de cour supérieure ou de cour de comté conserve les compétences qu’il a en cette qualité, dans l’exercice des fonctions qu’il est tenu d’accomplir en appliquant la présente loi.

13. Le fugitif doit comparaître devant un juge; l’audition se déroule, dans la mesure du possible et sous réserve des autres dispositions de la présente partie, comme s’il comparaisait devant un juge de paix pour un acte criminel commis au Canada.

15. Le juge reçoit, dans les mêmes conditions, les témoignages visant à établir que le crime dont le fugitif est accusé ou pour lequel il est censé avoir été con-

convicted is an offence of a political character, or is, for any other reason, not an extradition crime, or that the proceedings are being taken with a view to prosecute or punish the fugitive for an offence of a political character.

18. (1) The judge shall issue a warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

(a) in the case of a fugitive alleged to have been convicted of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, prove that the fugitive was so convicted; and

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify the committal of the fugitive for trial, if the crime had been committed in Canada.

. . .

19. The judge who commits a fugitive to prison shall, on the committal,

(a) inform the fugitive that the fugitive will not be surrendered until after the expiration of thirty days and has a right to appeal the committal; and

(b) transmit to the Minister of Justice a certificate of the committal, with a copy of all the evidence taken before the judge not already so transmitted, and such report on the case as the judge thinks fit.

19.2 A fugitive may appeal a committal, or a foreign state that has made a requisition for surrender may appeal a discharge of a fugitive or a stay of any proceedings held pursuant to section 13, to the court of appeal of the province in which, as the case may be, the order of committal, the order discharging the fugitive or the order staying the proceedings was made

19.4 . . .

(2) The hearing of an appeal from a decision with respect to the committal of a fugitive or any other appeal in a matter arising under this Act may be deferred by the court of appeal until the Minister of Justice makes a decision with respect to the surrender of the fugitive under section 25.

25. (1) Subject to this Part, the Minister of Justice, on the requisition of a foreign state, may, within a period of ninety days after the date of a fugitive's committal for

damné est une infraction à caractère politique ou, pour quelque autre raison, ne constitue pas un crime donnant lieu à l'extradition, ou que l'objet de la procédure est de le poursuivre ou de le punir pour une infraction à caractère politique.

18. (1) Le juge délivre un mandat de dépôt portant incarcération du fugitif dans la prison appropriée la plus rapprochée en attendant la remise de celui-ci à l'État étranger ou sa libération conformément à la loi :

a) dans le cas où le fugitif est censé avoir été condamné pour le crime donnant lieu à l'extradition, lorsque les éléments de preuve produits établiraient en droit canadien, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l'existence de la condamnation;

b) dans le cas où le fugitif n'est qu'accusé d'un crime donnant lieu à l'extradition, lorsque les éléments de preuve produits justifieraient en droit canadien, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada.

. . .

19. En ordonnant l'incarcération pour extradition du fugitif, le juge :

a) informe le fugitif qu'il ne sera pas livré avant l'expiration de trente jours et lui fait part de son droit d'en appeler de l'ordonnance d'incarcération;

b) transmet au ministre de la Justice un certificat d'incarcération et une copie des pièces ou transcriptions de témoignages qu'il n'a pas déjà transmises, ainsi que tout rapport qu'il juge utile.

19.2 Le fugitif peut interjeter appel de son incarcération et l'État étranger à l'origine de la demande en extradition peut interjeter appel du refus d'extradition ou de l'arrêt de la procédure visée à l'article 13 devant la cour d'appel de la province où, selon le cas, l'ordonnance d'incarcération, de libération ou d'arrêt des procédures a été rendue . . .

19.4 . . .

(2) La cour d'appel peut reporter l'audition de l'appel d'une décision portant sur l'ordonnance d'incarcération du fugitif ou de tout autre appel fondé sur la présente loi jusqu'à ce que le ministre de la Justice rende une décision en application de l'article 25.

25. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie et sur demande d'un État étranger, le ministre de la Justice, dans les quatre-vingt-dix jours suivant

surrender, under the hand and seal of the Minister, order the fugitive to be surrendered to the person or persons who are, in the Minister's opinion, duly authorized to receive the fugitive in the name and on behalf of the foreign state, and the fugitive shall be so surrendered accordingly.

. . .

25.1 (1) The Minister may, notwithstanding section 25, postpone the making of the order referred to in subsection 25(1) . . .

(2) Where the Minister has filed a notice of postponement with the court of appeal under paragraph (1)(b), that court shall not defer the hearing of the appeal under subsection 19.4(2).

25.2 (1) Notwithstanding the *Federal Court Act*, the court of appeal of the province in which the committal of a fugitive was ordered has exclusive original jurisdiction to hear and determine applications for judicial review under this Act, in accordance with subsections (2) to (10), made in respect of the decision of the Minister of Justice under section 25.

. . .

(9) Where an appeal under section 19.2, or any other appeal in respect of a matter arising under this Act, is pending, the court of appeal may join the hearing of that appeal with the hearing of an application for judicial review made under this section or otherwise.

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18

25. For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge has, with respect to the functions that the judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge.

84. The *Extradition Act* repealed by section 129 of this Act applies to a matter respecting the extradition of a person as though it had not been repealed, if the hearing in respect of the extradition had already begun on the day on which this Act comes into force [June 17, 1999].

la date de l'ordonnance d'incarcération du fugitif, peut, par arrêté, ordonner que celui-ci soit livré à l'agent ou aux agents de cet État qui, à son avis, sont autorisés à agir au nom de celui-ci dans l'affaire.

. . .

25.1 (1) Malgré l'article 25, le ministre peut reporter la prise de l'arrêté visé au paragraphe 25(1) . . .

(2) En cas de dépôt, par le ministre, de l'avis mentionné à l'alinéa (1)b), la cour d'appel ne peut reporter, en vertu du paragraphe 19.4(2), l'audition de l'appel.

25.2 (1) Malgré la *Loi sur la Cour fédérale*, la cour d'appel de la province où l'incarcération du fugitif a été ordonnée a compétence exclusive pour connaître, conformément aux paragraphes (2) à (10), des demandes de contrôle judiciaire relatives à une décision prise par le ministre de la Justice au titre de l'article 25.

. . .

(9) En cas d'appel en instance en application de l'article 19.2 ou fondé sur la présente loi, la cour d'appel peut joindre l'audition de cet appel à celle d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu du présent article ou autrement.

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18

25. Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge dispose, dans l'exécution de ses fonctions d'application de la présente loi, des compétences d'un juge de la cour supérieure.

84. La *Loi sur l'extradition* continue de s'appliquer — comme si elle n'avait pas été abrogée par l'article 129 — à toute question en matière d'extradition dans le cas où l'audition de la demande d'extradition est en cours devant le juge à la date d'entrée en vigueur de la présente loi [17 juin 1999].

IV. Proceedings and Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)*

14 On April 17, 1996, Madam Justice Wein rejected the appellant's application for disclosure, stating that it

misconceives the "modest" function of the extradition judge and seeks to expand it unnecessarily. An overall view of the complete extradition process, both judicial and executive, shows that *Charter* considerations under section 6(1) are fully assessed in the process, both at the executive decision-making level and on the review by the Court of Appeal.

15 Wein J. concluded that any application under s. 6(1) was either premature or beyond the function of the extradition judge. She also declined to exercise any residual discretion she might have to order the requested disclosure. In her view, the s. 6 issue was not relevant to any argument to be made at the extradition hearing and could not assist in the determination of the issue of the sufficiency of evidence. She found no basis upon which to order disclosure at the extradition hearing for the purpose of allowing the appellant to prepare his submissions to the Minister.

16 Satisfied that the evidence met the requisite test for sufficiency, that there was no issue as to identification, and that the U.S. offences were virtually identical to Canadian offences thereby meeting the "double criminality" requirement of the *Extradition Act*, Wein J. ordered Kwok's committal on May 16, 1996.

B. *Minister of Justice*

17 On October 9, 1996, the Minister of Justice ordered the appellant's immediate surrender to the United States to face trial in the State of New York. The Minister pointed out that his surrender

IV. Historique des procédures et décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*

Le 17 avril 1996, madame le juge Wein a rejeté la demande de communication de la preuve présentée par l'appelant, disant que celui-ci

[TRADUCTION] interprète mal le « modeste » rôle du juge d'extradition et cherche à l'élargir inutilement. Il ressort d'un examen général de l'ensemble du processus d'extradition, y compris du rôle des tribunaux et de celui de l'exécutif, que les considérations fondées sur le paragraphe 6(1) de la *Charte* sont appréciées de façon exhaustive dans le processus, tant à l'étape de la décision de l'exécutif qu'à l'occasion du contrôle de cette décision par la cour d'appel.

Madame le juge Wein a conclu que, à l'étape du juge d'extradition, toute demande fondée sur le par. 6(1) était prématurée ou débordait le rôle de celui-ci. Elle a également refusé d'exercer tout pouvoir discrétionnaire résiduel dont elle pourrait disposer pour ordonner la communication des éléments de preuve demandés. À son avis, la question de l'art. 6 n'avait aucune pertinence à l'égard des arguments susceptibles d'être présentés à l'audience d'extradition et n'était d'aucune utilité pour statuer sur le caractère suffisant de la preuve. Elle n'a trouvé aucun fondement justifiant d'ordonner la communication de la preuve à l'audience d'extradition dans le but de permettre à l'appelant de préparer ses observations à l'intention du ministre.

Convaincue que la preuve était suffisante au regard du critère applicable en la matière, que l'identité n'était pas contestée et que les infractions reprochées aux États-Unis étaient virtuellement identiques aux infractions canadiennes correspondantes et satisfaisaient ainsi à la condition de [TRADUCTION] « double incrimination » prévue par la *Loi sur l'extradition*, madame le juge Wein a ordonné l'incarcération de Kwok le 16 mai 1996.

B. *Ministre de la Justice*

Le 9 octobre 1996, le ministre de la Justice a ordonné l'extradition immédiate de l'appelant vers les États-Unis pour qu'il subisse son procès dans l'État de New York. Le ministre a souligné que sa

decision was political, not judicial, in nature. Consequently, he was not obligated to provide the kind of disclosure or the procedural safeguards applicable to judicial proceedings. He noted that the appellant had been provided with a summary of the factual information that was before him and had received an opportunity to comment on these materials. The additional disclosures sought were not relied upon by the American authorities for purposes of their investigation, nor would the U.S. be relying on the Canadian wiretaps in their prosecution process.

Further, the Minister considered the principles relating to the mobility rights guaranteed by s. 6 of the *Charter* and came to the conclusion that surrendering the appellant would not be unconstitutional. As the Attorney General of Canada was the competent prosecutorial authority, the Minister was satisfied that no charges would be laid in Canada and that this exercise of prosecutorial discretion was in accordance with the principles set out by this Court in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469.

C. *Court of Appeal for Ontario* (1998), 41 O.R. (3d) 131

The appellant argued on appeal that his request for disclosure should have been granted by the extradition judge or, alternatively, by the Minister, in order to permit a proper preparation of his application for a stay of the extradition proceedings. That application alleged that his surrender to the United States would constitute a breach of his s. 6(1) mobility rights. On August 4, 1998, the Court of Appeal dismissed both the application for judicial review of the surrender and the appeal against the committal order.

Charron J.A., for a unanimous court, held that the extradition judge and the Minister were correct in denying the appellant's request for additional disclosure. The material he sought fell outside the scope of disclosure to which a fugitive was entitled in extradition proceedings. In her view, s. 6(1)

décision d'extrader était de nature politique et non judiciaire et que, en conséquence, il n'était tenu de fournir ni le genre de communication de la preuve ni les garanties procédurales applicables aux procédures judiciaires. Il a souligné que l'appelant avait reçu un résumé des renseignements factuels dont il disposait et avait eu la possibilité de commenter ces documents. Les éléments additionnels dont on demandait la communication n'avaient pas été utilisés par les autorités américaines dans leur enquête et les fruits de l'écoute électronique faite par les Canadiens ne seraient pas utilisés dans les poursuites aux États-Unis.

En outre, le ministre a tenu compte des principes relatifs à la liberté de circulation garantie par l'art. 6 de la *Charte* et il est arrivé à la conclusion que l'extradition de l'appelant ne serait pas inconstitutionnelle. Puisque le procureur général du Canada était l'autorité poursuivante compétente, le ministre était convaincu qu'aucune accusation ne serait portée au Canada et que cet exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites était conforme aux principes établis par notre Cour dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

C. *Cour d'appel de l'Ontario* (1998), 41 O.R. (3d) 131

En appel, l'appelant a prétendu que sa demande de communication de la preuve aurait dû être accordée par le juge d'extradition ou, à défaut, par le ministre, afin de lui permettre de préparer adéquatement sa demande d'arrêt des procédures d'extradition. Dans cette demande, l'appelant affirmait que son extradition vers les États-Unis constituerait une atteinte à la liberté de circulation que lui garantit le par. 6(1). Le 4 août 1998, la Cour d'appel a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition ainsi que l'appel de l'ordonnance d'incarcération.

Rédigeant la décision unanime de la Cour d'appel, madame le juge Charron a estimé que le juge d'extradition et le ministre avaient eu raison de refuser la demande de communication d'éléments de preuve additionnels présentée par l'appelant. Les documents sollicités par ce dernier n'étaient

18

19

20

mobility rights are only engaged in the Minister's decision to surrender, not at the committal stage of the extradition process. She disagreed with the decision of the Quebec Court of Appeal in *United States of America v. Cazzetta* (1996), 108 C.C.C. (3d) 536, leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1996] 3 S.C.R. xiv, and applied *Dynar*, *supra*, a decision confirming, in her view, that the pre-amendment cases on the modest role of the judiciary in the extradition process were still applicable. Thus, the appellant was entitled only to disclosure of the material on which the United States was relying to establish a *prima facie* case, which did not include any of the materials sought by the appellant.

pas visés par la communication de la preuve à laquelle a droit un fugitif dans le cadre du processus d'extradition. De l'avis du juge Charron, dans de telles procédures, la liberté de circulation garantie au par. 6(1) n'entre en jeu qu'à l'étape de la décision du ministre d'extrader ou non le fugitif, et non à l'étape de l'incarcération. Madame le juge Charron a exprimé son désaccord avec la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Cazzetta c. États-Unis d'Amérique*, [1996] R.J.Q. 1547, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1996] 3 R.C.S. xiv, et elle a appliqué l'arrêt *Dynar*, précité, de notre Cour qui, à son avis, a confirmé que seuls les principes établis dans la jurisprudence antérieure à la modification de la Loi et portant sur le rôle modeste des tribunaux dans le processus d'extradition continuaient de s'appliquer. Par conséquent, l'appelant avait uniquement droit à la communication des documents sur lesquels les États-Unis s'appuyaient pour établir *prima facie* le bien-fondé des accusations, documents dont ne faisaient pas partie ceux demandés par l'appelant.

21 Furthermore, Charron J.A. found no reason to interfere with the Minister's discretion to surrender the appellant. In reference to *Cotroni*, she held, at p. 145, that

[i]t does not follow from *Cotroni* that, in the absence of positive evidence that prosecution in Canada is not "a realistic option" or that it would not be "equally effective", a surrender is unconstitutional.

Stressing the discretion of prosecutorial authorities, Charron J.A. recalled that it operated in the context of Canada's international obligations.

De plus, madame le juge Charron n'a vu aucune raison de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre d'extrader l'appelant. Relativement à l'arrêt *Cotroni*, elle a tiré la conclusion suivante, à la p. 145 :

[TRADUCTION] Il ne découle pas de l'arrêt *Cotroni* que, en l'absence de preuve positive que l'engagement de poursuites au Canada n'est pas une « option réaliste » ou que de telles poursuites n'auraient pas « la même efficacité », l'extradition est inconstitutionnelle.

Soulignant le pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités chargées des poursuites, le juge Charron a rappelé que ce pouvoir était exercé dans le contexte des obligations internationales du Canada.

22 The appellant also sought disclosure of information aimed at reviewing the prosecutorial discretion not to prosecute in Canada. While such a decision may be open to judicial review on grounds of bad faith or improper motives, there must be an air of reality to the application. In Charron J.A.'s view, this had not been shown. She therefore concluded that the Minister had made no error in exer-

L'appelant a également sollicité la communication de renseignements en vue du contrôle de l'exercice, par le ministère public, de son pouvoir discrétionnaire de ne pas engager de poursuites au Canada. Quoiqu'une telle décision puisse faire l'objet d'une demande de révision judiciaire reprochant à son auteur d'avoir agi de mauvaise foi ou pour des motifs inappropriés, cette demande doit

cising his discretion to refuse the appellant's request for further disclosure and that he did not err in his consideration of the appellant's s. 6(1) rights. The Minister's reliance on the advice of his authorized representatives did not amount to an improper delegation of his duty. Nothing indicated that the appellant's surrender would be unconstitutional.

V. Analysis

I propose to resolve the issues referred to in para. 1 of these reasons in three steps. I will first analyse the impact of s. 9(3) of the *Extradition Act* on the *Charter* jurisdiction of the extradition judge and delineate the boundaries of that jurisdiction. Second, I will determine whether s. 6(1) *Charter* rights are engaged at the committal stage of the extradition process and I will review the Minister's decision to surrender. Finally, I will examine a fugitive's disclosure rights within the extradition process with a view to determining whether the appellant ought to have received the additional disclosure that he sought throughout.

A. *The Impact of Section 9(3) on the Charter Jurisdiction of the Extradition Judge*

As indicated earlier, this appeal requires an analysis of s. 9(3) of the 1992 amendments to the *Extradition Act*. A completely revised *Extradition Act* came subsequently into force on June 17, 1999. The new Act contains a provision similar to s. 9(3) of the 1992 version. Indeed, s. 25 of the 1999 Act is not materially different from s. 9(3); it merely lightens the language of the provision. I will return below to the change of wording in the French version of s. 25 of the 1999 revision. Section 84 of the 1999 Act provides that the 1992 version still governs proceedings commenced prior to

néanmoins avoir une apparence de vraisemblance. Madame le juge Charron a estimé que cela n'avait pas été démontré. Elle a donc jugé que le ministre n'avait commis aucune erreur lorsque, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il avait refusé la demande de communication d'éléments de preuve additionnels faite par l'appellant, et qu'il ne s'était pas trompé dans l'examen des droits garantis à ce dernier par le par. 6(1). Le fait que le ministre se soit fié à l'avis de ses représentants autorisés n'équivalait pas à une délégation irrégulière de son rôle. Rien n'indiquait qu'il serait inconstitutionnel d'extrader l'appellant.

V. L'analyse

Je me propose de répondre en trois étapes aux questions énoncées au premier paragraphe des présents motifs. Je vais d'abord analyser l'effet du par. 9(3) de la *Loi sur l'extradition* sur la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la *Charte* et circonscrire les limites de cette compétence. Je vais ensuite déterminer si les droits garantis au par. 6(1) de la *Charte* entrent en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition et contrôler la décision du ministre d'extrader l'appellant. Enfin, je vais examiner les droits dont disposent les fugitifs en matière de communication de la preuve dans le processus d'extradition, en vue de déterminer si l'appellant aurait dû recevoir communication des éléments additionnels qu'il sollicite depuis le début.

A. *L'effet du par. 9(3) sur la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte*

Comme je l'ai indiqué plus tôt, le présent pourvoi exige l'analyse du par. 9(3) des modifications de 1992 de la *Loi sur l'extradition*. Une version entièrement révisée de la *Loi sur l'extradition* est par la suite entrée en vigueur le 17 juin 1999. La nouvelle Loi contient une disposition semblable au par. 9(3) de la version de 1992. De fait, l'art. 25 de la Loi de 1999 n'est pas substantiellement différent du par. 9(3), il ne fait qu'alléger le texte de cette disposition. Je reviendrai plus loin sur la modification apportée au texte en français par l'art. 25 de la révision de 1999. L'article 84 de la Loi de 1999

23

24

June 17, 1999. Since that is the case here, I will refer to the 1992 Act throughout these reasons. Given that, for all intents and purposes, the current s. 25 is identical to s. 9(3), clarifying the impact of s. 9(3) on the *Charter* jurisdiction of the extradition judge remains a live issue, the resolution of which would be the same under either the 1992 or current version of the Act.

25 The appellant argues that s. 9(3) of the *Extradition Act* gives the extradition judge complete jurisdiction on *Charter* matters as they relate to extradition. He therefore maintains that the extradition hearing is the appropriate forum for the determination of all *Charter* issues arising out of the extradition process. The respondents take the position that s. 9(3) has not expanded the role of the *Charter* at the judicial phase of the extradition process. Rather, the respondents submit that the extradition judge maintains the modest role of determining whether or not there is a *prima facie* case.

26 Much turns on the nature and scope of the extradition process before 1992, and the legislative intent behind the 1992 amendments to the Act. With that in mind, I now turn to examine both these topics, as well as the judicial interpretation of s. 9(3).

(i) Overview of the Extradition Process in Canada

27 Extradition is primarily a function of the executive branch of government and a product of international agreements between States. The extradition process in Canada is governed by the *Extradition Act*, which codifies into domestic law Canada's international obligations to surrender fugitives who have committed crimes, or are alleged to have committed crimes, in other jurisdictions. Section 13 of the Act sets out the manner in which extradition proceedings are to be conducted. It involves a two-stage process: committal

précise que la version de 1992 continue de régir les procédures commencées avant le 17 juin 1999. Puisque nous sommes en présence d'un tel cas, je vais me référer à la Loi de 1992 tout au long des présents motifs. Comme l'actuel art. 25 est pratiquement identique au par. 9(3), l'effet du par. 9(3) sur la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la *Charte* est une question qui n'a pas encore été tranchée, et la réponse serait la même sous le régime de la version de 1992 de la Loi ou de celle qui est actuellement en vigueur.

L'appellant prétend que le par. 9(3) de la *Loi sur l'extradition* donne au juge d'extradition entière compétence sur les questions touchant l'application de la *Charte* en matière d'extradition. Par conséquent, soutient-il, l'audience d'extradition est l'instance appropriée pour trancher toutes les questions liées à la *Charte* qui se soulèvent dans le cours du processus d'extradition. Les intimés avancent que le par. 9(3) n'a pas élargi le rôle joué par la *Charte* à l'étape judiciaire du processus d'extradition. Ils affirment plutôt que le juge d'extradition conserve son rôle modeste, qui est de déterminer si le bien-fondé des accusations reprochées a été établi *prima facie*.

Bien des choses dépendent de la nature et de la portée du processus d'extradition antérieur à 1992, ainsi que de l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a modifié la Loi en 1992. Gardant cela à l'esprit, je vais maintenant examiner ces deux points, de même que l'interprétation donnée au par. 9(3) par les tribunaux.

(i) Survol du processus d'extradition au Canada

L'extradition est une fonction qui relève au premier chef de l'organe exécutif du gouvernement et qui résulte d'accords internationaux entre États. Le processus d'extradition au Canada est régi par la *Loi sur l'extradition*, qui intègre au droit interne les obligations internationales du Canada en matière d'extradition des fugitifs qui ont ou auraient commis des crimes à l'étranger. L'article 13 de la Loi décrit le déroulement des procédures d'extradition. Celles-ci comportent deux étapes : l'incarcération du fugitif et sa remise à l'État qui

and surrender. The first phase is judicial in nature while the second is essentially an executive phase. I shall discuss each stage in turn.

First, during a judicial hearing, the extradition judge, interchangeably called committal judge, determines whether there is sufficient evidence to order the fugitive committed for surrender (s. 18). Two criteria must be met before a warrant of committal may issue: (1) the evidence presented must disclose a *prima facie* case that the conduct alleged to have occurred within the jurisdiction of the Requesting State constitutes a crime there, would constitute a crime in Canada if committed here, and is contemplated in the bilateral treaty (the “double criminality” rule); and (2) the evidence tendered in support of the request for extradition must, on a balance of probabilities, establish that the person for whom extradition is sought, is the person before the court (the identity issue).

At least prior to 1992, such was the extent of the jurisdiction of the extradition or committal judge. This first stage was often compared to a preliminary inquiry, where a justice of the peace, in deciding whether to commit an accused for trial, must determine whether there is evidence upon which a jury, acting reasonably and properly instructed, could convict the accused. Like the justice of the peace presiding over the preliminary inquiry, the extradition judge had to refrain from weighing the evidence or assessing credibility: *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. Nor was it his or her function to consider how foreign officials gathered the evidence, to weigh the effect of any delay on the trial in the Requesting State, or to consider defences that could be raised at trial: *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at pp. 554-55. The limited functions of the extradition judge were repeatedly confirmed and applied, *inter alia*, in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *McVey v. United States of America*, [1992]

requiert son extradition. La première étape est de nature judiciaire, tandis que la seconde relève essentiellement de l'exécutif. Je vais analyser successivement chacune de ces étapes.

Premièrement, au cours de l'audience devant le tribunal, le juge d'extradition, également appelé juge d'incarcération, détermine si la preuve est suffisante pour ordonner l'incarcération du fugitif en vue de son extradition (art. 18). Deux critères doivent être respectés pour qu'un mandat d'incarcération soit délivré : (1) la preuve présentée doit établir *prima facie* que les actes reprochés dans le ressort de l'État requérant constituent un crime à cet endroit, constitueraient un crime au Canada s'ils avaient été commis ici et sont visés par le traité bilatéral (la règle de la « double incrimination »); (2) la preuve produite au soutien de la demande d'extradition doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que la personne dont on demande l'extradition est celle qui se trouve devant le tribunal (la question de l'identité).

Voilà quelle était, avant 1992 à tout le moins, l'étendue de la compétence du juge d'extradition ou juge d'incarcération. Cette première étape était souvent comparée à l'enquête préliminaire, procédure au cours de laquelle le juge de paix appelé à décider s'il y a lieu d'ordonner le renvoi à procès de l'accusé doit se demander si la preuve est suffisante pour qu'un jury — agissant de façon raisonnable et ayant reçu les directives appropriées — soit fondé à déclarer l'accusé coupable. Tout comme le juge de paix présidant l'enquête préliminaire, le juge d'extradition devait s'abstenir d'évaluer la preuve ou d'apprécier la crédibilité des témoins : *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. Il ne lui appartenait pas non plus d'examiner la façon dont les fonctionnaires étrangers avaient recueilli la preuve, de s'interroger sur l'effet de tout délai sur le procès dans l'État requérant ou de prendre en compte les moyens de défense susceptibles d'être invoqués au procès : *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, p. 554-555. Ces constatations concernant le caractère limité des fonctions du juge d'extradition ont à maintes reprises été confirmées et appliquées, notamment dans les arrêts *Canada c. Schmidt*,

28

29

3 S.C.R. 475; and *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286.

[1987] 1 R.C.S. 500; *McVey c. États-Unis d'Amérique*, [1992] 3 R.C.S. 475; et *États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286.

30 Prior to the 1992 amendments, the *Charter* applied to extradition proceedings in the sense that the treaty, the extradition hearing in Canada and the exercise of the executive discretion to surrender the fugitive all had to conform to the requirements of the *Charter*. However, the extradition judge did not have the power to adjudicate on *Charter* issues and to grant *Charter* remedies. On that point, La Forest J. stated in *Mellino*, *supra*, at p. 557:

In the rare cases where the actions of Canadian executives or officials may give rise to the need for *Charter* review, I do not think the extradition judge has *Charter* jurisdiction. For reasons of efficiency, the Act and the treaty have strictly confined his role. Parliament has indicated how extradition proceedings are to be reviewed — by superior courts by means of the writ of *habeas corpus*. A court in *habeas corpus* proceedings is ordinarily confined to questions of jurisdiction, but as such proceedings are contemplated by Parliament as the sole means of review in extradition proceedings, and from which, moreover, it has provided appeals to the Court of Appeal and to this Court, a court in *habeas corpus* proceedings is obviously the court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24 of the *Charter*. [Emphasis added.]

31 In 1992, before the amendments, La Forest J. re-emphasized in *McVey*, *supra*, at p. 519, that extradition is primarily a function of the executive. All functions within the extradition process that are not expressly assigned by statute to the extradition judge remain with the executive.

The treaties, sensitive to the liberty of the individual, contain provisions for their protection. Most important is the requirement that there be *prima facie* evidence that the act charged would constitute a crime in Canada. This specific matter, about which judges are most competent, is the task assigned to a judge by the *Extradition Act*. Other tasks, no doubt, may be assigned to extradition judges, but one must find a statutory source, and courts should not reach out to bring within their jurisdic-

Avant les modifications de 1992, la *Charte* s'appliquait aux procédures d'extradition du fait que tant le traité que l'audience d'extradition au Canada et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif relativement à la remise du fugitif devaient respecter les exigences prévues par la *Charte*. Le juge d'extradition n'avait toutefois pas le pouvoir de statuer sur les questions touchant à l'application de la *Charte* et d'accorder des réparations fondées sur ce texte. À cet égard, le juge La Forest a dit ceci, dans l'arrêt *Mellino*, précité, p. 557 :

Dans les rares cas où les actes des représentants de l'exécutif ou de fonctionnaires canadiens peuvent donner lieu à un contrôle en vertu de la *Charte*, je ne crois pas que le juge d'extradition ait compétence pour effectuer ce contrôle. Par souci d'efficacité, la Loi et le traité ont strictement circonscrit son rôle. Le Parlement a précisé comment doivent être contrôlées les procédures d'extradition — par les cours supérieures au moyen du bref d'*habeas corpus*. Dans des procédures d'*habeas corpus*, le tribunal ne connaît normalement que de questions de compétence mais, étant donné que le Parlement a envisagé de telles procédures comme seul moyen de contrôle en matière d'extradition et puisque le législateur a en outre prévu des appels devant la Cour d'appel et devant cette Cour en matière d'*habeas corpus*, il est évident qu'un tribunal saisi de procédures d'*habeas corpus* est le tribunal compétent aux fins de l'art. 24 de la *Charte*. [Je souligne.]

En 1992, avant les modifications de la Loi, le juge La Forest a de nouveau souligné, dans l'arrêt *McVey*, précité, p. 519, que l'extradition relevait au premier chef de l'exécutif. Toutes les fonctions qui, dans le cadre du processus d'extradition, ne sont pas expressément attribuées par la loi au juge d'extradition relèvent de l'exécutif.

Les traités, qui tiennent compte des droits à la liberté des personnes, comportent des dispositions pour leur protection. Le plus important est l'exigence qu'il y ait une preuve *prima facie* que l'acte reproché constituerait un crime au Canada. Cette question précise, à l'égard de laquelle les juges sont les plus compétents, est la tâche que la *Loi sur l'extradition* confie à un juge. Il va sans dire que d'autres tâches peuvent être confiées aux juges d'extradition, mais il faut trouver un fondement législa-

tional ambit matters that the Act has not assigned to them. Barring statutory provision, the task of dealing with international treaty obligations is for the political authorities, and is performed by the Ministers and departments in the course of fulfilling their appropriate mandates.

Once the extradition judge decides that, under s. 13 of the Act, there is sufficient evidence to commit, he or she signs the warrant or order for committal which is forwarded to the Minister of Justice, along with the judge's report: s. 19; *Dynar, supra*, at paras. 117-18. This marks the passage to the second stage of the extradition process. During this second step, the Minister decides whether the fugitive should be surrendered to the Requesting State. This phase of the extradition process is essentially political in nature. Cory J. discussed the specific nature of the Minister's surrender decision in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 659:

Parliament chose to give discretionary authority to the Minister of Justice. It is the Minister who must consider the good faith and honour of this country in its relations with other states. It is the Minister who has the expert knowledge of the political ramifications of an extradition decision. In administrative law terms, the Minister's review should be characterized as being at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making.

It is correct that the Minister of Justice has the responsibility to ensure the prosecution of the extradition proceedings and that to do so the Minister must appoint agents to act in the interest of the requesting state. However the decision to issue a warrant of surrender involves completely different considerations from those reached by a court in an extradition hearing. The extradition hearing is clearly judicial in its nature while the actions of the Minister of Justice in considering whether to issue a warrant of surrender are primarily political in nature.

The two stages of the extradition process are thus distinct and separate. The extradition judge

tif, et les tribunaux ne devraient pas se déclarer compétents à l'égard de questions que la Loi ne leur a pas confiées. Sauf disposition législative, l'exécution des obligations découlant des traités internationaux est une tâche qui incombe aux autorités politiques et qui est exécutée par les ministres et les ministères dans le cadre de leurs mandats respectifs.

Dès que le juge d'extradition décide, en vertu de l'art. 13 de la Loi, que la preuve est suffisante pour ordonner l'incarcération, il signe le mandat de dépôt ou l'ordonnance d'incarcération, qui est ensuite transmis au ministre de la Justice accompagné, le cas échéant, du rapport du juge : art. 19; *Dynar*, précité, par. 117-118. La prise de ces mesures marque le passage à la deuxième étape du processus d'extradition, au cours de laquelle le ministre décide si le fugitif doit être livré à l'État requérant. Cette étape du processus d'extradition est de nature essentiellement politique. Le juge Cory a examiné la nature particulière de cette décision du ministre dans l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 659-660 :

Le Parlement a choisi d'accorder un pouvoir discrétionnaire au ministre de la Justice. C'est le Ministre qui doit tenir compte de la bonne foi et de l'honneur du Canada dans ses relations avec les autres États. C'est le Ministre qui possède une connaissance spécialisée des ramifications politiques d'une décision d'extrader. Du point de vue du droit administratif, il y a lieu d'affirmer que l'examen du Ministre se situe à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif.

Il est exact qu'il appartient au ministre de la Justice d'agir à titre de poursuivant dans le cadre des poursuites en matière d'extradition et que, pour ce faire, il doit nommer des représentants qui agiront dans l'intérêt de l'État requérant. Toutefois, la décision de décerner un mandat d'extradition comporte l'examen de considérations fort différentes de celles dont tient compte un tribunal au cours d'une audience d'extradition. L'audience d'extradition est clairement de nature judiciaire, alors que les actes accomplis par le ministre de la Justice, lorsqu'il examine s'il y a lieu de décerner un mandat d'extradition, sont principalement de nature politique.

Les deux étapes du processus d'extradition sont donc distinctes. Le juge d'extradition n'a pas le

does not have the authority to order the actual surrender of the fugitive to the foreign State; that is the exclusive responsibility of the executive pursuant to s. 25. This exclusive power was recognized in *Schmidt, supra*, at p. 514 (*per* La Forest J.), and *Pacificador v. Philippines (Republic of)* (1993), 83 C.C.C. (3d) 210 (Ont. C.A.), at p. 222 (*per* Doherty J.A.), leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x. Conversely, the Minister cannot exercise the power to surrender a fugitive until he or she has been committed for that purpose by a judge.

pouvoir d'ordonner l'extradition du fugitif vers l'État requérant; cette décision est la responsabilité exclusive de l'exécutif aux termes de l'art. 25. Ce pouvoir exclusif a été reconnu dans les arrêts *Schmidt*, précité, p. 514 (le juge La Forest), et *Pacificador c. Philippines (Republic of)* (1993), 83 C.C.C. (3d) 210 (C.A. Ont.), p. 222 (le juge Doherty), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1994] 1 R.C.S. x. À l'inverse, le ministre ne peut pas exercer le pouvoir d'extrader un fugitif tant que celui-ci n'a pas été incarcéré à cette fin par un juge.

34

In the exercise of his or her executive discretion to surrender a fugitive, the Minister of Justice must give regard to *Charter* considerations: *Cotroni, supra*; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7. I will return to *Charter* considerations at the ministerial level later in these reasons. The issue at this point is to determine the forum in which *Charter* issues will be dealt with during the first judicial phase of extradition proceedings.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif, le ministre de la Justice doit tenir compte des considérations fondées sur la *Charte* : *Cotroni*, précité; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7. Je vais revenir sur l'examen de ces considérations au niveau ministériel plus loin dans les présents motifs. À ce stade-ci, la question consiste à déterminer quelle est la juridiction qui statuera sur les questions touchant la *Charte* au cours de la première phase judiciaire des procédures d'extradition.

35

Prior to the 1992 amendments, review of the committal decision was provided for in s. 19(a) of the *Extradition Act*, which provided that the fugitive who had been ordered committed for surrender had a right to apply for a writ of *habeas corpus*. In the same way, *Charter* jurisdiction lay not with the extradition judge but with the superior court judge sitting on *habeas corpus* review of the extradition judge's decision to commit: *Mellino, supra*, at p. 557. The *habeas corpus* judge was required to determine whether the extradition judge had jurisdiction to commit the fugitive. In determining the legality of the fugitive's detention and/or committal, the *habeas corpus* judge had jurisdiction to grant remedies under s. 24 of the *Charter*: *ibid.* In that decision, this Court determined that the extradition judge had no jurisdiction to determine whether there had been an unreasonable delay in requesting extradition, such as to constitute a violation of ss. 7 and 11 of the *Charter*.

Avant les modifications de 1992, l'al. 19a) de la *Loi sur l'extradition* pourvoyait à la révision de la décision d'incarcérer le fugitif en vue de son extradition en indiquant que ce dernier avait le droit de demander un bref d'*habeas corpus*. De même, la compétence en matière d'application de la *Charte* appartenait non pas au juge d'extradition, mais bien au juge de la cour supérieure entendant la demande de révision par voie d'*habeas corpus* de la décision du juge d'extradition ordonnant l'incarcération du fugitif : *Mellino*, précité, p. 557. Le juge saisi d'une telle demande était tenu de déterminer si le juge d'extradition avait compétence pour ordonner l'incarcération du fugitif. Pour statuer sur la légalité de la détention du fugitif, sur son incarcération, ou les deux, le juge saisi de la requête en *habeas corpus* avait compétence pour accorder des réparations en vertu de l'art. 24 de la *Charte* : *ibid.* Dans cet arrêt, notre Cour a estimé que le juge d'extradition n'avait pas compétence pour décider si l'extradition avait été demandée dans un délai déraisonnable au point de constituer une contravention aux art. 7 et 11 de la *Charte*.

That competence belonged to the *habeas corpus* judge.

In turn, this power of review by way of *habeas corpus* could not be used to pre-empt the ministerial decision whether to surrender, a subsequent stage of the extradition process. La Forest J. recognized in *Mellino*, *supra*, at p. 558, that there did exist, even at the *habeas corpus* stage, an exceptional power, under s. 7 of the *Charter*, to stay extradition proceedings in circumstances where “the decision to surrender a fugitive for trial in a foreign country would in the particular circumstances violate the principles of fundamental justice”. La Forest J. went on to say:

... a court must firmly keep in mind that it is in the executive that the discretion to surrender a fugitive is vested. Consequently, barring obvious or urgent circumstances, the executive should not be pre-empted. In cases where the feared wrong may be avoided by interstate arrangements, it may be doubted that the courts should ordinarily intervene before the executive has made an order of surrender.

Thus, barring obvious or urgent circumstances, a decision to stay the extradition process was only open to a judge of the Trial Division of the Federal Court, sitting in review of the Minister’s decision to surrender the fugitive (*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(4)(b)). The need to await the exercise of executive discretion was stressed again in *Schmidt*, *supra*, at p. 522, *per* La Forest J.

Hence, even within the broad *habeas corpus* jurisdiction as it existed prior to the 1992 amendments, both the committal proceedings, and judicial review of these proceedings, were curtailed by the existence of the second, executive stage of the extradition process, which had to be allowed to follow its course. This dual track of judicial and executive decision-making, each accompanied by its own review process, was cumbersome and time-consuming. On the one hand, an appeal from

Cette compétence appartenait au juge saisi de la requête en *habeas corpus*.

Par ailleurs, ce pouvoir de révision par voie d’*habeas corpus* ne pouvait être utilisé pour empêcher le ministre de prendre la décision d’extrader ou non le fugitif, étape ultérieure du processus d’extradition. Dans l’arrêt *Mellino*, précité, à la p. 558, le juge La Forest a reconnu l’existence — même à l’étape de l’*habeas corpus* — d’un pouvoir exceptionnel fondé sur l’art. 7 de la *Charte* permettant de prononcer l’arrêt des procédures d’extradition dans les cas où « la décision d’extrader un fugitif en vue de son procès dans un pays étranger [irait], dans les circonstances particulières, à l’encontre des principes de justice fondamentale ». Le juge La Forest a poursuivi ainsi :

... un tribunal [...] doit bien garder à l’esprit que c’est l’exécutif qui se trouve investi du pouvoir discrétionnaire d’extrader un fugitif. Par conséquent, à moins de circonstances criantes ou urgentes, il ne faut pas empêcher l’exécutif d’exercer son pouvoir discrétionnaire. Dans des cas où le tort appréhendé peut être évité au moyen d’accords internationaux, il est douteux que les tribunaux doivent normalement intervenir avant que l’exécutif n’ait ordonné l’extradition.

Par conséquent, en l’absence de circonstances criantes ou urgentes, la décision d’arrêter le processus d’extradition ne pouvait être rendue que par un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale saisi d’une demande de révision de la décision du ministre d’extrader le fugitif (*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch.10, al. 17(4)(b)). La nécessité d’attendre que l’exécutif ait exercé son pouvoir discrétionnaire a été soulignée de nouveau dans l’arrêt *Schmidt*, précité, p. 522, le juge La Forest.

Par conséquent, même eu égard à ce vaste pouvoir en matière d’*habeas corpus*, tel qu’il existait avant les modifications de 1992, tant les procédures relatives à l’incarcération que la révision judiciaire de ces procédures étaient limitées par l’existence de la deuxième étape du processus d’extradition — savoir la décision de l’exécutif — qu’il fallait laisser suivre son cours. Ce processus décisionnel à deux volets, judiciaire et exécutif, doté chacun de son propre mécanisme de révision,

the *habeas corpus* review of the committal decision could be taken as of right to the provincial court of appeal and, with subsequent leave, to this Court. On the other hand, the separate Ministerial decision concerning surrender could be judicially reviewed in the Trial Division of the Federal Court, with further potential appeals to the Federal Court of Appeal and to this Court: A. W. La Forest, *La Forest's Extradition To and From Canada* (3rd ed. 1991), at pp. 179-220.

(ii) Legislative Intent Underlying the 1992 Amendments

38

Significant structural amendments to the *Extradition Act* came into force on December 1, 1992. The amendments now provide for a single right of review to the appropriate provincial court of appeal from both the decisions of the extradition judge and that of the Minister of Justice. Not only does the court of appeal receive "exclusive original jurisdiction" to review the judicial decision to commit and the executive decision to surrender, but the amendments also contemplate a possible "merger" of these functions, by expressly allowing the court to defer the hearing of an appeal from a committal decision until the Minister has made a decision with respect to surrender (s. 19.4(2)), unless the Minister files a notice of postponement with the court of appeal, in which case the court of appeal must proceed with the appeal from committal rather than await the Minister's decision on surrender (s. 25.1(2)).

39

In addition, Parliament streamlined and simplified the extradition procedure by enacting s. 9(3), which essentially collapses into one the functions and powers previously exercised separately by the extradition judge and by the *habeas corpus* judge. This was achieved first by modifying s. 19 to eliminate recourse to the writ of *habeas corpus* to review the committal and replace it simply with an appeal to the court of appeal. Then, the powers of

était lourd et long. D'une part, la décision sur la demande de révision de l'ordonnance d'incarcération par voie d'*habeas corpus* pouvait faire l'objet d'un appel de plein droit auprès de la cour d'appel provinciale concernée et ensuite, sur autorisation, auprès de notre Cour. D'autre part, la décision distincte prise par le ministre relativement à l'extradition pouvait faire l'objet d'une demande de révision judiciaire à la Section de première instance de la Cour fédérale et donner lieu éventuellement à d'autres appels à la Cour d'appel fédérale et à notre Cour : A. W. La Forest, *La Forest's Extradition To and From Canada* (3^e éd. 1991), p. 179-220.

(ii) L'intention du législateur à la base des modifications de 1992

D'importantes modifications touchant à la structure de la *Loi sur l'extradition* sont entrées en vigueur le 1^{er} décembre 1992. Par suite de ces modifications, il faut désormais s'adresser à la cour d'appel provinciale concernée pour demander l'examen tant de la décision du juge d'extradition que de celle du ministre de la Justice. Non seulement la cour d'appel s'est-elle vue accorder « compétence exclusive » pour examiner la décision judiciaire ordonnant l'incarcération du fugitif et celle de l'exécutif ordonnant son extradition, mais les modifications ont également établi la possibilité de « réunir » ces procédures en permettant expressément à la cour de reporter l'audition de l'appel de l'ordonnance d'incarcération jusqu'à ce que le ministre se soit prononcé sur la demande d'extradition (par. 19.4(2)), sauf si ce dernier dépose un avis de report auprès de la cour d'appel, auquel cas celle-ci doit entendre l'appel de l'incarcération plutôt que d'attendre la décision du ministre relativement à l'extradition (par. 25.1(2)).

En outre, le législateur a rationalisé et simplifié la procédure d'extradition en adoptant le par. 9(3), disposition qui a essentiellement pour effet de fondre ensemble les fonctions et pouvoirs qui étaient auparavant exercés séparément par le juge d'extradition et le juge saisi de la requête en *habeas corpus*. Ce résultat a été obtenu en modifiant d'abord l'art. 19 de façon à éliminer le recours à l'*habeas corpus* comme moyen de révision de l'in-

the committal judge were expanded to include all the powers that could previously be exercised only by a superior court judge sitting in *habeas corpus* review. For the sake of convenience, I repeat here the wording of s. 9(3):

For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge who is a superior court judge or a county court judge has, with respect to the functions that that judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge or a county court judge. [Emphasis added.]

In explaining the purpose of Bill C-31, then Minister of Justice, the Honourable Kim Campbell, dubbed the 1992 amendments “up-to-date, modern legislation taking into account the need to hear [*Charter*] arguments in the court of first instance”: *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 7, 1991, at p. 4779.

In developing the amendments, the Minister of Justice stated in the House, at pp. 4777-78, that she was guided by three principles:

First, the appeal and review process of extradition matters should resemble as nearly as possible the remedies available to those charged with criminal offences in Canada. Second, the person whose extradition is sought should enjoy the protections of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Third, to the extent possible, duplication of proceedings should be avoided.

The appeal and review process should be expedient but permit a fair hearing. The division of functions between the judiciary and the minister must be clearly respected. Our international obligations to our extradition treaty partners to return offenders must also be respected.

She further commented, at p. 4778:

[TRANSLATION] [The pre-1992 law] results in needless duplication of administering evidence and wastes the

carcération et à le remplacer simplement par un appel à la cour d’appel, puis en élargissant les pouvoirs du juge d’incarcération pour lui donner tous les pouvoirs qui ne pouvaient jusque-là être exercés que par un juge d’une cour supérieure entendant une requête en *habeas corpus*. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau le texte du par. 9(3) :

Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un juge de cour supérieure ou de cour de comté conserve les compétences qu’il a en cette qualité, dans l’exercice des fonctions qu’il est tenu d’accomplir en appliquant la présente loi. [Je souligne.]

Lorsqu’elle a expliqué l’objet du projet de loi C-31, la ministre de la Justice de l’époque, l’honorable Kim Campbell, a qualifié les modifications de 1992 de [TRADUCTION] « mesure législative moderne qui tient compte de la nécessité de permettre que les arguments relatifs à la [*Charte*] soient entendus par le tribunal de première instance » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 7 novembre 1991, p. 4779.

À la Chambre, la ministre de la Justice a dit, à la p. 4777, qu’elle avait été guidée par trois principes dans l’élaboration des modifications :

[TRADUCTION] Premièrement, en matière d’extradition, le processus d’appel et de contrôle doit le plus possible s’apparenter aux recours qui s’offrent aux personnes accusées d’actes criminels au Canada. Deuxièmement, la personne dont on demande l’extradition a droit aux garanties de la Charte canadienne des droits et libertés. Troisièmement, dans la mesure du possible, les dédoublements de procédures doivent être évités.

Le processus d’appel et de contrôle doit être rapide, mais il doit permettre une audition juste. Le partage des compétences entre les tribunaux et le ministre doit être bien respecté, de même que nos obligations internationales envers les pays avec lesquels nous avons signé des traités d’extradition.

Elle a également fait les observations suivantes, à la p. 4778 :

[Le droit antérieur aux modifications de 1992 entraîne] inutilement un dédoublement de l’administra-

40

41

courts' time. This change [the 1992 amendments] would allow charter-based arguments concerning applications to be considered at a later stage of the proceedings, without having to go before a different judge.

Charter-based arguments relating to the minister's extradition decision can be considered when the minister's decision is reviewed.

42 On one hand, the Minister referred to the desirability of providing *Charter* protection to persons whose extradition is sought. The appellant points to ss. 19.2 and 19.3 of the Act, which refer to the extradition judge having stayed the proceedings, as further indications that Parliament intended to confer on the extradition judge the authority for any and all *Charter* adjudication.

43 On the other hand, while enacting s. 9(3), Parliament did not repeal s. 9(2), which provided that:

Nothing in this section shall be construed so as to confer on any judge any jurisdiction in *habeas corpus* matters.

This subsection disappeared in the 1999 amendments. It is curious that the provision, which seemed to have been related to the abolished *habeas corpus* method of review, was left in place in 1992. Be that as it may, I am of the view that when an extradition hearing is presided over by a superior court judge, that judge is empowered by s. 9(3) to grant any statutory, common law or *Charter* remedies related to an issue that properly arises before him or her. That power need not be exercised through a writ of *habeas corpus*. In coming to this conclusion, I note that even the respondents do not contest that s. 9(3) took the *Charter* jurisdiction formerly exercised by the *habeas corpus* judge and conferred it upon the extradition judge: see respondents' factum, at para. 25. Hence, even if we cannot speak of a collapsing of functions *per se*, there was undeniably a transfer of *Charter* jurisdiction. There is no indication, however, that Parliament intended to expand the

tion des preuves et un gaspillage du temps dont disposent les tribunaux. Cette modification [1992] permettrait l'examen des arguments fondés sur la Charte touchant les demandes à un stade ultérieur de la procédure sans qu'il soit nécessaire d'aller devant un juge différent.

Les arguments fondés sur la Charte touchant la décision ministérielle sur l'extradition pourront encore, quant à eux, être examinés lors de l'examen de la décision ministérielle.

D'une part, la ministre a indiqué qu'il était souhaitable d'accorder la protection de la *Charte* aux personnes dont on demande l'extradition. L'appellant mentionne les art. 19.2 et 19.3 de la Loi, où il est question de l'arrêt des procédures par le juge d'extradition, comme étant des indices supplémentaires de l'intention du législateur de conférer au juge d'extradition compétence pour statuer sur toute question concernant la *Charte*.

D'autre part, malgré l'édiction du par. 9(3), le législateur n'avait pas abrogé le par. 9(2), qui prévoyait ceci :

Le présent article n'a pas pour effet d'attribuer une compétence quelconque en matière d'*habeas corpus*.

Les modifications de 1999 ont supprimé ce paragraphe. Il est curieux que, en 1992, on ait maintenu cette disposition, qui semblait être liée à la méthode de révision par voie d'*habeas corpus* qu'on venait d'abolir. Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que le juge d'une cour supérieure qui préside une audience d'extradition est habilité par le par. 9(3) à accorder toute réparation fondée sur un texte de loi, sur la common law ou sur la *Charte* à l'égard de quelque question dont il est régulièrement saisi. Il n'est pas nécessaire que ce pouvoir soit exercé dans le cadre d'une requête en *habeas corpus*. En tirant cette conclusion, je tiens à souligner que même les intimés ne contestent pas que le par. 9(3) a conféré au juge d'extradition la compétence en matière d'application de la *Charte* qui était auparavant exercée par le juge saisi de la requête en *habeas corpus* : voir le mémoire des intimés, par. 25. Par conséquent, même s'il est impossible de parler de fusion de fonctions comme telle, il y a incontestablement eu transfert de compétence en matière d'application de la *Charte*.

Charter jurisdiction of the extradition judge beyond that formerly exercised by the *habeas corpus* judge.

The overall statutory framework does not reveal any intent to alter the respective tasks of the judiciary and the executive. The function of the committal judge is not expanded by the 1992 amendments beyond the acquisition of the powers of the *habeas corpus* judge. That function remains the determination of whether a *prima facie* case has been made out. As the *habeas corpus* judge formerly could, the extradition judge can now grant appropriate *Charter* remedies on matters relevant to the committal stage, provided that he or she does not usurp the Minister's function.

(iii) Judicial Interpretation of Section 9(3)

Our Court has directly considered the impact of s. 9(3) upon an extradition hearing in *Dynar*, *supra*. In that case, the fugitive argued that he had received inadequate disclosure of the involvement of the Canadian investigating authorities in the gathering of the evidence that formed the basis of the committal order. The *Charter* arguments he sought to raise were based on s. 7 (entrapment) and s. 8 (illegal wiretap). This Court held that the affidavit evidence submitted by the United States contained sufficient information to conclude that the evidence was gathered entirely by American officials and that no justiciable *Charter* argument arose. Cory and Iacobucci JJ. left the scope of the *Charter* jurisdiction conferred upon the extradition judge under s. 9(3) open for another day, saying only that "[t]he extradition judge may also have limited Charter jurisdiction under s. 9(3) of the amended *Extradition Act*": *Dynar*, at para. 121 (emphasis added). They re-emphasized the limited role of the committal judge, stating the committal hearing is neither intended nor designed to provide

Toutefois, rien n'indique que le législateur ait eu l'intention de donner au juge d'extradition une compétence plus grande en matière d'application de la *Charte* que celle qui était exercée auparavant par le juge saisi de la requête en *habeas corpus*.

L'organisation générale de la loi ne révèle aucune intention de modifier les tâches respectives des tribunaux et de l'exécutif. Les modifications de 1992 n'ont pas élargi le rôle du juge d'incarcération, mis à part le fait qu'on lui a confié les pouvoirs du juge saisi de la requête en *habeas corpus*. Ce rôle consiste toujours à déterminer si on a établi *prima facie* le bien-fondé des accusations reprochées. Tout comme le pouvait auparavant le juge saisi de la requête en *habeas corpus*, le juge d'extradition peut maintenant accorder les réparations fondées sur la *Charte* qui conviennent à l'égard des questions qui relèvent de l'étape de l'incarcération, à condition de ne pas usurper le rôle du ministre.

(iii) L'interprétation donnée au par. 9(3) par les tribunaux

Dans l'arrêt *Dynar*, précité, notre Cour a directement examiné l'effet du par. 9(3) sur l'audience d'extradition. Dans cette affaire, le fugitif prétendait qu'on ne lui avait pas donné communication suffisante de la preuve concernant la participation des enquêteurs canadiens aux mesures prises pour recueillir les éléments de preuve qui ont constitué le fondement de l'ordonnance d'incarcération. Les arguments fondés sur la *Charte* qu'il entendait soulever reposaient sur les art. 7 (provocation policière) et 8 (écoute électronique illégale). Notre Cour a jugé que la preuve par affidavit présentée par les États-Unis contenait suffisamment de renseignements pour permettre de conclure que la preuve avait été recueillie entièrement par les autorités américaines et que l'instance ne soulevait aucun argument fondé sur la *Charte* susceptible d'être débattu devant les tribunaux. Les juges Cory et Iacobucci ne se sont pas prononcés sur la portée de la compétence conférée au juge d'extradition par le par. 9(3) en matière d'application de la *Charte*, disant seulement que « [l]e juge d'extradition peut également être investi de pouvoirs limités concernant la *Charte* sous le régime du par. 9(3) de

44

45

the discovery function of a domestic preliminary inquiry.

46 There have been conflicting interpretations of s. 9(3) in other courts. Some courts have held that extradition judges have jurisdiction to consider any application for *Charter* relief, while others have concluded that the pre-amendment case law which narrowly limited the role of the extradition judge still applies. I shall consider each position in turn, beginning with the narrow view.

47 In *Pacificador, supra*, the committal judge refused to compel an RCMP officer to testify as to the circumstances under which, in the Philippines, he took certain statements which formed part of the documentary evidence used at the extradition hearing. Watt J. ruled the evidence inadmissible since weighing evidence and assessing credibility were beyond the scope of his function as extradition judge. The Ontario Court of Appeal upheld his decision, Doherty J.A. adding, at p. 218, that the discovery function at the judicial phase of the extradition process is limited:

Extradition is a creature of statute. The purpose underlying the judicial phase of the extradition process must be found in the Act. The sole purpose, as set out in section 18(1)(b) of the Act, is to determine whether the evidence adduced establishes a *prima facie* case against the fugitive: *McVey*. . . Nothing in the statute speaks to a discovery function akin to that played by the preliminary inquiry.

Nor can that function be read into the Act. The extradition court cannot be concerned with the ultimate merits of the charge or the fairness of the adjudicative process to which the fugitive will be subject in the foreign court: *United States of America v. Allard*. . . Equally, the extradition court cannot oversee a discovery process

la *Loi sur l'extradition*, modifiée » : *Dynar*, par. 121 (je souligne). Ils ont rappelé le rôle limité du juge d'incarcération, affirmant que l'audience d'incarcération n'a pas pour but de pourvoir à la communication de la preuve, comme cela se fait à l'enquête préliminaire au Canada, et qu'elle n'a pas été conçue à cette fin.

D'autres tribunaux ont donné des interprétations divergentes du par. 9(3). Certains tribunaux ont estimé que les juges d'extradition avaient compétence pour connaître de toute demande de réparation fondée sur la *Charte*, tandis que d'autres ont jugé que la jurisprudence antérieure aux modifications, qui restreignait de façon importante le rôle du juge d'extradition, continuait de s'appliquer. Je vais examiner chacune de ces positions à tour de rôle, en commençant par l'interprétation restrictive.

Dans l'arrêt *Pacificador*, précité, le juge d'incarcération a refusé de contraindre un agent de la GRC à témoigner sur les circonstances dans lesquelles il avait recueilli, aux Philippines, certaines déclarations faisant partie de la preuve documentaire utilisée à l'audience d'extradition. Le juge Watt a conclu à l'inadmissibilité de la preuve pour le motif que l'évaluation de la preuve et l'appréciation de la crédibilité des témoins débordaient le cadre de son rôle de juge d'extradition. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé sa décision, le juge Doherty ajoutant, à la p. 218, que, à l'étape judiciaire du processus d'extradition, l'aspect communication de la preuve avait un caractère limité :

[TRADUCTION] L'extradition est une création de la loi. C'est dans la Loi qu'il faut chercher l'objet de l'étape judiciaire du processus d'extradition. Le seul objet, qui est énoncé à l'alinéa 18(1)b) de la Loi, consiste à déterminer si les éléments de preuve produits établissent *prima facie* le bien-fondé des actes reprochés au fugitif : [. . .] *McVey* [. . .] Rien dans la Loi ne prévoit un rôle de communication de la preuve analogue à celui joué par l'enquête préliminaire.

Ce rôle ne saurait non plus être considéré comme inscrit dans la Loi. Le tribunal d'extradition ne peut décider en dernier ressort du bien-fondé de l'accusation ou de l'équité du processus décisionnel auquel le fugitif sera assujéti devant le tribunal étranger : *États-Unis d'Amérique c. Allard* [. . .] De même, le tribunal d'extradition

relating to some potential future proceeding in a foreign country when that proceeding will be conducted according to foreign laws and possibly to different notions of concepts such as “full answer and defence”.

In *United States of America v. Leon*, Ont. Ct. (Gen. Div.), April 7, 1994, unreported, aff'd (1995), 96 C.C.C. (3d) 568 (Ont. C.A.), aff'd [1996] 1 S.C.R. 888, the fugitive sought a ruling that a search had been conducted in breach of his s. 8 *Charter* rights and that the resulting evidence should be excluded from the extradition hearing. Hayes J. assumed jurisdiction to consider a breach of s. 8 rights, and the resultant exclusionary remedy. However, he declined to consider allegations pertaining to breaches of ss. 6(1) and 7 on the basis that to do so would be premature as these issues could properly be put to the Minister in the context of his discretion to issue the order of surrender. Hayes J. issued a warrant for committal. The Court of Appeal for Ontario found it unnecessary to decide whether the committal judge had erred in entertaining the s. 8 application because it ultimately concluded that no *Charter* infringement had been established. Both the Court of Appeal and this Court affirmed the extradition and refrained from addressing the s. 6(1) issue. According to this approach, the extradition judge could properly examine the admissibility of evidence under ss. 24(2) and 8 of the *Charter*, assuming the issue was directly relevant to the judicial phase of the hearing. However, the responsibility to consider s. 6(1) rights continues to reside with the Minister of Justice and not the extradition judge.

The same was suggested in *Swystun v. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222 (Man. Q.B.) (although that decision dealt with a *habeas corpus* judge rather than a committal judge) and *États-Unis d'Amérique v. Tavormina*, [1996] R.J.Q. 693 (Sup. Ct.). Recently, Bennett J.

ne peut contrôler un processus de communication de la preuve à une éventuelle instance dans un pays étranger alors que cette instance se déroulera conformément à des lois étrangères et, possiblement, à des conceptions différentes de notions telles que la « défense pleine et entière ».

Dans *United States of America c. Leon*, C. Ont. (Div. gén.), 7 avril 1994, non publié, conf. par (1995), 96 C.C.C. (3d) 568 (C.A. Ont.), conf. par [1996] 1 R.C.S. 888, le fugitif demandait au tribunal de déclarer qu'une fouille avait été effectuée en violation des droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte* et que la preuve en résultant devait être écartée à l'audience d'extradition. Le juge Hayes a estimé avoir compétence pour statuer sur une assertion de violation des droits garantis par l'art. 8 et pour accorder la réparation qui convient en tel cas, soit l'exclusion de l'élément de preuve litigieux. Il a toutefois refusé d'examiner les violations du par. 6(1) et de l'art. 7 plaidées par le fugitif, pour le motif qu'il était prématuré de le faire puisque ces questions pouvaient être régulièrement présentées au ministre lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire de prendre ou non l'arrêté d'extradition. Le juge Hayes a délivré un mandat d'incarcération. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé inutile de décider si le juge d'incarcération avait fait erreur en examinant la demande fondée sur l'art. 8, puisqu'elle a en définitive estimé qu'aucune atteinte à la *Charte* n'avait été établie. Tant la Cour d'appel que notre Cour ont confirmé l'extradition et se sont abstenues d'examiner l'argument fondé sur le par. 6(1). Conformément à cette approche, le juge d'extradition était fondé à statuer sur la recevabilité de la preuve au regard du par. 24(2) et de l'art. 8 de la *Charte*, pourvu que cette question soit directement pertinente à l'étape judiciaire du processus d'extradition. Toutefois, la responsabilité de prendre en compte les droits garantis par le par. 6(1) continue d'incomber au ministre de la Justice et non au juge d'extradition.

La même proposition a également été avancée dans les affaires *Swystun c. United States of America* (1987), 40 C.C.C. (3d) 222 (B.R. Man.) (bien que, dans cette affaire, il s'agissait d'un juge saisi d'une requête en *habeas corpus* plutôt que d'un juge d'incarcération) et *États-Unis d'Amérique c.*

reached a similar conclusion in *United States of America v. Cheema*, [1999] B.C.J. No. 1365 (QL) (S.C.), holding, at paras. 79-80, that the extradition judge's only "new" power involves search and seizure issues:

In my view, the amendments to the *Extradition Act*, including s. 9(3), have not broadly expanded the *Charter* jurisdiction of the extradition judge. The role of the extradition judge has been reiterated in *Dynar*, in spite of the amendments. The language in s. 9(3) is clear. The jurisdiction is limited to the "functions that that judge is required to perform in applying this Act". The extradition judge is to ensure that there is sufficient admissible evidence to put the fugitive on trial in the requesting country, that the crime is one that would be a crime in Canada, and [that] the fugitive will face a penalty [exceeding one year] if convicted. In the context of determining what evidence is admissible, s. 9(3) gives the extradition judge jurisdiction to rule on the admissibility of evidence gathered in Canada and to ensure the gathering of such evidence meets the standard required by the *Charter of Rights*.

Therefore, the extradition judge may rule, for example, on search and seizure issues. This is an expansion of the jurisdiction previously held.

50

In *United States of America v. Garcia*, [1994] O.J. No. 1027 (QL) (Gen. Div.), the fugitive requested a stay of proceedings based on the argument that his ss. 7 and 12 rights would be infringed if he were extradited to Florida, where he could face the death penalty if convicted of murder. Jarvis J. concluded that s. 9(3) allowed him to consider an application for *Charter* relief. However, in refusing to accede to the fugitive's application, Jarvis J. reasoned that, under the circumstances, no breach would occur until the Minister decided to extradite. The fugitive's request at the committal hearing was premature as Parliament had not enacted s. 9(3) to allow the extradition judge to decide ss. 7 and 12 *Charter* breaches where such a

Tavormina, [1996] R.J.Q. 693 (C.S.). Récemment, le juge Bennett a tiré une conclusion similaire dans *United States of America c. Cheema*, [1999] B.C.J. No. 1365 (QL) (C.S.), estimant, aux par. 79-80, que le seul pouvoir « nouveau » du juge d'extradition concernait les questions touchant les fouilles, perquisitions et saisies :

[TRADUCTION] À mon avis, les modifications apportées à la *Loi sur l'extradition*, y compris le par. 9(3), n'ont pas élargi de façon considérable la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la *Charte*. Le rôle de ce dernier a été réaffirmé dans *Dynar*, malgré les modifications. Le texte du par. 9(3) est clair. La compétence est limitée aux « fonctions qu'il est tenu d'accomplir en appliquant la présente loi ». Le juge d'extradition doit s'assurer qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve recevables justifiant la citation du fugitif à procès dans l'État requérant, que le crime reproché serait un crime au Canada et [que] le fugitif est passible d'une sanction [de plus d'un an] s'il est déclaré coupable. Dans le cadre de la détermination de la recevabilité des éléments de preuve, le par. 9(3) donne au juge d'extradition compétence pour statuer sur la recevabilité des éléments recueillis au Canada et pour s'assurer qu'ils l'ont été conformément à la norme exigée par la *Charte des droits*.

Par conséquent, le juge d'extradition peut, par exemple, statuer sur les questions touchant les fouilles, perquisitions et saisies. Il s'agit d'un élargissement de sa compétence qui a déjà été jugé valide.

Dans *United States of America c. Garcia*, [1994] O.J. No. 1027 (QL) (Div. gén.), le fugitif avait demandé l'arrêt des procédures, plaidant qu'il y aurait atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 12 s'il était extradé vers la Floride, où il était passible de la peine capitale s'il était déclaré coupable de meurtre. Le juge Jarvis a conclu que le par. 9(3) l'habilitait à connaître d'une demande de réparation fondée sur la *Charte*. Toutefois, il a rejeté la demande du fugitif, raisonnant que, dans les circonstances, aucune atteinte ne se produirait tant que le ministre n'aurait pas décidé d'extrader le fugitif. La demande présentée par le fugitif à l'audience relative à l'incarcération était prématurée, puisque le législateur n'avait pas adopté le par. 9(3) afin de permettre au juge d'extradition de statuer sur la violation des art. 7 et 12 de la *Charte*

decision would usurp the Minister's responsibilities under s. 25 of the Act.

Still more courts have held this view of a narrow *Charter* jurisdiction: *United States of America v. Singh*, [1994] O.J. No. 3941 (QL) (Gen. Div.) (*per* Ewaschuk J.); *United States of America v. Palmer*, Ont. Ct. (Gen. Div.), January 23, 1996, *per* Wein J., unreported; *United States of America v. D'Agostino* (1997), 41 C.R.R. (2d) 325 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (*per* Wilson J.); *United States of America v. Shulman*, [1995] O.J. No. 4497 (QL) (Gen. Div.) (*per* Lyon J.), *aff'd* (1998), 128 C.C.C. (3d) 475 (Ont. C.A.) (*per* Carthy, Doherty and Charron J.J.A.); *United States of America v. Turenne* (1998), 133 Man. R. (2d) 131 (Q.B.) (*per* Steel J.); *Thailand v. Saxena*, [1999] B.C.J. No. 981 (QL) (S.C.), and *Thailand v. Saxena*, [1999] B.C.J. No. 1364 (QL) (S.C.) (*per* Maczko J.). Both courts below in the present case opted for that approach.

I turn now to the contrary opinion. In *United States of America v. Tilley* (1996), 183 A.R. 158 (Q.B.), and *United States of America v. Tilley*, [1996] A.J. No. 718 (QL) (Q.B.), Veit J. held that the extradition court was the only proper forum in which to establish whether there had been a *Charter* breach. She allowed the fugitive to call evidence to establish alleged breaches of his constitutional right not to be subjected to cruel and unusual punishment, even though the issue did not lead directly to excluding evidence from the committal hearing. Baynton J. endorsed this reasoning in *United States of America v. Kerslake* (1996), 142 Sask. R. 112 (Q.B.).

The Quebec Court of Appeal adopted the same view in *Cazzetta*, *supra*. Chamberland J.A., for the court (Fish J.A. dissenting on other issues), expressly held that s. 9(3) conferred broad *Charter* jurisdiction upon the extradition judge, who was competent to determine whether the fugitive's rights under ss. 6 and 7 were violated as a result of

lorsqu'une telle décision constituerait une usurpation des responsabilités confiées au ministre par l'art. 25 de la Loi.

D'autres tribunaux ont également retenu cette interprétation restrictive de la compétence en matière d'application de la *Charte* : *United States of America c. Singh*, [1994] O.J. No. 3941 (QL) (Div. gén.) (le juge Ewaschuk); *United States of America c. Palmer* (C. Ont. (Div. gén.)), 23 janvier 1996, le juge Wein, non publié; *United States of America c. D'Agostino* (1997), 41 C.R.R. (2d) 325 (C. Ont. (Div. gén.)) (le juge Wilson); *United States of America c. Shulman*, [1995] O.J. No. 4497 (QL) (Div. gén.) (le juge Lyon), *conf. par* (1998), 128 C.C.C. (3d) 475 (C.A. Ont.) (les juges Carthy, Doherty et Charron); *United States of America c. Turenne* (1998), 133 Man. R. (2d) 131 (B.R.) (le juge Steel); *Thailand c. Saxena*, [1999] B.C.J. No. 981 (QL) (C.S.), et *Thailand c. Saxena*, [1999] B.C.J. No. 1364 (QL) (C.S.) (le juge Maczko). Les deux juridictions inférieures dans la présente affaire ont opté pour cette approche.

Je vais maintenant examiner l'opinion contraire. Dans *United States of America c. Tilley* (1996), 183 A.R. 158 (B.R.), et *United States of America c. Tilley*, [1996] A.J. No. 718 (QL) (B.R.), madame le juge Veit a estimé que le tribunal d'extradition était le seul forum approprié pour décider s'il y avait eu violation de la *Charte*. Elle a autorisé le fugitif à produire des éléments de preuve en vue d'établir les atteintes qui auraient été portées à son droit constitutionnel à la protection contre toutes peines cruelles et inusitées, même si cette question n'aboutissait pas directement à l'exclusion d'éléments de preuve à l'audience relative à l'incarcération. Le juge Baynton a souscrit à ce raisonnement dans *United States of America c. Kerslake* (1996), 142 Sask. R. 112 (B.R.).

La Cour d'appel du Québec a adopté le même point de vue dans l'arrêt *Cazzetta*, précité. Le juge Chamberland, s'exprimant au nom de la cour (le juge Fish étant dissident sur d'autres questions), a expressément conclu que le par. 9(3) accordait une vaste compétence en matière d'application de la *Charte* au juge d'extradition, qui avait compétence

51

52

53

the conduct of Canadian officials. He stated, at p. 546:

[TRANSLATION] The extradition judge is now competent, therefore, to declare a principle of law incompatible with the *Constitution Act, 1982* (section 52); he is also a court of competent jurisdiction to register a breach or denial of a *Charter* right and to grant an appropriate remedy (section 24(1)) or exclude evidence obtained in such conditions (section 24(2)).

One must therefore be leery of the cases dealing with the jurisdiction of the extradition judge prior to the 1992 amendments. The addition of section 9(3) certainly marks the end of the analogy between the functions of the extradition judge and those of the judge presiding over a preliminary hearing, at least from the standpoint of jurisdiction to handle constitutional challenges.

For similar reasoning, see also *Chan v. Direction de la Maison Tanguay*, [1996] R.J.Q. 335 (Sup. Ct.) (per Béliveau J.); *Langman v. États-Unis d'Amérique*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-36-000987-977, October 16, 1997, unreported; and *Hong Kong v. Chan Chui-Mei*, [1997] Q.J. No. 4066 (QL) (Sup. Ct.) (per Marx J.).

54

In my view, the 1992 amendments did not confer unlimited *Charter* jurisdiction on the extradition judge and therefore do not render obsolete all previous extradition case law. Section 9(3) clearly confers *Charter* jurisdiction upon the extradition judge insofar as the issues are specific to the functions of the extradition hearing, and to the extent that the *Charter* remedies could have previously been granted by the *habeas corpus* judge. This is consistent with this Court's decision in *Dynar*, *supra*, which confirmed that the limited role of the extradition judge had not been substantially modified by the 1992 amendments. The added jurisdiction conferred upon the extradition judge must be understood in light of this governing principle. Through s. 9(3), the extradition judge acquired the

pour décider si les droits garantis au fugitif par les art. 6 et 7 avaient été violés en raison de la conduite des fonctionnaires canadiens. Il a dit ceci, à la p. 1560 :

Le juge d'extradition a donc compétence dorénavant pour déclarer une règle de droit qui serait incompatible avec les dispositions de la charte (art. 52); il constitue également un tribunal compétent pour constater une violation, ou une négation, d'un droit garanti par la charte et pour accorder une réparation appropriée (art. 24 paragr. 1) ou pour écarter les éléments de preuve obtenus dans de telles conditions (art. 24 paragr. 2).

Il faut donc se méfier de la jurisprudence portant sur la compétence du juge d'extradition avant les amendements de 1992. L'ajout du paragraphe 3 marque certainement la fin de l'analogie, du moins sous l'angle de la compétence en matière de contestation constitutionnelle, entre les fonctions du juge présidant une audience d'extradition et celles du juge présidant une enquête préliminaire.

Pour un raisonnement similaire, voir également *Chan c. Direction de la Maison Tanguay*, [1996] R.J.Q. 335 (C.S.) (le juge Béliveau); *Langman c. États-Unis d'Amérique*, C.S. Mtl., n° 500-36-000987-977, 16 octobre 1997, non publié; et *Hong Kong c. Chan Chui-Mei*, [1997] A.Q. n° 4066 (QL) (C.S.) (le juge Marx).

À mon avis, les modifications de 1992 n'ont pas conféré au juge d'extradition une compétence illimitée en matière d'application de la *Charte* et, par conséquent, elles ne rendent pas caduque toute la jurisprudence antérieure sur l'extradition. Le paragraphe 9(3) donne clairement compétence au juge d'extradition en matière d'application à la *Charte*, dans la mesure où les questions litigieuses sont liées aux fonctions accomplies à l'audience d'extradition et où les réparations fondées sur la *Charte* auraient pu auparavant être accordées par le juge saisi de la requête en *habeas corpus*. Cette conclusion est compatible avec la décision de notre Cour dans l'affaire *Dynar*, précitée, qui a confirmé que les modifications de 1992 n'avaient pas changé de façon importante le rôle limité du juge d'extradition. La compétence additionnelle conférée au juge d'extradition doit être considérée à la lumière de ce principe directeur. Par le par. 9(3), le juge d'extra-

jurisdiction formerly reserved to the *habeas corpus* judge, and nothing else.

The difference of opinion between the Quebec Court of Appeal in *Cazzetta, supra*, and the Ontario Court of Appeal in the present case may be due in part to subtle differences between the English and the French versions of s. 9(3), which I reproduce here together:

(3) For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge who is a superior court judge or a county court judge has, with respect to the functions that that judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge or a county court judge.

(3) Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un juge de cour supérieure ou de cour de comté conserve les compétences qu'il a en cette qualité, dans l'exercice des fonctions qu'il est tenu d'accomplir en appliquant la présente loi.

The English version appears to limit the *Charter* competence to acts "with respect to the functions that that judge is required to perform". The French version, however, may suggest that the extradition judge has the extended *Charter* competence he or she always has as a superior court judge, and that it exists alongside the performance of the judge's duties under this Act. Further amendments in 1999 have barely modified the English version of what was then s. 9(3). The French text, however, now reads as follows:

25. Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge dispose, dans l'exécution de ses fonctions d'application de la présente loi, des compétences d'un juge de la cour supérieure.

This change in syntax supports the conclusion that the limited view of *Charter* jurisdiction was indeed the intended meaning of s. 9(3). In light of the above, I am of the view that the decision of the

dition a acquis la compétence qui était auparavant réservée au juge saisi de la requête en *habeas corpus*, rien de plus.

La divergence d'opinions entre la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Cazzetta*, précité, et la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire est peut-être due en partie à de subtiles différences entre les versions anglaise et française du par. 9(3), que je reproduis ensemble ci-après :

(3) For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge who is a superior court judge or a county court judge has, with respect to the functions that that judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge or a county court judge.

(3) Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un juge de cour supérieure ou de cour de comté conserve les compétences qu'il a en cette qualité, dans l'exercice des fonctions qu'il est tenu d'accomplir en appliquant la présente loi.

La version anglaise paraît limiter la compétence en matière d'application de la *Charte* aux actes « *with respect to the functions that that judge is required to perform* ». Toutefois, la version française pourrait tendre à indiquer que le juge d'extradition a, à ce titre, la même compétence étendue en matière d'application de la *Charte* qu'il possède en tout temps en qualité de juge de cour supérieure, et que cette compétence existe parallèlement aux fonctions exercées par le juge en vertu de la présente Loi. Des modifications supplémentaires apportées en 1999 ont à peine touché à la version anglaise de ce qui était alors le par. 9(3). Cependant, la version française est maintenant rédigée ainsi :

25. Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge dispose, dans l'exécution de ses fonctions d'application de la présente loi, des compétences d'un juge de la cour supérieure.

Ce changement de syntaxe appuie la conclusion que l'interprétation restrictive de la compétence en matière d'application de la *Charte* correspond effectivement au sens qu'était censé avoir le

55

56

Quebec Court of Appeal in *Cazzetta* was incorrect and should not be followed.

(iv) Conclusion on Section 9(3)

57

Given the legislative intent behind the 1992 amendments, the interpretation of s. 9(3) in the full context of the Act, in accordance with the principle of statutory construction endorsed by this Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, and the still relevant pre-existing case law, I conclude that the amendments were not meant to alter the fundamental two-tiered structure of the Act. While s. 9(3) eliminates the *habeas corpus* stage, both the extradition judge and the Minister maintain their separate functions and jurisdictions within the process. Section 9(3) of the *Extradition Act* does not confer an expanded *Charter* jurisdiction upon the extradition judge. It simply permits the extradition judge to exercise the jurisdiction previously reserved for the *habeas corpus* judge, which includes remedies for the *Charter* breaches that pertain directly to the circumscribed issues relevant at the committal stage of the extradition process, and otherwise leaves the powers and functions of the committal court substantially unchanged. Review of both the committal decision made by the extradition judge and the surrender decision made by the Minister within 90 days of the committal rests with the provincial court of appeal. Both reviews can be combined in a single hearing in the court of appeal.

58

Given my above conclusion, the outstanding issue to be determined is whether mobility rights as guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* are engaged at the committal stage of the extradition process. If so, constitutional issues related to s. 6(1) will fall within the province of the extradition judge. If not, they will await consideration by the Minister, and under judicial review, by the Court of Appeal.

par. 9(3). À la lumière de ce qui précède, je suis d'avis que la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Cazzetta* était mal fondée et qu'elle ne doit pas être suivie.

(iv) Conclusion relative au par. 9(3)

Compte tenu de l'intention qu'avait le législateur en apportant les modifications de 1992, de l'interprétation du par. 9(3) au regard de l'ensemble de la Loi et conformément aux principes d'interprétation législative adoptés par notre Cour dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, et de la jurisprudence antérieure qui est toujours pertinente, j'estime que les modifications ne visaient pas à changer le régime fondamental à deux niveaux établi par la Loi. Quoique le par. 9(3) élimine l'étape de l'*habeas corpus*, tant le juge d'extradition que le ministre conservent leurs fonctions et compétences distinctes dans le cadre du processus. Le paragraphe 9(3) de la *Loi sur l'extradition* ne confère pas au juge d'extradition une compétence élargie en matière d'application de la *Charte*. Il ne fait qu'habiliter ce dernier à exercer la compétence réservée jusque-là au juge saisi de la requête en *habeas corpus* — y compris le pouvoir d'accorder des réparations pour les violations de la *Charte* se rapportant directement aux questions limitées qui sont pertinentes à l'étape de l'incarcération dans le processus d'extradition —, et il laisse essentiellement inchangés les pouvoirs et fonctions du tribunal d'incarcération. C'est à la cour d'appel provinciale concernée qu'il appartient d'examiner l'ordonnance d'incarcération rendue par le juge d'extradition et l'arrêté d'extradition pris par le ministre dans un délai de 90 jours de l'incarcération. La cour d'appel peut joindre l'audition de ces deux recours.

Vu la conclusion que je viens de tirer, il reste à décider si la liberté de circulation garantie par le par. 6(1) de la *Charte* entre en jeu à l'étape de l'incarcération dans le processus d'extradition. Dans l'affirmative, les questions constitutionnelles liées au par. 6(1) relèvent de la compétence du juge d'extradition. Dans la négative, elles ne sont prises en compte que par le ministre et par la cour d'appel en cas de demande de révision judiciaire.

B. *Are Section 6(1) Charter Rights Engaged at the Extradition Hearing and/or Violated at the Ministerial Level?*

The appellant argues that the decision to commit has the immediate effect of depriving him of his freedom with a view to his surrender to a foreign country, thus implicating a broad array of *Charter* rights, including the right to remain in Canada. The respondents reiterate that s. 6 issues do not arise until the second stage of the extradition process, at the level of the ministerial decision whether to surrender, and of course, upon judicial review of that decision. Under this heading, I begin by generally discussing mobility rights within the extradition process in order to specifically dispose of the appeal against committal and close by reviewing the Minister's decision to surrender the appellant.

(i) Mobility Rights Within Extradition Proceedings

Section 6(1) of the *Charter* guarantees a citizen the right to remain in Canada, subject to the limitations rendered permissible by s. 1. In *Cotroni*, *supra*, the majority of this Court found extradition to be a reasonable limit to a Canadian citizen's s. 6 rights. Building on the premise that it was not irrational to surrender criminals to another country, even when they could be prosecuted for the same acts in Canada, La Forest J., for the majority, upheld the discretionary authority of the Attorney General of Canada or of a province, as the case may be, to decide whether or not to prosecute. He wrote at pp. 1497-98:

The effective enforcement of criminal law would be impossible if someone were not vested with that discretion (see *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686), and this Court has on at least two occasions indicated that prosecutorial discretion is consistent with *Charter* requirements of fundamental justice: see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 348; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 411. The same reasons under-

B. *Les droits prévus au par. 6(1) de la Charte entrent-ils en jeu à l'audience d'extradition ou encore ont-ils été violés à l'étape ministérielle?*

L'appelant prétend que la décision ordonnant son incarcération a comme effet immédiat de le priver de sa liberté en vue de son extradition vers un pays étranger, faisant ainsi intervenir un large éventail de droits garantis par la *Charte*, y compris celui de demeurer au Canada. Les intimés répètent que les questions relatives à l'art. 6 ne se posent pas avant la deuxième étape du processus d'extradition, savoir la décision ministérielle relative à l'extradition du fugitif et, évidemment, la révision judiciaire éventuelle de cette décision. Dans la prochaine section, je vais d'abord analyser de façon générale la question de la liberté de circulation dans le cadre du processus d'extradition afin de statuer spécifiquement sur l'appel de l'ordonnance d'incarcération, puis je vais terminer en contrôlant la décision du ministre d'extrader l'appelant.

(i) La liberté de circulation dans le cadre des procédures d'extradition

Le paragraphe 6(1) de la *Charte* garantit à tout citoyen le droit de demeurer au Canada, sous réserve des restrictions à ce droit qui sont justifiées au regard de l'article premier. Dans *Cotroni*, précité, les juges majoritaires de notre Cour ont estimé que l'extradition constituait une limite raisonnable aux droits garantis aux citoyens canadiens par l'art. 6. S'appuyant sur la prémisse qu'il n'est pas irrationnel d'extrader des criminels vers un autre pays, même lorsqu'ils pourraient être poursuivis pour les mêmes actes au Canada, le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité, a confirmé le pouvoir discrétionnaire du procureur général du Canada ou d'une province, selon le cas, de décider s'il y a lieu ou non d'intenter des poursuites au pays. Il a écrit ceci, aux p. 1497-1498 :

L'application efficace du droit criminel serait impossible si personne ne détenait ce pouvoir (voir *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, à la p. 686), et cette Cour a, à au moins deux reprises, indiqué que le pouvoir discrétionnaire de poursuivre est conforme aux exigences de justice fondamentale de la *Charte* : voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 348; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 411. Les mêmes raisons sous-ten-

lie the necessity for permitting a discretion to decide whether a Canadian should be prosecuted in Canada or abroad. Of course, the authorities must give due weight to the constitutional right of a citizen to remain in Canada. They must in good faith direct their minds to whether prosecution would be equally effective in Canada, given the existing domestic laws and international cooperative arrangements. They have an obligation flowing from s. 6(1) to assure themselves that prosecution in Canada is not a realistic option. [Emphasis added.]

dent la nécessité de permettre l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de décider si un Canadien doit être poursuivi au Canada ou à l'étranger. Évidemment, les autorités doivent accorder sa pleine valeur au droit constitutionnel d'un citoyen de demeurer au Canada. Elles doivent de bonne foi se demander si la poursuite aurait la même efficacité au Canada, compte tenu des lois internes et des programmes coopératifs internationaux existants. Le paragraphe 6(1) leur impose l'obligation de s'assurer que la poursuite au Canada n'est pas une option réaliste. [Je souligne.]

61 Thus, a person whose extradition is sought from Canada can argue that, in the circumstances of his or her case, a surrender order would be an unjustified infringement of s. 6(1) if, for instance, an equally effective prospect of prosecuting in Canada had been unjustifiably and improperly abandoned. This raises the question at the heart of this appeal as to the appropriate forum in which to have such allegations adjudicated.

Par conséquent, la personne qu'on demande au Canada d'extrader peut plaider que, dans sa situation, l'extradition constituerait une atteinte injustifiée aux droits que lui garantit le par. 6(1) si, par exemple, il était tout aussi efficace de la poursuivre au Canada mais qu'on ait écarté cette possibilité de manière injustifiée et irrégulière. Cela soulève la question qui est au cœur du présent pourvoi, soit celle du forum où il convient que de tels arguments soient présentés et tranchés.

62 The Court of Appeal for Ontario, in *Canada v. Iaquinto*, [1991] O.J. No. 1263 (QL), leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1991] 3 S.C.R. viii, held that s. 6 arguments could not be entertained prior to the Minister's decision on the surrender of the fugitive. More precisely, the court held that s. 6 is not engaged by a decision of the Canadian prosecutorial authorities not to prosecute in Canada, nor is it engaged by the issuance of a warrant for committal. Section 6 is engaged by the Minister's surrender decision although a breach does not have to await the actual surrender. In light of this, the court added that it was premature to raise the issue before the extradition judge since it could not be assumed that the Minister would ignore any *Charter* rights arising in an individual case.

Dans l'affaire *Canada c. Iaquinto*, [1991] O.J. No. 1263 (QL), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1991] 3 R.C.S. viii, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les arguments fondés sur l'art. 6 ne pouvaient pas être examinés avant la décision du ministre relativement à l'extradition du fugitif. Plus précisément, la cour a estimé que ni la décision des autorités canadiennes de ne pas tenter de poursuites au Canada ni la délivrance d'un mandat d'incarcération ne faisaient intervenir l'art. 6. L'entrée en jeu de cette disposition est déclenchée par la décision du ministre d'extrader le fugitif, quoiqu'une violation puisse survenir avant l'extradition elle-même. À la lumière de ces constatations, la cour a ajouté qu'il était prématuré de soulever cette question devant le juge d'extradition puisqu'on ne pouvait présumer que le ministre ne tiendrait pas compte de tout droit garanti par la *Charte* susceptible d'entrer en jeu dans une affaire donnée.

63 In *Idziak*, *supra*, at pp. 658-60, Cory J. restated that the decision to issue an order of surrender involves completely different considerations from those examined by a court in issuing a warrant of committal. The political and/or diplomatic nature

Dans l'arrêt *Idziak*, précité, p. 658-660, le juge Cory a répété que la décision de prendre un arrêté d'extradition fait intervenir des considérations entièrement différentes de celles examinées par le tribunal saisi d'une demande de mandat d'incarcé-

of the surrender decision requires that it be ordinarily made in the first instance by the Minister. He confirmed that neither the decision from Canadian prosecutorial authorities to forego prosecution nor the extradition judge's warrant for committal implicate s. 6 rights. All that is decided by the extradition judge is the sufficiency of the *prima facie* evidence that the conduct disclosed would be a crime in Canada and that the person whose extradition is sought is the fugitive before the court. The fugitive is not prevented from remaining in Canada as a result of these steps. It is thus the Minister's decision to surrender that creates the s. 6 issue.

This conclusion was reiterated in *United States of America v. Whitley*, [1996] 1 S.C.R. 467, when this Court endorsed in a brief oral judgment the view expressed by the Court of Appeal for Ontario ((1994), 94 C.C.C. (3d) 99) that s. 6 issues were the Minister's responsibility at the executive phase of the extradition process. In the words of Laskin J.A., at pp. 116-17:

The Minister's reasons indicate that he applied the correct legal principles and that he expressly took into account several of the factors referred to in *Cotroni* and in art. 17 bis of the Treaty. . . . The Minister is charged with the responsibility of weighing these factors and ultimately deciding whether prosecution in Canada would be equally effective.

In the context of this appeal, even if s. 6 rights do not arise at the committal level, the appellant maintains that a breach may be inevitable and should be dealt with by the extradition judge. Similarly, threats to a person's security or life need to be addressed preventively by the courts.

Remedial action by the courts for future violations is not precluded as a matter of law despite the use of a past tense in the language of s. 24(1). In

ration. La nature politique, diplomatique, ou les deux, de la décision d'extrader le fugitif commande qu'elle soit généralement prise en premier ressort par le ministre. Il a confirmé que ni la décision des autorités canadiennes de renoncer à intenter des poursuites au pays ni la délivrance du mandat d'incarcération par le juge d'extradition ne font intervenir les droits garantis par l'art. 6. Le juge d'extradition ne fait que décider si la preuve est suffisante pour établir *prima facie* que la conduite signalée constituerait un crime au Canada et que la personne dont l'extradition est demandée est bien le fugitif se trouvant devant le tribunal. Ces mesures n'empêchent pas le fugitif de demeurer au Canada. C'est donc la décision du ministre d'extrader le fugitif qui fait naître le débat fondé sur l'art. 6.

Cette conclusion a été réitérée dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Whitley*, [1996] 1 R.C.S. 467, dans lequel notre Cour a, dans un bref jugement oral, souscrit à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario ((1994), 94 C.C.C. (3d) 99), selon laquelle c'est au ministre qu'il appartient, à l'étape de l'exercice du pouvoir exécutif dans le processus d'extradition, de se prononcer sur les questions relatives à l'art. 6. Voici en quels termes s'était exprimé le juge Laskin de la Cour d'appel, aux p. 116-117 :

[TRADUCTION] Il ressort des motifs exposés par le ministre qu'il a appliqué les bons principes juridiques et qu'il a expressément tenu compte de plusieurs des facteurs mentionnés dans *Cotroni* et dans l'art. 17 bis du Traité. [. . .] Le ministre a la responsabilité de soupeser ces facteurs et de décider, en bout de ligne, si l'engagement de poursuites au Canada aurait la même efficacité.

Dans le contexte du présent appel, même si les droits prévus à l'art. 6 n'entrent pas en jeu à l'étape de l'incarcération, l'appellant maintient qu'une violation pourrait être inévitable, auquel cas la question devrait être examinée par le juge d'extradition. De même, les tribunaux doivent s'attacher à résoudre de manière préventive les menaces à la sécurité et à la vie d'une personne.

Le fait qu'on utilise le passé dans le texte anglais du par. 24(1) n'empêche pas, en droit, les tribunaux d'accorder une réparation à l'égard

64

65

66

Operation Dismantle Inc. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 441, this Court suggested that a remedy under s. 24(1) could be granted not only in the case of an actual interference with *Charter* rights but also to prevent probable future harms when an applicant can establish an apprehension of such interference at a future trial. *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, confirmed, at p. 992, that *Charter* remedies may be available in cases where an applicant can establish the threat of a future violation.

d'éventuelles violations. Dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, notre Cour a indiqué qu'une réparation pouvait être accordée en vertu du par. 24(1) non seulement en cas de violation réelle des droits garantis par la *Charte*, mais aussi dans le but de prévenir un préjudice éventuel probable dans les cas où le requérant peut démontrer qu'il y a risque qu'une telle violation se produise dans un procès à venir. Dans l'arrêt *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, p. 992, on a confirmé la possibilité pour les tribunaux d'accorder des réparations fondées sur la *Charte* lorsque le demandeur est en mesure de démontrer qu'il y a menace de violation future.

67

However, as professor Kent Roach remarks, "[t]he appropriateness of remedies to prevent *Charter* violations will depend, in part, on the *Charter* right that is threatened": *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf ed.), at p. 5-34.2. Not allowing anticipatory s. 6 arguments to be made at the committal level is simply letting the legislated process take its course and giving effect to this Court's instruction in *Mellino*, *supra*, and *Schmidt*, *supra*, that a committal judge ought not to pre-empt the Minister's decision. Judicial review of the Minister's surrender order provides for a timely, effective and complete *Charter* remedy for any s. 6 infringement that may have occurred in the extradition process.

Toutefois, comme le souligne le professeur Kent Roach, [TRADUCTION] « l'opportunité d'accorder des réparations visant à prévenir des contraventions à la *Charte* dépend, en partie, du droit garanti par la *Charte* qui est menacé » : *Constitutional Remedies in Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 5-34.2. Le fait de ne pas autoriser la présentation anticipée d'arguments fondés sur l'art. 6 à l'étape de l'incarcération permet tout simplement au processus prévu par la loi de suivre son cours et donne effet à la directive qu'a énoncée notre Cour dans les arrêts *Mellino* et *Schmidt*, précités, selon laquelle le juge d'incarcération ne devrait pas devancer la décision du ministre. La révision judiciaire de l'arrêté d'extradition du ministre fournit aux tribunaux l'occasion d'accorder, en vertu de la *Charte*, une réparation opportune, complète et efficace à l'égard de toute violation de l'art. 6 qui a pu survenir dans le cours du processus d'extradition.

68

The appellant advances additional arguments to support his claim that s. 6(1) of the *Charter* is relevant at the committal hearing and is consequently part of the expanded jurisdiction conferred upon the extradition judge by s. 9(3) of the Act. He relies on *Cotroni*, *supra*, as confirming the jurisdiction of the extradition judge over alleged violations of s. 6 of the *Charter*. *Cotroni* was an appeal from a *habeas corpus* hearing which actually decided the s. 6 issue; the appellant submits that the decision implicitly confirms the *habeas corpus* *Charter* jurisdiction over mobility rights issues,

L'appelant avance des arguments supplémentaires à l'appui de sa prétention que le par. 6(1) de la *Charte* est pertinent au moment de l'audience relative à l'incarcération et qu'il constitue de ce fait un aspect de la compétence élargie conférée au juge d'extradition par le par. 9(3) de la Loi. L'appelant plaide que l'arrêt *Cotroni*, précité, confirme la compétence du juge d'extradition sur les allégations de violations de l'art. 6 de la *Charte*. L'affaire *Cotroni* est un pourvoi qui avait été formé par suite de l'audition d'une requête en *habeas corpus* au cours de laquelle on avait, dans les faits, statué

which was transferred to the extradition judge by virtue of s. 9(3).

The jurisdictional issue was not raised in *Cotroni*. The Court was not asked to address the question of which specific decision-maker, between the extradition judge and the Minister, is responsible for s. 6 issues, and the case did not deal with the procedural issues involved in extradition. *Cotroni* does not assist the appellant on this point.

The appellant also submits that a fugitive ought to be permitted to assert his constitutional rights at the earliest possible stage of the extradition process, particularly since the fugitive is subject to ongoing legal proceedings and possibly to incarceration. Thus it is argued that even though the ultimate violation of s. 6 occurs at the surrender stage, the fugitive has a real interest in not having to await the Minister's decision before vindicating his *Charter* interests.

This argument is not persuasive. The process of interim release and detention under the *Extradition Act* incorporates by reference the *Criminal Code* provisions which apply to the pre-trial release and detention of an accused charged with a criminal offence in Canada. While interim detention may be subject to *Charter* scrutiny, for example on the basis of an alleged violation of s. 9 (as in *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, and *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711), and while any such avenues of redress may be available under the *Extradition Act*, none of those concerns engage s. 6(1) since, as mentioned earlier, although remedies for anticipatory *Charter* breaches can be granted, there is no reason here to pre-empt the Minister's decision

sur la question de l'art. 6; l'appelant soutient que cette décision confirme implicitement que la compétence reconnue par la *Charte* en matière d'*habeas corpus* s'étend aux questions touchant à la liberté de circulation, compétence qui a été transférée au juge d'extradition par le par. 9(3).

La question de la compétence n'a pas été soulevée dans *Cotroni*. Notre Cour n'a pas été appelée à trancher la question de savoir quel décideur — le juge d'extradition ou le ministre — est chargé d'examiner les contestations fondées sur l'art. 6, et l'affaire ne portait pas sur les aspects procéduraux de l'extradition. L'arrêt *Cotroni* n'aide pas l'appelant sur ce point.

L'appelant soutient également qu'un fugitif devrait être autorisé à faire valoir ses droits constitutionnels le plus tôt possible dans le processus d'extradition, d'autant plus qu'il fait l'objet de procédures judiciaires et qu'il est peut-être même détenu. Par conséquent, on plaide que, quoique la violation de l'art. 6 survienne concrètement à l'étape de l'extradition, le fugitif a un intérêt réel à ne pas être tenu d'attendre la décision du ministre avant de faire valoir les droits que lui garantit la *Charte*.

Cet argument n'est pas convaincant. La procédure de mise en liberté ou en détention provisoires prévue par la *Loi sur l'extradition* incorpore par renvoi les dispositions du *Code criminel* applicables à la mise en liberté et à l'envoi en détention, avant le procès, des personnes inculpées d'une infraction criminelle au Canada. Bien qu'une mise en détention provisoire puisse être examinée au regard de la *Charte*, par exemple si l'intéressé prétend qu'il y a eu violation de l'art. 9 (comme c'était le cas dans les arrêts *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711), et que toutes ces voies de recours puissent être exercées sous le régime de la *Loi sur l'extradition*, aucune de ces questions ne fait entrer en jeu le par. 6(1) puisque, comme il a été mentionné précédemment, quoique des réparations puissent être accordées à l'égard d'éventuelles violations de la *Charte*, il n'y a aucune raison en l'espèce de devancer la décision du ministre ainsi que la révision judiciaire dont elle pourrait faire l'objet,

69

70

71

and the subsequent judicial review which can address any remaining *Charter* concern.

72 The appellant also submits that the *Charter* arguments he sought to raise can only be effectively considered by a court of competent jurisdiction when inscribed within a factual context. In *Cazzetta, supra*, Chamberland J.A. preferred to see all *Charter* arguments fleshed out before the extradition judge, where they could be assessed within the full factual context. Evidence may need to be evaluated, and witnesses may need to be examined and cross-examined in support of, and in response to the *Charter* claim. It is argued that neither the Minister's administrative process nor the court of appeal is a suitable venue for the presentation and the evaluation of such evidence. Rather, the most suitable forum for the compilation of an evidentiary record is the committal court.

73 While I agree that a proper evidentiary basis is required for *Charter* adjudication (see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, and *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485), the issue is not whether it is more suitable to hear the evidence at the committal stage, but whether it is necessary to do so given that the s. 6 issue is substantively premature. Because extradition hearings are not intended to be trials or even trial-like, as this Court has recognized in *Schmidt, supra*, at pp. 515-16, they do not have to serve as the forum in which to generate the fullest factual record on all constitutional matters that may relate to the extradition process.

74 If s. 6 issues are premature at the committal stage, it would follow that evidence dealing with an alleged s. 6 breach would be irrelevant and therefore inadmissible at the committal hearing. However, on efficiency grounds, it has been recognized that extradition judges could have the discre-

étapes au cours desquelles peut être examinée toute préoccupation fondée sur la *Charte* qui subsisterait.

L'appelant prétend en outre que les arguments fondés sur la *Charte* qu'il a voulu soulever ne peuvent être examinés efficacement par un tribunal compétent qu'en regard du contexte factuel pertinent. Dans l'arrêt *Cazzetta*, précité, le juge Chamberland a dit préférer que tous les arguments fondés sur la *Charte* soient exposés devant le juge d'extradition, où ils peuvent être évalués à la lumière de l'ensemble du contexte factuel. Il peut se révéler nécessaire d'évaluer les éléments de preuve présentés au soutien ou à l'encontre de la contestation fondée sur la *Charte* et d'interroger ou de contre-interroger les témoins qui déposent à cet égard. On affirme que ni la procédure administrative de l'étape ministérielle ni la cour d'appel ne constituent un forum approprié aux fins de présentation et d'évaluation de tels éléments de preuve. Au contraire, le forum le plus approprié pour réunir la preuve est le tribunal d'incarcération.

Bien que je reconnaisse qu'un décideur doive disposer d'une preuve adéquate pour être en mesure de statuer sur une contestation fondée sur la *Charte* (voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, et *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485), la question n'est pas de savoir s'il est préférable que cette preuve soit entendue à l'étape de l'incarcération, mais plutôt si une telle mesure est nécessaire compte tenu du fait que, sur le plan substantiel, les arguments fondés sur l'art. 6 sont prématurés. Puisque, comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Schmidt*, précité, p. 515-516, l'audience d'extradition ne se veut pas un procès ni même une procédure analogue à un procès, cette audience n'a pas à servir de forum où serait constitué un dossier factuel exhaustif sur toutes les questions constitutionnelles pouvant être liées au processus d'extradition.

Si les contestations fondées sur l'art. 6 sont prématurées à l'étape de l'incarcération, il s'ensuit que la preuve portant sur de prétendues violations de l'art. 6 n'est pas pertinente et qu'elle est, de ce fait, inadmissible à l'audience relative à l'incarcération. Il a toutefois été reconnu que, pour des rai-

tion to hear, without deciding, evidence on alleged s. 6 *Charter* violations when the allegations hold an air of reality: *Whitley, supra*, and *Pacificador, supra*. This may indeed be an appropriate course of action, for instance when the issues relevant to the committal are intertwined with the factual basis upon which the *Charter* challenge will subsequently be based, or when the same witnesses may conveniently be heard on both issues, but I stress that this is entirely within the discretion of the extradition judge. As the Minister may decline to surrender the fugitive committed for extradition, efficiency may equally dictate waiting for the Minister's decision before arguing *Charter* remedies, particularly if it calls for an evidentiary foundation unrelated to that presented in relation to the committal. This concern was well expressed by Blair J. in *United States of America v. Houslander* (1993), 13 O.R. (3d) 44 (Gen. Div.), at p. 51:

“Building a case for another purpose” is not consistent with the nature of the extradition hearing, which is designed to provide a summary and expeditious determination as to whether there is sufficient evidence to commit the fugitive for surrender.

Although I would not oust altogether the discretion of the extradition judge to receive evidence related solely to s. 6 *Charter* issues, he or she should keep in mind the need for an expeditious disposition of the committal issues, the danger of confusion that may arise if irrelevant evidence is received, and the waste that will result if the Minister ultimately declines to surrender.

While a committal hearing may be a suitable forum in which to compile a factual record to deal with some *Charter* issues, the factual record may be developed or supplemented at subsequent

sons d'efficacité, les juges d'extradition pourraient disposer du pouvoir discrétionnaire d'entendre la preuve portant sur de prétendues violations de l'art. 6 de la *Charte* lorsque les allégations présentent une apparence de vraisemblance, sans toutefois statuer sur cette preuve : *Whitley et Pacificador*, précités. Cela pourrait effectivement être une solution appropriée, par exemple lorsque les questions pertinentes à l'égard de l'incarcération sont étroitement liées au fondement factuel sur lequel reposera par la suite la contestation fondée sur la *Charte* ou lorsqu'il est pratique d'entendre les mêmes témoins sur les deux questions, mais je souligne qu'une telle mesure relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du juge d'extradition. Étant donné que le ministre peut refuser d'extrader le fugitif incarcéré, il pourrait également être nécessaire, pour des raisons d'efficacité, d'attendre que le ministre ait rendu sa décision, surtout si celle-ci nécessite la présentation d'une preuve distincte de celle fournie à l'égard de l'incarcération, avant d'entendre les demandes de réparations fondées sur la *Charte*. Le juge Blair a bien exposé ce problème dans *United States of America c. Houslander* (1993), 13 O.R. (3d) 44 (Div. gén.), p. 51 :

[TRADUCTION] « Constituer un dossier à d'autres fins » est incompatible avec la nature de l'audience d'extradition, qui vise à trancher de façon sommaire et expéditive la question de savoir s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour ordonner l'incarcération du fugitif en vue de son extradition.

Je n'écarterais pas entièrement le pouvoir discrétionnaire du juge d'extradition de recevoir des éléments de preuve se rapportant uniquement aux questions touchant l'art. 6 de la *Charte*, mais le juge doit sans cesse avoir à l'esprit la nécessité de trancher les questions liées à l'incarcération de façon expéditive, ainsi que le risque de confusion susceptible de découler de la réception d'éléments de preuve non pertinents et le gaspillage qui en résultera si le ministre refuse en définitive d'extrader le fugitif.

Bien que l'audience d'incarcération puisse être un forum convenable pour constituer le dossier factuel permettant d'examiner certaines questions touchant la *Charte*, ce dossier peut être établi ou

levels, when the issues actually arise. As the Court of Appeal for Ontario stressed in *Whitley, supra*, there is nothing to prevent the Minister from conducting a hearing or permitting evidence to be submitted in writing for the purpose of deciding whether to surrender the fugitive.

77 The court of appeal may also be the appropriate forum in which evidence relevant to an alleged *Charter* violation can be adduced. Of course, courts of appeal are rarely the original jurisdiction in which *Charter* remedies can be obtained and are also rarely required, in the discharge of their judicial functions, to hear evidence and decide factual issues as a forum of first instance. However, realistically, under the current extradition structure, it may often be the only appropriate judicial forum, particularly if the extradition judge and the Minister both declined to exercise their discretion to receive such evidence.

78 The intent of the amendments to the *Extradition Act* was to streamline the extradition process and, while maintaining the two-tiered system described above, to consolidate the multiplicity of judicial proceedings that could otherwise be launched to review that process. Indeed, since 1992, the *Extradition Act* permits the consolidation of the appeal from the committal decision of the extradition judge and the judicial review of the surrender decision of the Minister: ss. 19.2, 19.4(2) and 25.2(9). This streamlining vests an original *Charter* jurisdiction in provincial appellate courts and enables those courts to receive an adequate evidentiary record of the kind usually compiled in trial or pre-trial courts.

79 If the proper factual basis upon which the *Charter* issues engaged in the surrender phase of the process has not yet been constructed, the court of appeal will have to receive such evidence in

complété à des étapes ultérieures, lorsque ces questions se posent vraiment. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Whitley*, précité, rien n'empêche le ministre de tenir une audience ou de permettre la présentation d'éléments de preuve par écrit en vue de décider s'il y a lieu ou non d'extrader le fugitif.

La cour d'appel peut également constituer le forum approprié aux fins de présentation de la preuve pertinente à l'égard d'une prétendue violation de la *Charte*. Évidemment, la cour d'appel est rarement la juridiction qui connaît en première instance des demandes de réparation fondées sur la *Charte* et elle est également rarement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, d'entendre la preuve et de trancher des questions de fait en tant que forum de première instance. Cependant, sous le régime d'extradition actuel, elle constitue souvent, dans les faits, le seul forum judiciaire approprié, surtout si le juge d'extradition et le ministre ont tous deux refusé d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de recevoir de tels éléments de preuve.

Les modifications apportées à la *Loi sur l'extradition* avaient pour but de rationaliser le processus d'extradition et, tout en conservant le régime à deux niveaux décrit plus tôt, de réunir la multiplicité des procédures judiciaires qui pouvaient autrement être intentées pour contrôler ce processus. D'ailleurs, depuis 1992, la *Loi sur l'extradition* permet la jonction de l'appel de l'ordonnance d'incarcération rendue par le juge d'extradition et de la demande de révision judiciaire de l'arrêté d'extradition pris par le ministre : art. 19.2 et par. 19.4(2) et 25.2(9). Cette rationalisation a eu pour effet d'investir les cours d'appel provinciales de la compétence de connaître en première instance de contestations fondées sur la *Charte* et de les habiliter à recevoir les éléments de preuve appropriés, du genre de ceux généralement reçus par les tribunaux chargés des procès ou des procédures préliminaires.

Si le dossier factuel approprié sur lequel reposent les questions touchant la *Charte* qui se posent à l'étape de l'extradition n'a pas encore été constitué, la cour d'appel devra recevoir les éléments de

whatever form it deems appropriate. Since the court of appeal is the competent judicial forum of original jurisdiction under the Act to receive such evidence, its admissibility would obviously not be subject to the *Palmer* test governing the admissibility of fresh evidence on appeal: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

On a related point, relying on the Quebec Court of Appeal's reasoning in *Cazzetta*, and on *United States of America v. Burns* (1997), 116 C.C.C. (3d) 524 (B.C.C.A.), the appellant further argues that the Minister is not a "court of competent jurisdiction", empowered by the *Charter* to grant constitutional remedies. This is undeniable. The Minister is required to respect a fugitive's constitutional rights in deciding whether to exercise his or her discretion to surrender the fugitive to the Requesting State. But the Minister cannot decide whether a *Charter* breach has occurred and, if so, grant the fugitive an appropriate remedy. That function is judicial, not ministerial.

In the event that the ministerial decision were to violate the fugitive's *Charter* rights, under the current structure of the *Extradition Act*, the "court of competent jurisdiction" to address the s. 6 issues is the provincial court of appeal which reviews the Minister's decision, possibly in conjunction with the appeal, if any, from the committal decision. As I have discussed above, that court is fully empowered to grant *Charter* remedies and to receive evidence to assist it in its assessment of s. 6, or any other *Charter* issues.

Finally, the appellant points to the *Cazzetta* line of judicial authority as ensuring that s. 6 does not receive a special, less favourable procedural treatment, distinct from other *Charter* provisions. The appellant urges this interpretation upon the Court, arguing that neither s. 9(3) nor any other section in

preuve pertinents, sous la forme qu'elle juge appropriée. Étant donné que la cour d'appel est, aux termes de la Loi, le forum judiciaire compétent en première instance pour recevoir ces éléments de preuve, leur admissibilité ne serait évidemment pas subordonnée au respect du critère de l'arrêt *Palmer* régissant l'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux en appel: *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

Relativement à un point connexe, l'appelant plaide en outre, se fondant en cela sur le raisonnement de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Cazzetta*, précitée, et sur l'arrêt *United States of America c. Burns* (1997), 116 C.C.C. (3d) 524 (C.A.C.-B.), que le ministre n'est pas un « tribunal compétent », habilité par la *Charte* à accorder des réparations de nature constitutionnelle. Cet argument est incontestable. Le ministre est tenu de respecter les droits garantis par la Constitution au fugitif lorsqu'il décide, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, d'extrader ce dernier vers l'État requérant. Toutefois, le ministre n'est pas habilité à décider s'il y a eu violation de la *Charte* et, dans l'affirmative, à accorder au fugitif la réparation qui convient. Il s'agit là d'une fonction judiciaire et non pas ministérielle.

Dans l'hypothèse où la décision ministérielle porte atteinte aux droits garantis au fugitif par la *Charte*, le « tribunal compétent » pour examiner les questions relatives à l'art. 6 est, sous le régime actuel de la *Loi sur l'extradition*, la cour d'appel provinciale qui entend la demande de révision judiciaire de la décision du ministre, possiblement en même temps que l'appel de la décision relative à l'incarcération. Comme je l'ai mentionné précédemment, cette cour est pleinement habilitée à accorder des réparations fondées sur la *Charte* et à recevoir des éléments de preuve propres à l'aider dans l'examen des questions touchant l'art. 6 ou d'autres dispositions de la *Charte*.

Enfin, invoquant le courant jurisprudentiel dans lequel s'inscrit l'arrêt *Cazzetta*, l'appelant fait valoir que l'art. 6 ne saurait faire l'objet d'un traitement procédural spécial moins favorable, distinct de celui réservé aux autres dispositions de la *Charte*. L'appelant invite notre Cour à retenir cette

80

81

82

the Act indicates that s. 6 mobility rights should be treated differently than any other right under the *Charter*, and that to exclude mobility rights from the jurisdiction of the extradition judge would establish a hierarchy of rights contrary to the principle established in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877.

83 This argument is misguided. As discussed earlier, remedial action may be sought under the *Charter* for a future harm that, though likely to occur, actually has yet to materialize. Nevertheless, as a basic premise, remedies must generally await infringement. The fact that the decision to surrender is an executive one, rather than a judicial decision, does not exempt that decision from *Charter* compliance, and an effective remedy exists, should there be any *Charter* violation in any part of the extradition process, in the form of the joint appeal and judicial review in the court of appeal.

84 In short, evidence that relates to matters falling outside the ambit of the extradition judge's jurisdiction, such as ss. 6 or 12 issues, can be presented in one of three ways: (i) the extradition judge has the discretion to hear all or some of the evidence, on grounds of expediency, and thereby put the issues on the record without deciding on the alleged *Charter* breach; (ii) the Minister can receive affidavit evidence and/or call a discretionary hearing; and (iii) the provincial court of appeal may receive such evidence when it judicially reviews the Minister's decision on surrender.

(ii) Conclusion on the Appeal Against Commitment

85 This Court's decision in *Dynar*, which held that the pre-amendment cases on the limited role of the judiciary in extradition proceedings are still appli-

interprétation, plaidant que ni le par. 9(3) ni quelque autre disposition de la Loi n'indiquent que la liberté de circulation garantie par l'art. 6 doit être traitée différemment de tout autre droit garanti par la *Charte* et que le fait d'exclure ce droit de la compétence du juge d'extradition établirait une hiérarchie des droits, en contravention du principe établi dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877.

Cet argument est mal fondé. Comme il a été indiqué précédemment, il est possible de demander une réparation fondée sur la *Charte* à l'égard d'un préjudice futur qui, quoique probable, ne s'est pas encore concrétisé. Néanmoins, le principe élémentaire est qu'une réparation doit généralement être précédée d'une atteinte à un droit. Le fait que la décision d'extrader ou non le fugitif relève de l'exécutif plutôt que des tribunaux n'empêche pas qu'elle doive être prise conformément à la *Charte*, et, s'il y a violation de la *Charte* à quelque étape que ce soit du processus d'extradition, il existe une voie de recours efficace, savoir l'audition conjointe de l'appel et de la demande de révision judiciaire par la cour d'appel.

En résumé, la preuve qui se rapporte à des questions ne relevant pas de la compétence du juge d'extradition, par exemple celles touchant les art. 6 et 12, peut être présentée de trois manières : (i) le juge d'extradition a le pouvoir discrétionnaire de décider, pour des raisons d'ordre pratique, d'entendre tout ou partie de cette preuve et de faire ainsi figurer ces questions au dossier sans se prononcer sur la prétendue violation de la *Charte*; (ii) le ministre peut recevoir des éléments de preuve par voie d'affidavit et ordonner, à son appréciation, la tenue d'une audience, ou prendre l'une ou l'autre de ces mesures; (iii) la cour d'appel provinciale peut recevoir de tels éléments de preuve à l'occasion de la révision judiciaire de la décision prise par le ministre relativement à l'extradition.

(ii) Conclusion sur l'appel de l'ordonnance d'incarcération

L'arrêt *Dynar*, dans lequel notre Cour a jugé que les décisions antérieures aux modifications et portant sur le rôle limité des tribunaux en matière

cable, is dispositive of the appeal against committal. I find that s. 9(3) empowers the extradition judge to grant remedies for *Charter* violations, including, where appropriate, a stay of proceedings, but only insofar as the *Charter* breaches pertain directly to the circumscribed issues relevant at the committal stage of the extradition process. Extradition judges should not pre-empt the executive with respect to those issues which fall under the Minister's responsibility under the Act. In this light, while the surrender-related ss. 6 and 12 issues must be first determined by the Minister, allegations of violations of other *Charter* rights are properly dealt with by the extradition judge, for example when the *Charter* infringements are related to the fair process of the extradition hearing itself.

This Court's decision in *Cobb, supra*, released concurrently, illustrates the extradition court's competence to grant the *Charter* remedy deemed just and appropriate in circumstances where the fairness of the extradition hearing itself is compromised through the actions of the Requesting State.

In contrast, in the present case, the Court of Appeal for Ontario did not err in confirming the decision of the extradition judge that the appellant's s. 6 rights were not engaged at the committal stage and that the extradition judge had no jurisdiction to grant *Charter* remedies with respect to alleged violations of s. 6.

(iii) Judicial Review of the Minister's Decision to Surrender

I now turn to the appeal against surrender. The appellant submits that the second phase of the extradition process violated his s. 6(1) *Charter* rights as prosecution in Canada for the alleged crime was a realistic option or would be equally effective. The appellant attacks the Minister's decision on two grounds. First, he contends that the Minister improperly delegated to his subordi-

d'extradition étaient toujours applicables, est déterminant quant à l'appel de l'ordonnance d'incarcération. J'estime que le par. 9(3) habilite le juge d'extradition à accorder des réparations en cas de violation de la *Charte* — y compris, s'il y a lieu, d'ordonner l'arrêt des procédures —, mais seulement dans la mesure où ces violations se rapportent directement aux questions limitées qui sont pertinentes à l'étape de l'incarcération dans le processus d'extradition. Les juges d'extradition ne doivent pas s'arroger le rôle de l'exécutif à l'égard des questions qui relèvent du ministre aux termes de la Loi. En conséquence, quoique les questions d'extradition faisant intervenir l'art. 6 ou l'art. 12 doivent d'abord être tranchées par le ministre, les allégations de violations d'autres droits garantis par la *Charte* peuvent à juste titre être examinées par le juge d'extradition, par exemple lorsque les atteintes à la *Charte* sont liées à l'équité de l'audience d'extradition elle-même.

La décision de notre Cour dans l'affaire *Cobb*, précitée, illustre la compétence dont dispose le tribunal d'extradition pour accorder la réparation fondée sur la *Charte* qu'il estime juste et convenable eu égard aux circonstances, lorsque l'équité de l'audience d'extradition elle-même est compromise par les actes de l'État requérant.

À l'opposé, dans la présente affaire, la Cour d'appel de l'Ontario n'a commis aucune erreur en confirmant la décision du juge d'extradition selon laquelle les droits garantis à l'appelant par l'art. 6 n'entraient pas en jeu à l'étape de l'incarcération et le juge d'extradition n'avait pas compétence pour accorder des réparations fondées sur la *Charte* à l'égard des prétendues violations de l'art. 6.

(iii) La révision judiciaire de la décision du ministre ordonnant l'extradition

Je vais maintenant examiner le pourvoi formé contre l'arrêté d'extradition. L'appelant soutient que la deuxième étape du processus d'extradition a donné lieu à une atteinte aux droits que lui garantit le par. 6(1) de la *Charte*, car l'engagement de poursuites au Canada pour le crime qu'on lui reproche constituait une option réaliste ou aurait la même efficacité. L'appelant conteste la décision du

86

87

88

nates the decision of whether prosecution in Canada would be as effective as an American prosecution and, in doing so, infringed his s. 6 *Charter* rights. Second, the appellant contends that there is no evidence that a prosecution in Canada would not be “equally effective”. The respondents argue that both the decision not to prosecute and the decision to surrender the fugitive are within the discretion of the Minister, subject to judicial review. Without at least an air of reality to the allegations of ministerial bad faith or impropriety, a fugitive should not be allowed to go beyond the exercise of prosecutorial discretion.

89

I find no merit in the claim of improper delegation. The Minister can reach a conclusion as to whether or not a fugitive could be effectively prosecuted in Canada by relying on an evaluation presented to him or her by responsible Department officials, after having considered the appropriate principles and Canada’s international obligations. Receiving assistance from local prosecutors in determining the feasibility of a Canadian prosecution does not displace the Minister’s discretion or his or her ability to render a decision.

90

On the second argument as to the Minister’s proper consideration of the *Cotroni* test, I agree with Charron J.A. that “[i]t does not follow from *Cotroni* that, in the absence of positive evidence that prosecution in Canada is not ‘a realistic option’ or that it would not be ‘equally effective’, a surrender is unconstitutional.” The efficacy of a prosecution goes beyond simply determining whether it has any chance of resulting in a conviction. It requires an assessment, in the public interest, of all the costs and risks involved, including

ministre en invoquant deux moyens. Premièrement, il avance que le ministre a irrégulièrement délégué à ses subalternes la tâche de décider si l’engagement de poursuites au Canada plutôt qu’aux États-Unis aurait la même efficacité et que, ce faisant, le ministre a porté atteinte aux droits que lui garantit l’art. 6 de la *Charte*. Deuxièmement, l’appelant prétend qu’il n’y a aucune preuve que l’engagement de poursuites au Canada n’aurait pas « la même efficacité ». Les intimés affirment que la décision de ne pas intenter de poursuites et celle d’extrader le fugitif relèvent du pouvoir discrétionnaire du ministre, quoiqu’elles puissent faire l’objet d’une demande de révision judiciaire. Si les allégations de mauvaise foi ou d’irrégularité reprochées au ministre n’ont pas au moins une apparence de vraisemblance, le fugitif ne devrait pas être autorisé à contester le bien-fondé de l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’intenter ou non des poursuites.

J’estime que l’argument de délégation irrégulière est sans fondement. Le ministre peut tirer une conclusion à l’égard de la question de savoir si un fugitif peut être poursuivi efficacement au Canada en se fiant à l’évaluation que lui présentent les fonctionnaires compétents de son ministère et après avoir tenu compte des principes appropriés ainsi que des obligations internationales du Canada. Le fait de recevoir l’aide des procureurs de la Couronne locaux pour décider de la possibilité d’intenter des poursuites au Canada n’a pas pour effet d’écarter le pouvoir discrétionnaire du ministre ni sa capacité de rendre une décision.

Quant au deuxième argument, qui porte sur la question de savoir si le ministre a tenu compte comme il se doit du critère de l’arrêt *Cotroni*, je partage l’opinion du juge Charron [TRADUCTION] « qu’[i]l ne découle pas de l’arrêt *Cotroni* que, en l’absence de preuve positive que l’engagement de poursuites au Canada n’est pas une “option réaliste” ou que de telles poursuites n’auraient pas “la même efficacité”, l’extradition est inconstitutionnelle ». L’efficacité de poursuites ne dépend pas simplement de la question de savoir si elles présentent quelque chance que ce soit d’aboutir à une déclaration de culpabilité. Il faut également tenir

delay, inconvenience to witnesses and applicable rules.

In considering the efficacy of a domestic prosecution and its desirability, the Minister remains mindful of Canada's international obligations. The Minister may decide to yield to the superior interest of the Requesting State, even in a case where some form of prosecution in Canada is not materially impossible or totally unlikely to succeed. The Minister must consider whether the fugitive's right to remain in Canada may be accommodated by a domestic prosecution that would justify denying the legitimate request of one of Canada's extradition partners.

In addition, the inquiry as to whether a prosecution in Canada is a realistic option is simply one factor that must be considered in the exercise of the Minister's broad discretion. In *Cotroni, supra*, La Forest J. declined to elevate that factor to a determinative constitutional requirement. Rather he wrote, at p. 1494:

A general exception for a Canadian citizen who could be charged in Canada would, in my view, interfere unduly with the objectives of the system of extradition. . . . [T]o require judicial examination of each individual case to see which could more effectively and fairly be tried in one country or the other would pose an impossible task and seriously interfere with the workings of the system.

The Minister's decision with respect to the appropriateness of domestic prosecution attracts a high degree of deference: *Burns, supra*, *Idziak, supra*, *Whitley, supra*, and *Schmidt, supra*; *Gwynne v. Canada (Minister of Justice)* (1998), 103 B.C.A.C. 1, leave to appeal to Supreme Court of Canada denied, [1998] 1 S.C.R. ix, and *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601. In the present case, the Minister provided reasons which demonstrate that he considered the appellant's mobility rights but concluded that prosecution in Canada would not be as effective in view of the fact that the

compte, eu égard à l'intérêt public, de tous les coûts et risques afférents aux poursuites, y compris des délais, des inconvénients pour les témoins et des règles applicables.

Lorsqu'il décide s'il est efficace et souhaitable d'intenter des poursuites au pays, le ministre garde à l'esprit les obligations internationales du Canada. Le ministre peut décider de s'incliner devant l'intérêt supérieur de l'État requérant, même dans les cas où le dépôt de certaines accusations au Canada n'est pas essentiellement impossible ou entièrement dénué de toute chance de succès. Le ministre doit se demander s'il est possible de respecter le droit du fugitif de demeurer au Canada en y intentant des poursuites, poursuites qui justifieraient le refus de la demande légitime d'un État avec lequel le Canada a conclu un traité d'extradition.

En outre, la question de savoir si l'engagement de poursuites au Canada est une option réaliste n'est que l'un des facteurs qui doivent être pris en considération par le ministre dans l'exercice de son vaste pouvoir discrétionnaire. Dans l'arrêt *Cotroni*, précité, le juge La Forest a refusé d'élever ce facteur au rang d'exigence constitutionnelle déterminante. Il a plutôt écrit ce qui suit, à la p. 1494 :

À mon avis, une exception générale dont bénéficierait un citoyen canadien qui pourrait être accusé au Canada porterait atteinte indûment aux objectifs du système d'extradition. [. . .] [E]xiger un examen judiciaire de chaque cas particulier pour découvrir lequel pourrait le plus efficacement et équitablement faire l'objet d'un procès dans un pays ou dans l'autre imposerait une tâche impossible et entraverait sérieusement le fonctionnement du système.

Les tribunaux doivent faire montre d'une grande retenue à l'égard de la décision du ministre sur l'opportunité d'intenter des poursuites au Canada : *Burns, Idziak, Whitley* et *Schmidt*, précités; *Gwynne c. Canada (Minister of Justice)* (1998), 103 B.C.A.C. 1, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1998] 1 R.C.S. ix; et *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601. Dans la présente affaire, les motifs exposés par le ministre démontrent qu'il a tenu compte de la liberté de circulation de l'appelant, mais qu'il a estimé que des poursuites au Canada ne seraient pas aussi efficaces,

91

92

93

United States had a greater interest in the prosecution since most of the alleged activities were committed there. It is not at all improper, and indeed it is to be expected, that the Minister will not only consider the possibility of prosecution in Canada, but also the interest of the foreign State in prosecuting the fugitive on its own territory.

compte tenu du fait que les États-Unis ont un intérêt plus grand à tenter de telles poursuites puisque l'essentiel des activités reprochées ont eu lieu sur leur territoire. Il n'y a absolument rien d'irrégulier dans le fait que le ministre prenne en compte non seulement la possibilité d'intenter des poursuites au Canada mais également l'intérêt de l'État étranger à poursuivre sur son propre territoire le fugitif demandé, il faut d'ailleurs s'attendre à ce que le ministre le fasse.

94 While prosecutorial discretion is at the heart of the ministerial function and attracts a high standard of deference on judicial review, much less deference is due on the issue of whether the Minister properly considered the fugitive's constitutional rights, including s. 6 of the *Charter* (see *Stewart v. Canada (Minister of Justice)* (1998), 131 C.C.C. (3d) 423 (B.C.C.A.), at pp. 432-33).

Quoique le pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites soit un aspect central de la fonction ministérielle et que, en cas de demande de révision judiciaire, les tribunaux doivent faire montre d'une grande retenue à l'égard de l'exercice de ce pouvoir, une retenue beaucoup moins grande s'impose à l'égard de la question de savoir si le ministre a bien pris en considération les droits constitutionnels du fugitif, y compris ceux prévus par l'art. 6 de la *Charte* (voir *Stewart c. Canada (Minister of Justice)* (1998), 131 C.C.C. (3d) 423 (C.A.C.-B.), p. 432-433).

95 In my opinion, the Minister's decision to surrender in this case was clearly reasonable in view of the following factors: (a) the co-operating witnesses were in the United States; (b) most, if not all of the evidence was in that country; (c) the heroin was imported into and distributed in the United States, and (d) the FBI played the major role in the investigation with minimal assistance from the RCMP. The fact that the appellant's activities were also the subject of a Canadian investigation is, in the circumstances of this case, of little significance. I find no error in the conclusions reached by the Court of Appeal, at p. 147:

À mon avis, la décision d'extrader le fugitif qu'a prise le ministre en l'espèce était manifestement raisonnable compte tenu des facteurs suivants : a) les témoins à charge se trouvaient aux États-Unis; b) l'essentiel, voire l'ensemble de la preuve était située dans ce pays; c) l'héroïne était importée et distribuée aux États-Unis; d) le FBI a joué le rôle dominant dans l'enquête et n'a reçu qu'une assistance minimale de la part de la GRC. Le fait que les activités de l'appelant faisaient également l'objet d'une enquête au Canada a peu d'importance dans les circonstances de la présente affaire. Je ne vois aucune erreur dans les conclusions suivantes de la Cour d'appel, à la p. 147 :

Nor did [the Minister] err in his consideration of Kwok's s. 6(1) rights. He considered relevant principles in accordance with correct principles of law. The Minister's reliance on the advice of his authorized representatives did not amount to an improper delegation of his duty. His reasons make it clear that he understood that it was his role to ensure that the surrender of Mr. Kwok would be in accordance with the *Charter*. On the facts of this case, there was nothing to indicate that Kwok's surrender would be unconstitutional.

[TRADUCTION] [Le ministre] n'a pas non plus commis d'erreur dans l'examen des droits garantis à Kwok par le par. 6(1). Il a tenu compte des principes pertinents, conformément aux règles de droit appropriées. Le fait que le ministre se soit fié à l'avis de ses représentants autorisés n'équivalait pas à une délégation irrégulière de son rôle. Ses motifs indiquent clairement qu'il comprenait qu'il lui incombait de veiller à ce que l'extradition de M. Kwok respecte la *Charte*. À la lumière des faits de la présente affaire, rien n'indiquait qu'il serait inconstitutionnel d'extrader Kwok.

There is no evidence in this case of improper conduct, arbitrary motives or bad faith in the Minister's decision to surrender the appellant to the Requesting State. Consequently, the decision will stand.

C. Disclosure Rights in the Extradition Process

Throughout the process of his extradition, the appellant has sought disclosure of additional materials with a view to establishing unjustified violations of his *Charter* rights. More specifically, the appellant demanded disclosure of (i) all of the Canadian investigation into his alleged involvement in the trafficking of narcotics; (ii) all discussions between Canadian police and American investigative authorities; and (iii) all discussions between Canadian police and both Canadian and American prosecuting authorities concerning the decision to proceed in the United States rather than in Canada. The appellant argues that the rationale in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, imposes on both the Requesting and Requested States an obligation to disclose all relevant information as early as during the judicial extradition hearing. He submits that the refusal by the extradition judge to order disclosure of such material effectively denied him an opportunity to assess whether his s. 6 rights were infringed, thus precluding any court from determining that issue.

In my view, the decision of this Court in *Dynar*, *supra*, is dispositive of the appellant's claim for disclosure in this case.

Stinchcombe, *supra*, dealt with disclosure in a criminal trial context where the right to make full answer and defence is directly engaged on issues of guilt or innocence. Extradition proceedings are not concerned with issues of guilt or innocence. Rather, they are in some ways akin to preliminary

Il n'y a en l'espèce aucune preuve de conduite irrégulière, de motifs arbitraires ou de mauvaise foi entachant la décision du ministre d'extrader l'appelant vers l'État requérant. En conséquence, la décision est confirmée.

C. Les droits relatifs à la communication de la preuve dans le processus d'extradition

Tout au long du processus d'extradition, l'appelant a sollicité la communication de documents supplémentaires en vue d'établir l'existence de violations injustifiées des droits que lui garantit la *Charte*. En particulier, l'appelant a exigé la divulgation des éléments suivants : (i) tout le dossier de l'enquête menée au Canada relativement à sa prétendue implication dans le trafic de stupéfiants; (ii) toutes les discussions entre les policiers canadiens et les autorités américaines chargées de l'enquête; (iii) toutes les discussions entre les policiers canadiens et les autorités chargées des poursuites au Canada et aux États-Unis concernant la décision de le poursuivre aux États-Unis plutôt qu'au Canada. L'appelant prétend que, conformément au raisonnement énoncé dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, l'État requérant et l'État requis ont l'obligation de communiquer tout renseignement pertinent dès l'audience d'extradition devant le tribunal. Il soutient que le refus du juge d'extradition d'ordonner la communication des documents demandés l'a, dans les faits, privé de la possibilité d'évaluer s'il y avait eu atteinte aux droits que lui garantit l'art. 6, empêchant ainsi tout tribunal de statuer sur cette question.

Je suis d'avis que l'arrêt *Dynar*, précité, de notre Cour est déterminant quant à la demande de communication de la preuve présentée par l'appelant en l'espèce.

L'affaire *Stinchcombe*, précitée, portait sur la communication de la preuve dans le contexte d'un procès criminel, procédure où les questions liées à la culpabilité ou à l'innocence font directement intervenir le droit à une défense pleine et entière. Les procédures d'extradition ne portent pas sur ces questions. Elles s'apparentent plutôt, à certains égards, aux enquêtes préliminaires. Toutefois,

96

97

98

99

inquiries. However, as pointed out by Cory and Iacobucci JJ. in *Dynar*, *supra*, at paras. 132-33:

The committal hearing is neither intended nor designed to provide the discovery function of a domestic preliminary inquiry. See *Philippines (Republic) v. Pacificador* [cite omitted]. Specifically, disclosure of the relationship between United States and Canadian authorities in an investigation is not a requirement imposed on the Requesting State under either the Act or the treaty.

... Any requirement for disclosure that is read into the Act as a matter of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* will therefore necessarily be constrained by the limited function of the extradition judge under the Act, and by the need to avoid imposing Canadian notions of procedural fairness on foreign authorities.

100 The extradition judge may only order the production of materials relevant to the issues properly raised at the committal stage of the process, subject to his or her discretion to expand the scope of that hearing to allow the parties to establish the factual basis for a subsequent *Charter* challenge, when it is expedient to do so, including, obviously, when there is at least an air of reality to the *Charter* claims (*Dynar*, *supra*, per Cory and Iacobucci JJ., at para. 141). Requests for disclosure of materials related to issues which properly belong to the executive phase of extradition, and to the judicial review thereof, have no independent relevance before the extradition judge and are subsumed in his or her discretion to hear evidence related to such issues.

101 In this case, the appellant was entitled to know the case against him, including the materials upon which the United States relied upon to establish a *prima facie* case. Since the Requesting State was not relying upon materials in the possession of Canadian authorities, and in the absence of any indication of bad faith or improper motives on the part of prosecuting authorities, there was no obli-

comme l'ont souligné les juges Cory et Iacobucci dans l'arrêt *Dynar*, précité, par. 132-133 :

L'audience relative à l'incarcération n'a pas pour objet d'assurer la communication prévue dans une enquête préliminaire en droit interne et elle n'a pas été conçue à cette fin. Voir *Philippines (Republic) c. Pacificador* [référence omise]. Plus précisément, ni la loi ni le traité n'obligent l'État requérant à révéler les rapports entre les États-Unis et les autorités canadiennes dans le cadre d'une enquête.

... Toute obligation de communication que l'on considérerait comme prévue par la loi au nom de la justice fondamentale reconnue à l'art. 7 de la *Charte* serait donc nécessairement restreinte en raison du rôle limité attribué au juge d'extradition par la loi et de la nécessité d'éviter d'imposer les notions canadiennes relatives à l'équité procédurale aux autorités étrangères.

Le juge d'extradition peut seulement ordonner la production des documents pertinents à l'égard des questions soulevées à bon droit à l'étape de l'incarcération dans le cours du processus d'extradition, sous réserve de son pouvoir discrétionnaire d'élargir la portée de l'audience afin de permettre aux parties d'établir les assises factuelles d'une contestation ultérieure fondée sur la *Charte*, lorsqu'il est opportun de le faire, notamment, il va de soi, dans le cas où les prétentions fondées sur la *Charte* ont au moins une apparence de vraisemblance (*Dynar*, précité, les juges Cory et Iacobucci, par. 141). Les demandes de communication de documents se rapportant à des questions qui relèvent à juste titre de l'étape du processus d'extradition ressortissant à l'exécutif — et de la révision judiciaire de la décision rendue à cette étape — n'ont aucune pertinence particulière devant le juge d'extradition et sont visées par le pouvoir discrétionnaire de ce dernier d'entendre la preuve relative à ces questions.

En l'espèce, l'appellant avait le droit de prendre connaissance de la preuve retenue contre lui, notamment les documents invoqués par les États-Unis pour établir *prima facie* le bien-fondé des accusations. Étant donné que l'État requérant ne se fondait pas sur des documents en possession des autorités canadiennes et qu'il n'y avait aucune indication de mauvaise foi ou de motifs inappro-

gation to provide further disclosure of materials requested.

The substance of the discussions between the U.S. and Canada regarding a decision to prosecute may have been relevant, at most, to a possible future breach of s. 6; a breach that would occur, if at all, at the surrender stage of the process. As I indicated earlier in these reasons, I would not preclude altogether the exercise of a residual discretion of the part of the extradition judge to allow evidence on some of these issues in a proper case, and to order disclosure accordingly. That discretion would only be exercised for reasons of convenience, in an effort to expedite further the full disposition of the issues. There was no need to resort to it in the present case.

The appellant also submits that the Court of Appeal erred in finding that the Minister was correct in denying his request for additional disclosure. At the stage of the surrender decision by the Minister, s. 6 interests are engaged and the fugitive is entitled to submit materials in support of any issue relevant to the Minister's decision, including materials supporting any constitutional claim. In the absence of disclosure, the appellant argues that he was denied the ability to make effective s. 6 representations at this crucial stage.

The Minister has a duty of fairness to ensure that the fugitive has adequate disclosure of the case against him or her and a reasonable opportunity to state his or her own case. To this end, the Minister may hold an evidentiary hearing but is not required to do so.

In *Whitley, supra*, the fugitive was seeking disclosure of materials similar to the information sought by the appellant, and essentially for the

priés de la part des autorités chargées des poursuites, il n'existait aucune obligation de communiquer les documents additionnels demandés.

La teneur des discussions qu'ont eues les États-Unis et le Canada relativement à la décision d'initier des poursuites aurait peut-être été pertinente, tout au plus à l'égard d'une éventuelle violation de l'art. 6, violation qui, à supposer qu'elle se produise, surviendrait à l'étape de la remise du fugitif. Comme je l'ai indiqué plus tôt dans les présents motifs, je n'exclus pas entièrement la possibilité que, dans une affaire s'y prêtant, le juge d'extradition exerce un pouvoir discrétionnaire résiduel pour autoriser la présentation d'éléments de preuve sur certaines de ces questions et pour ordonner la communication de cette preuve. Ce pouvoir discrétionnaire ne serait exercé que pour des raisons de commodité, dans le but d'accélérer davantage le règlement complet de ces questions. Il n'y avait pas lieu de recourir à ce pouvoir en l'espèce.

L'appelant soutient également que la Cour d'appel a fait erreur en jugeant que le ministre avait eu raison de refuser sa demande de communication d'éléments de preuve additionnels. À l'étape de la décision du ministre d'extrader ou non le fugitif les droits garantis par l'art. 6 entrent en jeu et le fugitif a le droit de déposer des documents concernant toute question pertinente à l'égard de la décision du ministre, y compris des documents au soutien de tout argument d'ordre constitutionnel. L'appelant prétend que, du fait de l'absence de communication de la preuve, il a été privé, à cette étape cruciale, de la possibilité de présenter des arguments utiles relativement à l'art. 6.

Le ministre a l'obligation d'agir équitablement et, en conséquence, de veiller à ce que le fugitif reçoive communication suffisante de la preuve retenue contre lui et qu'il se voit accorder la possibilité de présenter sa propre preuve. Pour ce faire, le ministre peut tenir une audience pour entendre la preuve, mais il n'est pas obligé de le faire.

Dans l'arrêt *Whitley*, précité, le fugitif demandait communication de renseignements similaires à ceux demandés par l'appelant, essentiellement

102

103

104

105

same purpose. Specifically, Mr. Whitley sought (at p. 112 C.C.C.):

- (i) the information in the police files in Hamilton pertaining to the Canadian charge against the appellant [Whitley];
- (ii) information concerning the plea and sentencing arrangements for the appellant's co-conspirators;
- (iii) documents and notes on the decision to prefer a foreign prosecution to a domestic one.

In addition, he requested various internal ministerial briefs and documents relating to the Minister's decision to extradite. Noting that the fugitive's request for additional disclosure was aimed at exploring s. 6(1) *Charter* issues, Laskin J.A., and ultimately this Court, held that such material did not have to be disclosed, even at the executive phase.

106

Only where a justiciable *Charter* issue can arise from the potential involvement of the Canadian authorities in the gathering of evidence is it necessary to consider the degree of disclosure that might be required of the Requested State: *Dynar, supra*. In *Dynar*, the fugitive was not entitled to further disclosure from the Canadian authorities because no justiciable *Charter* issue arose. Canadian authorities had not provided any assistance to the Americans in gathering evidence and, in any event, the latter were not relying on anything but their own evidence. Considering the breadth of the prosecutorial discretion involved in extradition cases, and absent any air of reality to any suggestion of impropriety or bias on the part of prosecutorial authorities, the disclosure requests made by the appellant to the Minister did not bear on issues sufficiently relevant to the surrender decision, or to the constitutional rights of the

pour les mêmes fins. Plus précisément, M. Whitley sollicitait l'information suivante (à la p. 112 C.C.C.) :

[TRADUCTION]

- (i) les renseignements figurant dans les dossiers de la police à Hamilton relativement à l'accusation portée contre [lui] au Canada;
- (ii) les renseignements relatifs aux arrangements conclus avec des complices de l'appellant en matière de plaider et de détermination de la peine;
- (iii) les documents et les notes concernant la décision de privilégier l'engagement de poursuites à l'étranger plutôt qu'au pays.

Il demandait en outre divers rapports et documents ministériels internes se rapportant à la décision du ministre relativement à l'extradition. Soulignant que la demande de communication d'éléments de preuve additionnels présentée par le fugitif visait à explorer la possibilité de présenter des arguments fondés sur le par. 6(1) de la *Charte*, le juge d'appel Laskin et en dernier ressort notre Cour ont conclu que ces documents n'avaient pas à être communiqués, même à l'étape du pouvoir exécutif.

Ce n'est que dans les cas où une question contentieuse au regard de la *Charte* pourrait découler de la participation potentielle des autorités canadiennes dans l'obtention de la preuve qu'il est nécessaire d'examiner l'étendue de la communication de cette preuve qui pourrait être exigée de l'État requis : *Dynar*, précité. Dans cette affaire, le fugitif n'avait pas droit à la communication d'éléments de preuve additionnels par les autorités, étant donné qu'aucune question contentieuse ne se posait au regard de la *Charte*. Les autorités canadiennes n'avaient d'aucune façon aidé les Américains à recueillir la preuve et, de toute manière, ces derniers ne se fondaient sur rien d'autre que leurs propres éléments de preuve. Compte tenu de l'étendue du pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites en cause dans les affaires d'extradition et de l'absence d'apparence de vraisemblance de toute allégation d'irrégularité ou de partialité de la part des autorités chargées des poursuites, les demandes de communication de la preuve faites par l'appellant au ministre

appellant in that process, to require compulsory disclosure.

Although the Minister is the one originally required to determine the fugitive's entitlement to disclosure at the surrender stage, that decision is subject to judicial review and the court of appeal, seized as it was here with that review combined with the appeal from the committal decision, is in the best position to evaluate the relevance of the materials sought, and to enforce the appellant's *Charter* rights in a judicial manner, as required by law.

In this case, I agree with the Court of Appeal that the materials sought by appellant were not relevant either on appeal from the judicial decision to commit, or on judicial review of the executive decision to surrender. There is nothing to suggest that the Minister failed to consider the *Cotroni* factors or the fugitive's constitutional rights. Nor is there any indication that the Minister based his decisions not to prosecute domestically and to surrender the fugitive for extradition on improper motives.

Bearing in mind the expedient and summary nature of the committal hearing, the discretion that attaches to the Minister's decision to surrender and the nature of extradition proceedings generally, the appellant received adequate disclosure at all stages of the extradition process.

VI. Conclusions and Disposition

The Court of Appeal for Ontario did not err in finding that considerations to mobility rights under s. 6(1) of the *Charter* are not engaged at the committal stage of extradition proceedings, are only engaged at the time of the decision of the Minister of Justice to surrender the fugitive and are thus

n'avaient trait ni à des questions suffisamment pertinentes à l'égard de la décision relative à l'extradition ni aux droits constitutionnels de l'appellant dans ce processus pour nécessiter la communication des éléments demandés.

Bien que ce soit le ministre qui soit appelé en premier ressort à statuer sur le droit du fugitif à la communication de la preuve à l'étape de l'extradition, cette décision est susceptible de révision judiciaire et c'est la cour d'appel, saisie en l'espèce de la demande de révision et de l'appel de l'ordonnance d'incarcération, qui est la mieux placée pour évaluer la pertinence des documents demandés et, comme l'exige la loi, pour faire respecter de manière judiciaire les droits garantis à l'appellant par la *Charte*.

En l'espèce, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle les documents demandés par l'appellant n'étaient pertinents ni en ce qui concerne l'appel de l'ordonnance d'incarcération rendue par le tribunal ni à l'égard de la demande de révision judiciaire de l'arrêté d'extradition pris par l'exécutif. Rien ne tend à indiquer que le ministre ait omis de tenir compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *Cotroni* ou des droits constitutionnels du fugitif. Il n'y a aucune indication non plus que le ministre a fondé sur des motifs inappropriés sa décision de ne pas tenter de poursuites au Canada et celle d'extrader le fugitif.

Gardant à l'esprit la nature expéditive et sommaire de l'audience relative à l'incarcération, ainsi que le pouvoir discrétionnaire qui est associé à la décision du ministre d'extrader ou non le fugitif et la nature des procédures d'extradition en général, je suis d'avis que l'appellant a reçu communication suffisante de la preuve à toutes les étapes du processus d'extradition.

VI. Conclusions et dispositif

La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas fait erreur en concluant que les considérations relatives à la liberté de circulation garantie par le par. 6(1) de la *Charte* n'entrent pas en jeu à l'étape de l'incarcération dans les procédures d'extradition, qu'elles n'interviennent qu'au moment de la décision du

107

108

109

110

beyond the jurisdiction of the extradition judge. It also did not err in finding that the Minister of Justice did not breach the appellant's mobility rights under s. 6(1) of the *Charter* by ordering his surrender. In light of these findings, the Court of Appeal was correct in denying the appellant's request for additional disclosure at both the committal and surrender levels.

111 Accordingly, I would dismiss both the appeal against committal and the appeal against the judicial review of the surrender order.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant: Buhr & Kert, Toronto.

Solicitor for the respondents: The Department of Justice, Toronto.

ministre de la Justice d'extrader ou non le fugitif et qu'elles ne relevaient donc pas de la compétence du juge d'extradition. La Cour d'appel ne s'est pas trompée non plus en jugeant que le ministre de la Justice n'avait pas porté atteinte à la liberté de circulation garantie à l'appelant par le par. 6(1) de la *Charte* en ordonnant l'extradition de ce dernier. À la lumière de ces conclusions, la Cour d'appel a eu raison de rejeter la demande de communication d'éléments de preuve additionnels présentée par l'appelant à l'étape de l'incarcération et à celle de l'extradition.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel de l'ordonnance d'incarcération et l'appel de la demande de révision judiciaire de l'arrêté d'extradition.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelant: Buhr & Kert, Toronto.

Procureur des intimés: Le ministère de la Justice, Toronto.

**Harry Cobb and Allen
Grossman** *Appellants*

v.

United States of America *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. COBB

Neutral citation: 2001 SCC 19.

File No.: 27610.

2000: March 24; 2001: April 5.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci,
Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Remedies — Extradition — Whether considerations relating to fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Whether extradition judge had jurisdiction to entertain considerations relating to fundamental justice at committal stage of extradition process and to remedy breach of fundamental justice by granting stay of proceedings — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Abuse of process — Whether doctrine of abuse of process can be invoked at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay.

Along with several other individuals, the appellants, who are Canadian citizens, allegedly defrauded American residents through a telemarketing scheme executed

Harry Cobb et Allen Grossman *Appellants*

c.

États-Unis d'Amérique *Intimé*

RÉPERTORIÉ : ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. COBB

Référence neutre : 2001 CSC 19.

N° du greffe : 27610.

2000 : 24 mars; 2001 : 5 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Réparations — Extradition — Les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — Le juge d'extradition avait-il compétence pour examiner des considérations de justice fondamentale à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition et pour remédier à l'atteinte à la justice fondamentale par l'arrêt des procédures? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Abus de procédure — Peut-on invoquer la règle de l'abus de procédure à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures?

Les appelants, qui sont des citoyens canadiens, sont accusés avec plusieurs autres individus d'avoir fraudé des résidents américains dans des activités de télémarke-

from Canada. The U.S. requested their extradition on charges of fraud and conspiracy to commit fraud. While many of the co-conspirators have voluntarily attorned to the jurisdiction of Pennsylvania, the appellants have contested their extradition on the basis that extraditing them would unjustifiably violate their rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in light of statements made by the American judge and prosecuting attorney with carriage of the matter in the U.S. First, as he was sentencing a co-conspirator in the scheme, the American judge assigned to their trial commented that those fugitives who did not cooperate would get the "absolute maximum jail sentence". Second, the prosecuting attorney hinted during a television interview that uncooperative fugitives would be subject to homosexual rape in prison.

Based on these comments, the extradition judge refused to order committal of the appellants and stayed the extradition proceedings, even though the U.S. had presented a *prima facie* case against them. The Court of Appeal set aside the stay and remitted the matter to the extradition judge, ruling that the extradition judge should not pre-empt the discretion vested in the Minister of Justice to surrender the fugitive in the discharge of Canada's treaty obligations. No such decision has issued as the Minister has deferred making a decision on surrender pending completion of the appeal against committal.

Held: The appeal should be allowed.

The bilateral treaty, the extradition hearing and the exercise of the executive discretion to surrender the fugitive all have to conform to the requirements of the *Charter*. The extradition judge must ensure that the judicial hearing itself is conducted in accordance with the principles of fundamental justice. As a result of the 1992 amendments to the *Extradition Act*, the extradition judge is competent to grant *Charter* remedies, including a stay of proceedings, on the basis of a *Charter* violation but only insofar as the *Charter* breach pertains directly to the circumscribed issues relevant at the committal stage of the extradition process.

Where the issues before the courts involve a liberty and security interest, s. 7 is engaged and requires that the proceedings be conducted fairly. Accordingly, although the committal hearing is not a trial, it must conform with the principles of procedural fairness that govern all judicial proceedings in Canada. While the possibility of an unfair trial in the Requesting State is

ting menées au Canada. Les États-Unis demandent leur extradition sur des accusations de fraude et complot de fraude. Bien que plusieurs co-accusés se soient volontairement placés sous la juridiction de la Pennsylvanie, les appellants contestent leur extradition sur le fondement qu'elle serait une violation injustifiée des droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en raison de déclarations faites par le juge et le procureur américains chargés de l'affaire aux États-Unis. Premièrement, le juge du procès américain a dit, en fixant la peine d'un des coaccusés, qu'il imposerait la peine d'emprisonnement la plus sévère aux fugitifs qui refusaient de collaborer. Deuxièmement, le procureur de la poursuite aux États-Unis a laissé entendre, dans une entrevue télévisée, que les fugitifs qui refusaient de collaborer feraient l'objet d'un viol homosexuel en prison.

En raison de ces remarques, le juge d'extradition refuse d'ordonner l'incarcération des appelants et ordonne l'arrêt des procédures d'extradition, bien que les États-Unis aient établi *prima facie* le bien-fondé de la demande d'extradition. La Cour d'appel annule l'arrêt des procédures et renvoie l'affaire au juge d'extradition, après avoir conclu que le juge d'extradition ne devrait pas s'approprier le pouvoir discrétionnaire du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs dans le respect des obligations qui incombent au Canada en vertu des traités. Aucune décision n'a été prise parce que le ministre a décidé de reporter sa décision d'extradition jusqu'à l'issue du pourvoi contre l'incarcération.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le traité bilatéral, l'audience d'extradition et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif d'extrader un fugitif doivent tous être conformes aux exigences de la *Charte*. Le juge d'extradition doit veiller à ce que l'audience judiciaire elle-même soit menée conformément aux principes de justice fondamentale. En raison des modifications de 1992 de la *Loi sur l'extradition*, le juge d'extradition a compétence pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*, y compris l'arrêt des procédures, sur la base d'une violation de la *Charte*, mais seulement dans la mesure où cette violation se rapporte directement aux questions circonscrites pertinentes à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition.

Lorsque le droit à la liberté et à la sécurité de la personne est mis en cause, l'art. 7 s'applique et exige que l'instance soit menée de façon équitable. En conséquence, même si elle ne constitue pas un procès, l'audience d'incarcération doit respecter les principes d'équité procédurale auxquels sont assujetties toutes les procédures judiciaires au Canada. Bien qu'il incombe au

left for the Minister's consideration, conduct by the Requesting State, or by its representatives, agents or officials, which interferes or attempts to interfere with the conduct of judicial proceedings in Canada is a matter that directly concerns the extradition judge. Section 7 permeates the entire extradition process and is engaged, albeit differently, at both stages of the process.

Litigants are also protected from unfair, abusive proceedings through the doctrine of abuse of process. Canadian courts have an inherent and residual discretion at common law to control their own process and prevent its abuse. A stay of proceedings will be entered only in the clearest of cases and is always better dealt with by the court where the abuse occurs.

In this case, a stay of proceedings was justified either as a remedy based on s. 7 of the *Charter* or on the basis of the doctrine of abuse of process. Both statements, or at the very least the prosecutor's statement, were an attempt to influence the unfolding of Canadian judicial proceedings by putting undue pressure on the appellants to desist from their objections to the extradition request. The success or failure of that interference is immaterial. The intimidation bore directly upon the very proceedings before the extradition judge. Aside from the intimidation itself, a committal order obtained in the present circumstances would clearly not be consistent with the principles of fundamental justice. The existence of potential remedies at the executive stage does not oust the jurisdiction of the courts to preserve the integrity of their own process. The violation of the appellants' rights occurred at the judicial stage of the process and calls for redress at that stage and in that forum.

Cases Cited

Followed: *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18; **applied:** *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; **not followed:** *United States of America v. Cazzetta* (1996), 108 C.C.C. (3d) 536, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiv;

ministre d'examiner l'éventualité d'un procès inéquitable dans l'État requérant, la conduite de l'État requérant, ou de ses représentants, mandataires ou fonctionnaires, qui s'ingèrent ou tentent de s'ingérer dans la conduite de procédures judiciaires au Canada est une question qui intéresse directement le juge d'extradition. L'article 7 influe sur l'ensemble du processus d'extradition et il entre en jeu, bien que pour des fins distinctes, aux deux étapes du processus.

Les parties sont également protégées contre les procédures inéquitables ou abusives par la règle de l'abus de procédure. Les tribunaux canadiens ont, en vertu de la common law, un pouvoir discrétionnaire inhérent et résiduel de contrôler leur propre procédure et d'empêcher qu'on en abuse. L'arrêt des procédures n'est accordé que dans les cas les plus clairs, et il est toujours préférable qu'il le soit par le tribunal devant lequel l'abus a lieu.

En l'espèce, l'arrêt des procédures était justifié soit comme réparation fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, soit par application de la règle de l'abus de procédure. Les deux déclarations, ou à tout le moins celle du procureur, visaient à influencer sur le déroulement des procédures judiciaires canadiennes en exerçant des pressions indues sur les appelants afin qu'ils renoncent à s'opposer à la demande d'extradition. Le fait que cette tentative ait réussi ou qu'elle ait échoué n'a aucune importance. L'intimidation influait directement sur les procédures engagées devant le juge d'extradition. Indépendamment de l'intimidation elle-même, il est évident qu'une ordonnance d'incarcération obtenue dans de telles circonstances ne serait pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Le fait que des réparations puissent être accordées à l'étape de l'exercice du pouvoir exécutif ne prive pas les tribunaux de leur pouvoir de contrôler leur propre procédure. La violation des droits des appelants a eu lieu à l'étape judiciaire du processus et exige une réparation à cette étape.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18; **arrêts appliqués :** *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; **arrêt non suivi :** *Cazzetta c. États-Unis d'Amérique*, [1996] R.J.Q. 1547, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiv;

referred to: *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21, rev'g (1998), 128 C.C.C. (3d) 475; *United States of America v. Tsioubris*, [2001] 1 S.C.R. 613, 2001 SCC 20; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *United States of Mexico v. Hurley* (1997), 116 C.C.C. (3d) 414.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6, 7, 11(b), 12, 24(1).
Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, ss. 9(3) [ad. 1992, c. 13, s. 2], 19(a) [*idem*, s. 3].
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 25, 84.
Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976, No. 3.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 125 O.A.C. 122, 139 C.C.C. (3d) 283, [1999] O.J. No. 3278 (QL), allowing the respondent's appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1997), 11 C.R. (5th) 310, granting a stay of proceedings. Appeal allowed.

Paul D. Stern, for the appellant Harry Cobb.

Brian H. Greenspan, for the appellant Allen Grossman.

David Littlefield and *Kevin Wilson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

¹ The appellants are both Canadian citizens resisting extradition to the United States of America on charges of fraud and conspiracy to

arrêts mentionnés : *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21, inf. (1998), 128 C.C.C. (3d) 475; *États-Unis d'Amérique c. Tsioubris*, [2001] 1 R.C.S. 613, 2001 CSC 20; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *United States of Mexico c. Hurley* (1997), 116 C.C.C. (3d) 414.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 6, 7, 11b), 12, 24(1).
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 25, 84.
Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3) [aj. 1992, ch. 13, art. 2], 19a) [*idem*, art. 3].
Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976, n° 3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 125 O.A.C. 122, 139 C.C.C. (3d) 283, [1999] O.J. No. 3278 (QL), qui a accueilli l'appel de l'intimé contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1997), 11 C.R. (5th) 310, accordant un arrêt des procédures. Pourvoi accueilli.

Paul D. Stern, pour l'appelant Harry Cobb.

Brian H. Greenspan, pour l'appelant Allen Grossman.

David Littlefield et *Kevin Wilson*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Les appelants sont des citoyens canadiens qui s'opposent à leur extradition vers les États-Unis d'Amérique, où ils font l'objet d'accusations de

commit fraud. Their appeal was heard together with *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18, *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21, and *United States of America v. Tsioubris*, [2001] 1 S.C.R. 613, 2001 SCC 20, all released concurrently. Several issues raised here were also raised in the other cases. However, the central issue in the present appeal relates to the scope of the *Charter* jurisdiction conferred on an extradition judge at the committal stage of the extradition process by the 1992 amendments to the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23. Specifically, the question is whether the appellants' rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are engaged at the committal stage, and, if so, whether the extradition judge has jurisdiction to remedy a breach of s. 7 by granting a stay of proceedings.

II. Factual Background

For the sake of clarity, I note at the outset that the appeals of Howard Shulman and James Tsioubris arise from the same factual background as this appeal by Harry Cobb and Allen Grossman. Shulman appealed separately before our Court because the development of his case in the courts below gave rise to an issue not raised by the present appeal. As for Tsioubris, his extradition hearing and appeal to the Court of Appeal for Ontario were joined with that of Cobb and Grossman. However, as he did not seek and receive leave to appeal to our Court at the same time as the other two, Tsioubris is also a separate appellant. That being said, the facts of this appeal are directly salient to Shulman's and Tsioubris's separate appeals, the decisions in which are released concurrently.

The appellants, Harry Cobb and Allen Grossman, are Canadian citizens whose extradition is sought in connection with mail fraud charges. Between November 1989 and March 1993, Cobb

fraude et de complot en vue de commettre une fraude. Leur pourvoi a été entendu en même temps que trois autres pourvois donnant lieu aux décisions connexes, rendues simultanément, *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18, *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21, et *États-Unis d'Amérique c. Tsioubris*, [2001] 1 R.C.S. 613, 2001 CSC 20. Plusieurs questions soulevées en l'espèce l'ont également été dans les autres affaires. Cependant, la principale question du présent pourvoi concerne la portée de la compétence en matière d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, confèrent au juge d'extradition à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition. En particulier, il s'agit de savoir si les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux appelants entrent en jeu à l'étape de l'incarcération et, dans l'affirmative, si le juge d'extradition a compétence pour remédier à une violation de l'art. 7 en ordonnant l'arrêt des procédures.

II. Les faits

Par souci de clarté, je souligne d'emblée que les pourvois connexes de Howard Shulman et James Tsioubris se fondent sur les mêmes faits que celui de Harry Cobb et Allen Grossman. Shulman a formé un pourvoi distinct devant notre Cour parce que le traitement de son cas par les juridictions inférieures a suscité une question que ne soulève pas le présent pourvoi. Pour ce qui est de Tsioubris, son audience d'extradition et son appel devant la Cour d'appel de l'Ontario ont été joints à ceux de Cobb et Grossman. Toutefois, n'ayant pas demandé et n'ayant pas obtenu l'autorisation d'appel devant notre Cour en même temps que les deux autres, Tsioubris est également un appellant distinct. Cela dit, les faits en l'espèce s'appliquent directement aux pourvois distincts de Shulman et de Tsioubris, dans lesquels nous rendons jugement simultanément.

Les appelants, Harry Cobb et Allen Grossman, sont des citoyens canadiens dont on demande l'extradition relativement à des accusations de fraude postale. On allègue qu'entre novembre 1989 et

and Grossman, along with several others, including Shulman and Tsioubris, allegedly made illegal sales of gemstones to residents of the United States of America (the Requesting State) through telemarketing activities originating in Canada. During this period and throughout the extradition proceedings, the appellants resided in Canada.

4 The fraudulent activities involved a scheme where it is alleged that the appellants (and other co-participants), acting as “salesmen”, would contact American residents by telephone in order to sell them gemstones. The persons contacted had already purchased a number of gems in unrelated transactions. Representations were made to these individuals that the appellants would buy their existing gemstone collections, on behalf of overseas buyers, at an inflated price. However, before this sale could be arranged, the individuals were required to purchase additional gemstones, at substantially inflated prices, to complete their collections. Some 67 persons who purchased these additional stones were defrauded of \$22 million since, allegedly, no overseas buyers existed and no purchases of the existing gemstone collections ever took place, nor were these transactions ever intended.

5 On July 19, 1994, a United States federal grand jury in the U.S. District Court for the Middle District of Pennsylvania indicted the appellants, along with 23 other individuals and eight corporations, with one count of conspiracy to commit mail and wire fraud, and 51 substantive counts of mail or wire fraud. On December 6, 1994, the U.S. sought the extradition of several persons, including the appellants.

6 Following an extensive investigation by the Royal Canadian Mounted Police into the appellants’ conduct, it was decided that Canadian proceedings would not be initiated against them. Much of the material gathered by the Canadian police investigation, including material seized pursuant to search warrants executed in Canada, was provided to the American authorities.

mars 1993, Cobb et Grossman, et plusieurs autres individus, dont Shulman et Tsioubris, ont illégalement vendu des pierres précieuses à des résidents des États-Unis d’Amérique (l’État requérant) dans le cadre d’activités de télémarcheting menées au Canada. Pendant cette période et durant toutes les procédures d’extradition, les appelants résidaient au Canada.

On allègue que dans le cadre de leurs activités frauduleuses, les appelants (et d’autres complices), se présentant comme des « vendeurs », communiquaient par téléphone avec des résidents américains pour leur vendre des pierres précieuses. Les personnes contactées avaient déjà acheté des pierres précieuses à d’autres occasions n’ayant rien à voir avec la présente affaire. On disait à ces personnes que les appelants achèteraient leurs collections, pour le compte d’acheteurs étrangers, à un prix gonflé. Cependant, avant que cette vente puisse se concrétiser, ces personnes devaient acheter d’autres pierres précieuses à un prix considérablement gonflé. On allègue que les quelque 67 personnes qui ont acheté ces pierres supplémentaires se sont vues soutirer 22 millions \$ de manière frauduleuse, étant donné qu’il n’y avait pas d’acheteurs étrangers et qu’il n’y avait jamais eu d’achat des collections de pierres précieuses, ni même d’intention de procéder à ces achats.

Le 19 juillet 1994, un grand jury fédéral porte formellement contre les appelants, de même que 23 autres individus et huit sociétés, un chef d’accusation de complot de fraude postale et fraude téléphonique, et 51 chefs d’accusation de fraude postale ou de fraude téléphonique devant la Cour fédérale du District central de Pennsylvanie. Le 6 décembre 1994, les États-Unis demandent l’extradition de plusieurs personnes, dont les appelants.

Par suite d’une enquête approfondie de la Gendarmerie royale du Canada sur la conduite des appelants, il est décidé de ne pas les poursuivre au Canada. Une grande partie des documents recueillis pendant l’enquête de la police canadienne, y compris des documents saisis en vertu de mandats de perquisition exécutés au Canada, sont fournis aux autorités américaines.

Many of the original co-conspirators voluntarily attorned to the jurisdiction of Pennsylvania. The appellants, however, have contested their extradition on the basis that to extradite them would be an unjustified violation of their *Charter* rights, in light of statements made by the American judge assigned to their trial, and of statements made by the prosecuting attorney with carriage of the matter. Specifically, the impugned comments are, first, that on May 22, 1995, while sentencing one of the co-accused in the scheme, the assigned trial judge, Judge William Caldwell, made the following statement:

Mr. Kay [a co-accused], I'm sure that you might have some appreciation for the difficulty I have in trying to keep the participants in this matter in the proper level of accountability, the proper range of accountability. It's not really possible to do that, but I am attempting to treat everyone who comes in here, especially those who cooperated, in an evenhanded fashion

[T]he sentence that I'm imposing I think takes into account your cooperation and certainly you're entitled to have that recognized. I want you to believe me that as to those people who don't come in and cooperate and if we get them extradited and they're found guilty, as far as I'm concerned they're going to get the absolute maximum jail sentence that the law permits me to give. [Emphasis added.]

Second, the prosecutor, Assistant U.S. Attorney in the Middle District of Pennsylvania and principal affiant of the Requesting State, Gordon A. D. Zubrod, stated during an interview with Linden MacIntyre for *The Fifth Estate*, a Canadian television program, the specific broadcast of which (*"The Maple Leaf Swindle"*) aired on the CBC network on September 30, 1997:

MacIntyre: . . . For those accused who choose to fight extradition, Gordon Zubrod warns they're only making matters worse for themselves in the long run.

Zubrod: I have told some of these individuals, "Look, you can come down and you can put this behind you by serving your time in prison and making restitution to the victims, or you can wind up serving a great deal longer

Plusieurs complices initiaux se rendent à la juridiction de la Pennsylvanie. Les appelants, cependant, contestent leur extradition en alléguant qu'elle serait une violation injustifiée de droits que leur garantit la *Charte*, compte tenu de déclarations qu'a faites le juge américain saisi de l'affaire et le procureur de la poursuite. Plus précisément, il s'agit d'abord des remarques suivantes que le juge du procès, le juge William Caldwell, a faites le 22 mai 1995 en imposant la peine de l'un des coaccusés :

[TRADUCTION] M. Kay [un coaccusé], je ne doute pas que vous puissiez apprécier les difficultés que j'ai à tenter d'imposer aux participants dans cette affaire le niveau, le degré convenable de responsabilité. Cela n'est pas vraiment possible, mais je m'efforce de traiter chacun des individus qui se présente ici, en particulier ceux qui ont collaboré, de façon égale . . .

J'estime que la peine que j'impose tient compte de votre collaboration, et vous avez certainement droit à ce que celle-ci soit reconnue. Je veux que vous sachiez qu'en ce qui me concerne, si nous réussissons à les extraditer et s'ils sont déclarés coupables, les individus qui ne se rendent pas et qui ne collaborent pas recevront la peine d'emprisonnement la plus sévère que la loi m'habilite à infliger. [Je souligne.]

Deuxièmement, le poursuivant, Gordon A. D. Zubrod, procureur fédéral adjoint du District central de Pennsylvanie, principal déposant de l'État requérant, a dit ce qui suit lors d'une entrevue avec Linden MacIntyre, du programme télévisé canadien *The Fifth Estate*, dans un reportage sur la présente affaire (*"The Maple Leaf Swindle"*) diffusé sur le réseau CBC le 30 septembre 1997 :

[TRADUCTION]

MacIntyre : [...] En ce qui concerne les accusés qui ont choisi de s'opposer à l'extradition, Gordon Zubrod les met en garde qu'ils ne font, à long terme, qu'aggraver leurs cas.

Zubrod : Voici ce que j'ai dit à certains de ces individus : « Écoutez, vous pouvez vous rendre et mettre toute cette affaire derrière vous en purgeant votre peine d'emprisonnement et en dédommageant les victimes, ou vous

sentence under much more stringent conditions”, and describe those conditions to them.

MacIntyre: How would you describe those conditions?

Zubrod: You’re going to be the boyfriend of a very bad man if you wait out your extradition.

MacIntyre: And does that have much of an impact on these people?

Zubrod: Well, out of the 89 people we’ve indicted so far, approximately 55 of them have said, “We give up”.

pouvez vous exposer à une peine beaucoup plus longue dans des conditions beaucoup plus dures ». Je leur ai ensuite décrit ces conditions.

MacIntyre : Comment décririez-vous ces conditions?

Zubrod : Vous deviendrez le petit ami d’un homme très méchant si vous attendez votre extradition.

MacIntyre : Est-ce que cela a influencé ces individus?

Zubrod : Bien, sur les 89 individus que nous avons formellement accusés jusqu’à maintenant, environ 55 ont décidé de se rendre.

9 The appellants argue that in light of the powerful influence on sentencing that can be exerted by an American prosecutor, they took Mr. Zubrod’s comments as a very serious threat. Their committal hearing commenced on October 6, 1997, within a week of the CBC broadcast. They resisted their extradition to Pennsylvania on the grounds that: (i) they would face sentences in the Requesting State that are very substantially higher than those they would face in Canada, and (ii) they would be subjected to homosexual rape in prison. They allege that to extradite them in these circumstances would constitute a breach of their right to security of the person and a violation of the principles of fundamental justice, contrary to s. 7 of the *Charter*.

Les appelants soutiennent que, compte tenu de l’influence considérable que peut exercer le poursuivant américain sur la peine qui sera imposée, ils pensaient que les remarques de M. Zubrod constituaient une menace très grave. L’audience relative à leur incarcération débute le 6 octobre 1997, moins d’une semaine après le reportage de CBC. Ils s’opposent à leur extradition vers la Pennsylvanie aux motifs que : (i) ils seraient passibles, dans l’État requérant, de peines beaucoup plus sévères que celles dont ils seraient passibles au Canada, et (ii) ils feraient l’objet d’un viol homosexuel en prison. Ils font valoir que leur extradition dans de telles circonstances constituerait une atteinte à leur droit à la sécurité de leur personne et une violation des principes de justice fondamentale, en contradiction de l’art. 7 de la *Charte*.

10 The extradition judge found that the United States had made out a *prima facie* case for extradition, but nevertheless refused to order the committal of the appellants on the basis of the comments made by the American judge and by the prosecutor. Accordingly, he stayed the extradition proceedings. The Court of Appeal set aside the stay and remitted the matter to the extradition judge. The Minister of Justice has deferred making a surrender decision pending completion of the appeal against committal. Consequently, the appellants’ appeal to this Court is limited to the committal stage of the process and the extradition judge’s jurisdiction to grant a stay.

Le juge d’extradition conclut que les États-Unis ont établi *prima facie* le bien-fondé de la demande d’extradition, mais il refuse néanmoins d’ordonner l’incarcération des appelants en raison des remarques du juge et du procureur américains. En conséquence, il ordonne l’arrêt des procédures d’extradition. La Cour d’appel annule l’arrêt des procédures et renvoie l’affaire au juge d’extradition. Le ministre de la Justice décide de reporter sa décision d’extradition jusqu’à l’issue du pourvoi formé contre l’incarcération. Le pourvoi des appelants devant notre Cour ne porte donc que sur l’étape des procédures relative à l’incarcération et sur la compétence du juge d’extradition d’ordonner un arrêt des procédures.

III. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, as amended by S.C. 1992, c. 13

9. (3) For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge who is a superior court judge or a county court judge has, with respect to the functions that that judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge or a county court judge.

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18

25. For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge has, with respect to the functions that the judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge.

84. The *Extradition Act* repealed by section 129 of this Act applies to a matter respecting the extradition of a person as though it had not been repealed, if the hearing in respect of the extradition had already begun on the day on which this Act comes into force [June 17, 1999].

IV. Proceedings and Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)* (1997), 11 C.R. (5th) 310

On October 28, 1997, Hawkins J. concluded that the United States had presented a *prima facie* case against Cobb, Grossman and Tsioubris. He then had to adjudicate on two applications brought by the appellants. The first, brought pursuant to ss. 11(b) and 24(1) of the *Charter* for undue delay in the time it took to hold the committal hearing, was dismissed. The second and more salient of the two, brought pursuant to ss. 7 and 24(1) of the

III. Les dispositions pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, modifiée par L.C. 1992, ch. 13

9. (3) Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un juge de cour supérieure ou de cour de comté conserve les compétences qu'il a en cette qualité, dans l'exercice des fonctions qu'il est tenu d'accomplir en appliquant la présente loi.

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18

25. Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge dispose, dans l'exécution de ses fonctions d'application de la présente loi, des compétences d'un juge de la cour supérieure.

84. La *Loi sur l'extradition* continue de s'appliquer — comme si elle n'avait pas été abrogée par l'article 129 — à toute question en matière d'extradition dans le cas où l'audition de la demande d'extradition est en cours devant le juge à la date d'entrée en vigueur de la présente loi [17 juin 1999].

IV. Les procédures et les décisions antérieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1997), 11 C.R. (5th) 310

Le 28 octobre 1997, le juge Hawkins conclut que les États-Unis ont établi *prima facie* le bien-fondé des accusations contre Cobb, Grossman et Tsioubris. Il statue ensuite sur les deux demandes des appelants. Il rejette la première, qui est fondée sur l'al. 11b) et le par. 24(1) de la *Charte* et concerne le retard indu dans la tenue de l'audience relative à leur incarcération. Le juge Hawkins accueille cependant la deuxième demande, plus

Charter for a stay of proceedings on the basis of the statements made by the American judge and prosecutor assigned to the case, was allowed and Hawkins J. granted a stay of the proceedings against Cobb, Grossman and Tsioubris.

significative, qui est fondée sur l'art. 7 et le par. 24(1) de la *Charte* et vise à obtenir l'arrêt des procédures en raison de déclarations faites par le juge et le procureur américains, et il ordonne l'arrêt des procédures contre Cobb, Grossman et Tsioubris.

13 The extradition judge relied on the decision of the Court of Appeal for Quebec in *United States of America v. Cazzetta* (1996), 108 C.C.C. (3d) 536, leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1996] 3 S.C.R. xiv, to conclude that he had jurisdiction to entertain a s. 7 *Charter* argument and grant relief under s. 24.

Le juge d'extradition se fonde sur l'arrêt *Cazzetta c. États-Unis d'Amérique*, [1996] R.J.Q. 1547, de la Cour d'appel du Québec (autorisation de pourvoi refusée par la Cour suprême du Canada, [1996] 3 R.C.S. xiv), pour conclure qu'il avait compétence pour entendre un argument basé sur l'art. 7 de la *Charte* et accorder une réparation en vertu de l'art. 24.

14 He found that Judge Caldwell's remark was "nothing short of a bold, undisguised threat intended to intimidate the applicants and others into abandoning their right to resist extradition by lawful means" (para. 25). As for the televised comments of the prosecutor, Mr. Zubrod, Hawkins J. added, "I believe and I hope I can safely say that no right-thinking Canadian would endorse the use of a threat of homosexual rape as a means of persuading Canadian residents to abandon their rights to a full extradition hearing" (para. 35). In granting a stay of the extradition proceedings, he concluded, at para. 36:

Il conclut que les remarques du juge Caldwell [TRADUCTION] « ne sont rien de moins qu'une menace franche et sans équivoque visant à intimider les demandeurs et d'autres individus pour qu'ils renoncent à leur droit de s'opposer légalement à leur extradition » (par. 25). En ce qui concerne les remarques télévisées du procureur, M. Zubrod, le juge Hawkins ajoute : [TRADUCTION] « J'estime, et j'espère que je peux le dire sans risquer de me tromper, qu'aucun Canadien sensé n'approuverait l'utilisation d'une menace de viol homosexuel pour convaincre des résidents canadiens de renoncer à leurs droits à une audience d'extradition en bonne et due forme » (par. 35). En ordonnant l'arrêt des procédures d'extradition, il conclut, au par. 36 :

In my view, to commit these fugitives for surrender to be tried before a judge who has publicly threatened them with the imposition of a maximum sentence before having commenced their trial and to be prosecuted by a prosecutor who has publicly threatened them with homosexual rape (boasting at the same time how effective the technique has been) "shocks the Canadian conscience" and is "simply not acceptable".

[TRADUCTION] À mon avis, l'incarcération de ces fugitifs afin qu'ils subissent leur procès devant un juge qui les a publiquement menacés de leur imposer une peine maximale avant même d'avoir entamé le procès, et qu'ils soient poursuivis par un procureur qui les a publiquement menacés de viol homosexuel (se vantant à la même occasion de l'efficacité de la technique) « choque la conscience des Canadiens » et est « tout simplement inacceptable ».

B. *Court of Appeal for Ontario* (1999), 125 O.A.C. 122

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 125 O.A.C. 122

15 On September 13, 1999, Brooke J.A. set aside the stay and remitted the matter to the extradition judge for the formal issuance of warrants of committal. For a unanimous court, he held that there

Le 13 septembre 1999, le juge Brooke annule l'arrêt des procédures et renvoie l'affaire au juge d'extradition afin qu'il délivre en bonne et due forme des mandats d'incarcération. Il conclut, au

was no basis upon which to distinguish the Court of Appeal's decision in *United States of America v. Shulman* (1998), 128 C.C.C. (3d) 475 (Ont. C.A.). He held that, despite the 1992 amendments to the *Extradition Act*, the role of the extradition judge remains a narrow one, confined to that specified in the statute and that the court should not pre-empt the discretion vested in the Minister of Justice to surrender the fugitive in the discharge of Canada's treaty obligations. The role of the extradition judge is to determine whether there is a *prima facie* case that a crime falling under the terms of the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976, No. 3, has been committed by the fugitives. Even if the extradition judge had broad s. 24 *Charter* jurisdiction, he or she should wait until the Minister has made a decision on surrender. Thus, Hawkins J.'s decision to stay the proceedings was premature.

V. Issue

The issue before us is whether the Court of Appeal for Ontario erred in finding that considerations relating to s. 7 of the *Charter* are not engaged at the committal stage of the extradition process, are beyond the jurisdiction of the extradition judge, and thus are only engaged at the time of the decision of the Minister of Justice to surrender the fugitive.

VI. Analysis

The respondent has not argued that the comments made by Judge Caldwell were misinterpreted by Hawkins J. or that his characterization of these comments was ill-founded or inappropriate. I agree that taken at face value, the remarks made by the sentencing judge in a related case reasonably bear the interpretation given to them by the extradition judge in this case. I wish to point out, however, that they may also carry a slightly different meaning, one that would cause me considerably less concern. Judge Caldwell was sentencing a person who had been cooperative. He was entitled to give credit to that cooperation in the sentence that

nom de la cour unanime, que rien ne permet de distinguer la présente espèce de l'arrêt *United States of America c. Shulman* (1998), 128 C.C.C. (3d) 475 (C.A. Ont.). Il estime que, malgré les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur l'extradition*, le rôle du juge d'extradition demeure restreint, et se limite à ce que la loi prévoit, et qu'il ne doit pas s'approprier le pouvoir discrétionnaire du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs dans le respect des obligations qui incombent au Canada en vertu des traités. Le rôle du juge d'extradition consiste à déterminer s'il a été établi *prima facie* que les fugitifs ont commis un crime visé par le *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976, n° 3. Même si le juge d'extradition avait compétence générale pour appliquer l'art. 24 de la *Charte*, il devrait attendre que le ministre rende sa décision sur l'extradition. En conséquence, la décision du juge Hawkins d'ordonner l'arrêt des procédures était prématurée.

V. La question en litige

La question à trancher est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en concluant que l'étape de l'incarcération dans le processus d'extradition ne fait pas intervenir de considérations relatives à l'art. 7 de la *Charte*, que ces considérations excèdent la compétence du juge d'extradition, et qu'elles n'interviennent donc qu'au moment où le ministre de la Justice prend la décision d'extrader ou non les fugitifs.

VI. L'analyse

L'intimé ne soutient pas que le juge Hawkins a mal interprété les remarques du juge Caldwell ou que la façon dont il a décrit ces remarques était mal fondée ou incorrecte. Je suis d'accord que, prises à la lettre, les remarques du juge de la détermination de la peine dans une affaire connexe peuvent raisonnablement être interprétées comme le juge d'extradition l'a fait en l'espèce. Je tiens à souligner cependant qu'on peut également leur donner un sens légèrement différent, qui me causerait beaucoup moins d'inquiétude. Le juge Caldwell imposait la peine d'une personne qui avait collaboré. Il était en droit de reconnaître cette

he was about to impose. It is in that context that he stated, in relation to those who did not cooperate: “. . . if we get them extradited and they’re found guilty, as far as I’m concerned they’re going to get the absolute maximum jail sentence that the law permits me to give” (emphasis added). It is quite possible that the judge did not mean that he would impose the maximum sentence regardless of any other relevant factor, but simply that he would discount the maximum sentence by any other legally relevant factor, and then give no additional reduction in light of the absence of cooperation. This is, I would have thought, all that the law permits.

18 Obviously, this is not what the appellants or Hawkins J. understood the impugned passage to mean. While the interpretation given by the extradition judge may not have been the one intended by Judge Caldwell, it is nevertheless a reasonable one. Indeed in my view, it is what a lay person would have understood and we must take that as a fact reasonably found by the trier of facts. I would not interfere with this finding.

19 As for the comments made by the prosecuting attorney: “You’re going to be the boyfriend of a very bad man if you wait out your extradition”, referring to the harsher conditions under which a prison sentence would be served, that statement, in my view, bears precisely the meaning given to it by the extradition judge. No less sinister interpretation is plausible.

20 With that in mind I now turn to the consequences of these statements on the appellants’ extradition process. I shall analyse briefly the *Charter* jurisdiction vested in the extradition judge before determining whether he or she can grant a stay of proceedings to remedy breaches of fundamental justice.

collaboration en déterminant la peine. C’est dans ce contexte qu’il a dit, à propos des personnes qui n’avaient pas collaboré : [TRADUCTION] « . . . en ce qui me concerne, si nous réussissons à les extraditer et s’ils sont déclarés coupables, les individus qui ne se rendent pas et qui ne collaborent pas recevront la peine d’emprisonnement la plus sévère que la loi m’habilite à infliger » (je souligne). Il est fort possible que le juge ait voulu dire non pas qu’il imposerait la peine maximale peu importe tout autre facteur pertinent mais tout simplement qu’il tiendrait compte de tout autre facteur légalement pertinent pour réduire la peine maximale et qu’en l’absence de collaboration, il n’accorderait aucune autre réduction. Il s’agit là, à mon avis, de tout ce que la loi permet.

De toute évidence, cela n’est pas le sens que les appelants et le juge Hawkins ont donné au passage contesté. S’il se peut que le sens donné par le juge d’extradition ne soit pas ce que le juge Caldwell avait à l’esprit, cette interprétation est tout de même raisonnable. En effet, j’estime que c’est ce que le profane aurait compris, et nous devons considérer qu’il s’agit là d’un fait que le juge des faits a raisonnablement établi. Je suis d’avis de ne pas infirmer cette conclusion.

Pour ce qui est des remarques du procureur de la poursuite, [TRADUCTION] « vous deviendrez le petit ami d’un homme très méchant si vous attendez votre extradition », faisant allusion aux conditions plus sévères dans lesquelles serait purgée la peine d’emprisonnement, je suis d’avis qu’elles ont exactement le sens que le juge d’extradition leur a attribué. On ne peut plausiblement leur donner une interprétation moins sinistre.

Ayant cela à l’esprit, j’aborde maintenant les conséquences de ces déclarations sur le processus d’extradition des appelants. J’analyserai brièvement la compétence du juge d’extradition au regard de la *Charte* avant de déterminer s’il pouvait ordonner l’arrêt des procédures en réparation des violations des principes de justice fondamentale.

A. *The Impact of Section 9(3) on the Charter Jurisdiction of the Extradition Judge*

Just as I did in *Kwok*, I shall refer throughout these reasons to the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23 as amended by *An Act to amend the Extradition Act*, S.C. 1992, c. 13. The appellants argue that s. 9(3) of the *Extradition Act* gives an extradition court complete jurisdiction in connexion with *Charter* matters as they relate to the judicial function performed at the committal stage of the extradition process. The respondent takes the position that s. 9(3) has not expanded the role of the *Charter* at that phase of the process and that the extradition judge has the same limited *Charter* jurisdiction previously exercised by the *habeas corpus* judge with respect to *Charter* issues.

I concluded in *Kwok*, that the *Charter* jurisdiction of the committal court must be assessed in light of the court's limited function under the Act. This function only extends to the determination of whether the foreign authority has put forward sufficient admissible evidence to make out a *prima facie* case against the fugitive.

I also concluded in *Kwok*, that the extradition judge does possess some *Charter* jurisdiction, so long as the *Charter* issues relate to the initial phase of the extradition process. In that case, I held that a fugitive's right to remain in Canada (s. 6) was not engaged at the committal stage in and of itself, and arose only at the executive phase of the process, in the Minister's decision to surrender, and upon judicial review of that decision.

This Court has confirmed, in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at pp. 520-21, and again, more recently, in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, that the *Charter* applies to extradition proceedings in the sense that the treaty, the extradition hearing in Canada and the exercise of the executive discretion to surrender the fugitive all have to conform to the requirements of the *Charter*. The committal judge pre-

A. *L'effet du par. 9(3) sur la compétence du juge d'extradition au regard de la Charte*

Comme je le fais dans le pourvoi connexe *Kwok*, je me réfère dans les présents motifs à la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur l'extradition*, L.C. 1992, ch. 13. Les appelants soutiennent que le par. 9(3) de la *Loi sur l'extradition* donne entière compétence à la cour d'extradition pour traiter de questions de *Charte* qui se rapportent à la fonction judiciaire exercée à l'étape de l'incarcération dans le processus d'extradition. L'intimé soutient que le par. 9(3) n'a pas étendu le rôle de la *Charte* à cette étape du processus et que le juge d'extradition a la même compétence limitée, au regard de la *Charte*, que celle qu'exerçait antérieurement le juge de l'*habeas corpus* relativement à la *Charte*.

Je conclus dans l'arrêt connexe *Kwok*, que la compétence du juge d'incarcération au regard de la *Charte* doit être appréciée à la lumière de la fonction limitée que lui attribue la Loi. Cette fonction consiste uniquement à déterminer si les autorités étrangères ont produit suffisamment d'éléments de preuve admissible pour établir *prima facie* leur cause d'action contre le fugitif.

Je conclus également dans *Kwok*, que le juge d'extradition a effectivement une certaine compétence au regard de la *Charte*, pourvu que les questions de *Charte* portent sur l'étape initiale du processus d'extradition. Dans cette affaire, je conclus que le droit d'un fugitif de demeurer au Canada (art. 6) n'intervient pas à l'étape de l'incarcération comme telle, et qu'il n'entre en jeu qu'à l'étape de l'exercice du pouvoir exécutif, lorsque le ministre décide d'extrader ou non le fugitif, et dans le cadre du contrôle judiciaire de cette décision.

Notre Cour confirme dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, p. 520-521, et plus récemment dans *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, que la *Charte* s'applique aux procédures d'extradition en ce sens que le traité, l'audience d'extradition au Canada et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif d'extrader un fugitif doivent tous être conformes aux exigences de la *Charte*. Le juge de l'incarcération préside à

21

22

23

24

sides over a judicial hearing and he or she must ensure that the hearing itself is conducted in accordance with the principles of fundamental justice (s. 7).

25 In light of the limited powers of the extradition judge prior to the 1992 amendments, the *Charter* issues arising at the committal stage were decided by a judge reviewing the committal order pursuant to a writ of *habeas corpus* (*Extradition Act*, s. 19(a)). The 1992 amendments abolished the recourse to a writ of *habeas corpus*, replacing it by an appeal to the court of appeal, and expanded the powers of the extradition judge to include the functions previously exercised on *habeas corpus* review. This expansion included the power to grant appropriate remedies for pertinent *Charter* breaches. As this Court indicated in *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 146:

Perhaps it will suffice to observe that as a result of the enactment of the section [s. 9(3) of the *Extradition Act*], the extradition judge is a “court of competent jurisdiction” pursuant to s. 24 of the *Charter*, provided that the presiding judge normally fulfills that function.

26 The extradition judge is therefore competent to grant *Charter* remedies, including a stay of proceedings, on the basis of a *Charter* violation but only insofar as the *Charter* breach pertains directly to the circumscribed issues relevant at the committal stage of the extradition process.

B. Committal Jurisdiction to Remedy Breaches of Fundamental Justice

27 The allegation of a breach of fundamental justice stems from the statements made by the American trial judge and the prosecutor, seemingly directed at the accused responding to an extradition request by the United States. The ensuing issues are: whether s. 7 of the *Charter* can arise at the committal stage of the extradition process, enabling the extradition judge to grant a *Charter* remedy; whether the doctrine of abuse of process can

une audience judiciaire et il doit veiller à ce que l’audience elle-même soit menée conformément aux principes de justice fondamentale (art. 7).

Vu les pouvoirs limités qu’avait le juge d’extradition avant les modifications de 1992, les questions de *Charte* soulevées à l’étape de l’incarcération étaient tranchées par le juge qui révisait le mandat d’incarcération conformément à un bref d’*habeas corpus* (*Loi sur l’extradition*, al. 19a)). Les modifications de 1992 ont aboli le recours à l’*habeas corpus*, le remplaçant par un droit d’appel devant la cour d’appel, et elles ont élargi les pouvoirs du juge d’extradition de façon à inclure les fonctions relevant auparavant de la procédure de l’*habeas corpus*. Ces pouvoirs accrus comprennent le pouvoir d’accorder des réparations appropriées pour atteintes à la *Charte*. Notre Cour note dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 146 :

Peut-être suffit-il de préciser qu’en conséquence de l’entrée en vigueur de cette disposition [le par. 9(3) de la *Loi sur l’extradition*], le juge d’extradition est « un tribunal compétent » au sens de l’art. 24 de la *Charte*, à condition que le juge qui préside l’audience exerce normalement cette fonction.

Le juge d’extradition a donc compétence pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*, y compris l’arrêt des procédures, sur la base d’une violation de la *Charte*, mais seulement dans la mesure où cette violation se rapporte directement aux questions circonscrites pertinentes à l’étape de l’incarcération du processus d’extradition.

B. La compétence du juge de l’incarcération d’accorder une réparation pour violation de la justice fondamentale

L’allégation de violation de la justice fondamentale résulte des déclarations du juge du procès et du procureur de la poursuite américains qui s’adressaient apparemment aux accusés visés par une demande d’extradition présentée par les États-Unis. Il faut déterminer si, dans le cadre du processus d’extradition, l’art. 7 de la *Charte* entre en jeu à l’étape de l’incarcération de sorte que le juge d’extradition peut accorder une réparation fondée

be invoked; and whether, notwithstanding any remedial powers, the extradition judge ought to have waited for a ministerial decision before granting a stay of proceedings.

The appellants submit that the determination of whether a fugitive's s. 7 rights are infringed should not be left to the Minister, as a Minister is not "a court of competent jurisdiction". They submit that the threats of homosexual rape and a sentence at the maximum end of the legal spectrum arising solely as a result of the exercise of a fugitive's rights pursuant to Canadian law infringe s. 7. In addition to the statutory powers, the appellants argue that the extradition judge has inherent powers at common law to control the process of the court and remedy abuses of process. To proceed further and issue a committal order would constitute an abuse of the judicial process and infringe their security interest in violation of the principles of fundamental justice. The extradition proceedings ought therefore to be stayed.

The respondent maintains that s. 7 *Charter* issues are not engaged at the extradition hearing stage unless they somehow relate to the narrow function of the extradition judge. The respondent argues that the comments in question were irrelevant to the decision of the extradition judge as regards the sufficiency of the evidence and that it is the Minister's task to give effect to s. 7 in deciding whether to surrender. Moreover, whether the issue is approached in terms of the *Charter* jurisdiction of the extradition judge or in terms of the inherent jurisdiction of superior courts, the extradition judge ought not to have pre-empted the decision of the Minister of Justice in respect of the comments made by the U.S. judge and prosecutor. The respondent points to *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, as establishing that it is not the extradition court's role to give effect to suggestions that a fugitive will not be given a fair trial in the Requesting State.

sur la *Charte*, si la théorie de l'abus de procédure peut être invoquée et si, indépendamment de tout pouvoir d'accorder une réparation, le juge d'extradition aurait dû attendre que le ministre prenne sa décision avant d'ordonner l'arrêt des procédures.

Les appelants font valoir que le ministre n'est pas un « tribunal compétent » et qu'il ne lui revient donc pas de juger s'il y a atteinte aux droits que l'art. 7 garantit au fugitif. Ils soutiennent que les menaces de viol homosexuel et d'une peine d'emprisonnement plus longue, au maximum de ce que la loi autorise, pour la seule raison que le fugitif a exercé des droits que la loi canadienne lui confère, portent atteinte à l'art. 7. En plus des pouvoirs que lui confère la loi, les appelants soutiennent que le juge d'extradition a le pouvoir inhérent, en vertu de la common law, de contrôler les procédures de la cour et d'accorder réparation pour abus de procédure. Poursuivre l'affaire plus loin et délivrer un mandat d'incarcération constituerait un abus des procédures judiciaires et porterait atteinte au droit des appelants à la sécurité de leur personne en violation des principes de justice fondamentale. Il convient donc d'ordonner l'arrêt des procédures d'extradition.

L'intimé maintient que l'art. 7 de la *Charte* n'entre pas en jeu à l'étape de l'audience d'extradition à moins qu'il s'agisse de questions liées d'une certaine façon à la fonction restreinte du juge d'extradition. L'intimé soutient que les remarques en cause ne sont pas pertinentes en ce qui concerne la décision du juge d'extradition sur la question de savoir si la preuve produite était suffisante, et qu'il incombe au ministre de donner effet à l'art. 7 en décidant s'il doit extraditer les appelants. En outre, que la question soit abordée sous l'angle de la compétence du juge d'extradition au regard de la *Charte* ou encore de la compétence inhérente des cours supérieures, le juge d'extradition n'aurait pas dû usurper la décision du ministre de la Justice à l'égard des remarques du juge et du procureur américains. L'intimé avance que l'arrêt *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, établit qu'il n'appartient pas au juge d'extradition de donner suite aux suggestions qu'un fugitif ne subira pas un procès équitable dans l'État requérant.

(i) Section 7 of the Charter in the Context of the Committal Hearing

30

This Court has stated repeatedly that both the extradition hearing and the exercise of the executive discretion to surrender a fugitive must conform with the requirements of the *Charter*, including the principles of fundamental justice: *Schmidt, supra*; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564; *Burns, supra*. In *Schmidt*, at p. 522, La Forest J. addressed the concerns for the treatment that a fugitive would likely receive at the hands of the Requesting State:

I have no doubt either that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. To make the point, I need only refer to a case that arose before the European Commission on Human Rights, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, where it was established that prosecution in the requesting country might involve the infliction of torture. Situations falling far short of this may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7.

31

In *Dynar, supra*, at para. 124, the focus was on the required fairness of the Canadian process:

The *Charter* does therefore guarantee the fairness of the committal hearing. The Minister's discretion in deciding to surrender the fugitive may also attract *Charter* scrutiny. In both instances, s. 7 of the *Charter*, which provides that an individual has a right not to be deprived of life, liberty or security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice, will be most frequently invoked. It is obvious that the liberty and security of the person of the fugitive are at stake in an extradition proceeding. The proceedings must therefore be conducted in accordance with the principles of fundamental justice

(i) L'article 7 de la Charte dans le contexte de l'audience d'extradition

Notre Cour a dit plusieurs fois que l'audience d'extradition et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif d'extrader un fugitif doivent respecter les exigences de la *Charte*, dont les principes de justice fondamentale : *Schmidt*, précité; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564; *Burns*, précité. Dans *Schmidt*, p. 522, le juge La Forest traite des inquiétudes face au traitement qu'un fugitif pourrait subir aux mains de l'État requérant :

Je ne doute pas non plus que dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. À ce propos, il suffit de se référer à une affaire portée devant la Commission européenne des droits de l'homme, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, dans laquelle il a été établi que des poursuites dans le pays requérant pourraient comprendre le recours à la torture. Il est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu'une décision de livrer un fugitif afin qu'il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l'art. 7.

L'arrêt *Dynar*, précité, met l'accent sur l'équité qu'exige le processus canadien (au par. 124) :

La *Charte* garantit donc le caractère équitable de l'audience relative à l'incarcération. Le pouvoir discrétionnaire du ministre d'extrader le fugitif peut également faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Dans les deux cas, l'art. 7 de la *Charte*, selon lequel il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, sera le plus souvent invoqué. Il est évident que la liberté et la sécurité de la personne d'un fugitif sont en jeu dans une procédure d'extradition. Cette procédure doit donc se dérouler en conformité avec les principes de justice fondamentale

The principles of fundamental justice guaranteed under s. 7 vary according to the context of the proceedings in which they are raised: *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Dynar, supra*. Where the issues before the courts involve a liberty and security interest, s. 7 is engaged and requires that the proceedings be conducted fairly. Accordingly, although the committal hearing is not a trial, it must conform with the principles of procedural fairness that govern all judicial proceedings in this country, particularly those where a liberty or security interest is at stake.

The respondent argues that any concern that the appellants may face unfair proceedings in the United States is a matter for the Minister, not for the extradition judge, whose sole function is to assess the sufficiency of the evidence. True as this may be, it misses the real issue here. The issue at this stage is not whether the appellants will have a fair trial if extradited, but whether they are having a fair extradition hearing in light of the threats and inducements imposed upon them, by those involved in requesting their extradition, to force them to abandon their right to such a hearing. The focus of the fairness issue is thus the hearing in Canada, to which the *Charter* applies, and not the eventual trial in the U.S., which it may be premature to consider pending the Minister's decision on surrender. Conduct by the Requesting State, or by its representatives, agents or officials, which interferes or attempts to interfere with the conduct of judicial proceedings in Canada is a matter that directly concerns the extradition judge.

Section 7 permeates the entire extradition process and is engaged, although for different purposes, at both stages of the proceedings. After committal, if a committal order is issued, the Minister must examine the desirability of surrendering the fugitive in light of many considerations, such as Canada's international obligations under the applicable treaty and principles of comity, but also

Les principes de justice fondamentale que garantit l'art. 7 varient selon le contexte des procédures à l'égard desquelles ils sont invoqués : *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Dynar*, précité. Lorsque le droit à la liberté et à la sécurité de la personne est mis en cause, l'art. 7 s'applique et exige que l'instance soit menée de façon équitable. En conséquence, même si elle ne constitue pas un procès, l'audience relative à l'incarcération doit respecter les principes d'équité procédurale auxquels sont assujetties toutes les procédures judiciaires dans notre pays, en particulier lorsqu'est en cause le droit à la liberté ou à la sécurité de la personne.

L'intimé avance que toute crainte que les appelants subissent un procès inéquitable aux États-Unis est une question qui relève du ministre, et non du juge d'extradition, dont la seule fonction consiste à déterminer si la preuve produite est suffisante. Si exact soit-il, cet argument ne concerne en rien la véritable question à trancher en l'espèce. La question à ce stade n'est pas de savoir si les appelants subiront un procès équitable s'ils sont extradés, mais si l'audience d'extradition est équitable compte tenu des menaces et incitations dont ils font l'objet de la part de ceux qui demandent leur extradition afin qu'ils renoncent à leur droit à une telle audience. La question de l'équité se rapporte donc principalement à l'audience tenue au Canada, à laquelle la *Charte* s'applique, et non à l'éventuel procès des appelants aux É.-U. qu'il est prématuré de considérer avant que le ministre ait pris une décision sur leur extradition. La conduite de l'État requérant, ou de ses représentants, mandataires ou fonctionnaires, qui s'ingèrent ou tentent de s'ingérer dans la conduite de procédures judiciaires au Canada est une question qui intéresse directement le juge d'extradition.

L'article 7 influe sur l'ensemble du processus d'extradition et il entre en jeu, bien que pour des fins distinctes, aux deux étapes des procédures. Après l'incarcération, dans le cas où un mandat de dépôt est délivré, le ministre doit décider s'il est souhaitable d'extrader le fugitif, en tenant compte de nombreuses considérations, dont les obligations internationales du Canada en vertu du traité et des

32

33

34

including the need to respect the fugitive's constitutional rights. At the committal stage, the presiding judge must ensure that the committal order, if it is to issue, is the product of a fair judicial process.

35 The Requesting State is a party to judicial proceedings before a Canadian court and is subject to the application of rules and remedies that serve to control the conduct of parties who turn to the courts for assistance. Even aside from any claim of *Charter* protection, litigants are protected from unfair, abusive proceedings through the doctrine of abuse of process, which bars litigants — and not only the State — from pursuing frivolous or vexatious proceedings, or otherwise abusing the process of the courts.

(ii) The Doctrine of Abuse of Process

36 Although s. 7 of the *Charter* incorporates the abuse of process doctrine, it does not extinguish the common law doctrine, as was recognized by L'Heureux-Dubé J. in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 70:

... I conclude that the only instances in which there may be a need to maintain any type of distinction between the two regimes will be those instances in which the *Charter*, for some reason, does not apply yet where the circumstances nevertheless point to an abuse of the court's process.

37 Canadian courts have an inherent and residual discretion at common law to control their own process and prevent its abuse. The remedy fashioned by the courts in the case of an abuse of process, and the circumstances when recourse to it is appropriate were described by this Court in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59:

The availability of a stay of proceedings to remedy an abuse of process was confirmed by this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. On that occasion the Court stated that the test for abuse of process was that initially formulated by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289. A stay should be granted where "compelling an accused to stand trial

principes de courtoisie applicables, mais également le respect des droits constitutionnels du fugitif. À l'étape de l'incarcération, le juge qui préside l'audience doit veiller à ce que le mandat d'incarcération, s'il en est, soit le produit d'un processus judiciaire équitable.

L'État requérant est partie aux procédures engagées devant un tribunal canadien, et les règles et réparations qui servent à contrôler la conduite des parties qui s'adressent aux tribunaux pour régler leurs différends lui sont applicables. Indépendamment de la protection de la *Charte*, les parties au litige sont protégées contre les procédures inéquitables ou abusives par la règle de l'abus de procédure, qui empêche les parties à un litige — et non seulement l'État — d'instituer des procédures frivoles ou vexatoires ou d'abuser du processus judiciaire de quelque autre façon.

(ii) La règle de l'abus de procédure

Bien que l'art. 7 de la *Charte* incorpore la règle de l'abus de procédure, il n'a pas pour effet d'éliminer cette règle de la common law, comme le reconnaît le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 70 :

... [J]e conclus qu'il n'y a pas lieu de maintenir de distinction entre les deux régimes, sauf, peut-être dans les cas où la *Charte*, pour quelque raison, ne s'appliquerait pas mais que les circonstances, elles, révéleraient un abus de procédure.

Les tribunaux canadiens ont, en vertu de la common law, un pouvoir discrétionnaire inhérent et résiduel de contrôler leur propre procédure et d'empêcher qu'on en abuse. Notre Cour, dans *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, p. 658-659, décrit la réparation conçue par les tribunaux pour les cas d'abus de procédure et les circonstances dans lesquelles il convient de l'accorder :

La possibilité d'avoir recours à une suspension d'instance pour remédier à un abus de procédure a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, dans lequel cette Cour a dit que le critère à appliquer pour déterminer s'il y a eu abus de procédure était celui initialement formulé par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289. Suivant ce critère,

would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency", or where the proceedings are "oppressive or vexatious" ([1985] 2 S.C.R. [128], at pp. 136-37). The Court in *Jewitt* also adopted "the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the 'clearest of cases'" (p. 137).

See also *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 939; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 612-15; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at paras. 52-56; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paras. 20 to 22; and *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at paras. 116 and 118 (*per Bastarache J.*).

When a stay of proceedings is entered in a criminal case for abuse of process, "[t]he prosecution is set aside, not on the merits . . . , but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court": *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667. The remedy is reserved for the clearest of cases and is always better dealt with by the court where the abuse occurs: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

This Court's observation in *Mellino, supra*, that a superior court judge sitting in extradition proceedings has no inherent jurisdiction to stay proceedings based on the common law doctrine of abuse of process must now be interpreted in light of the 1992 amendments to the *Extradition Act*. When *Mellino* was decided, the extradition judge had a narrow role to play and was subject to the supervisory authority of the superior court exercising *habeas corpus* jurisdiction. The jurisdiction to protect against abuse of process rested with the *habeas corpus* judge, as the extradition judge had no inherent jurisdiction either at common law or under the *Charter*: see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. The consolidation of the *habeas corpus* jurisdiction with that of the committal

la suspension d'instance doit être accordée lorsque « forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société » ou lorsqu'il s'agit d'une procédure « oppressive ou vexatoire » ([1985] 2 R.C.S. [128], aux pp. 136 et 137). Dans l'affaire *Jewitt*, cette Cour a en outre adopté « la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les « cas les plus manifestes » » (à la p. 137).

Voir également *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, p. 939; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 612-615; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 52-56; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 20-22; et *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 116 et 118 (le juge Bastarache).

Lorsque l'arrêt des procédures est imposé dans une affaire pénale en raison d'un abus de procédure, « [l]es poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond [. . .], mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal » : *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667. La réparation n'est accordée que dans les cas les plus clairs, et il est toujours préférable qu'elle le soit par le tribunal devant lequel l'abus a lieu : *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

La remarque que notre Cour a faite dans l'arrêt *Mellino*, précité, selon laquelle un juge de cour supérieure siégeant en matière d'extradition n'a pas de compétence inhérente pour ordonner l'arrêt des procédures sur le fondement de la règle de l'abus de procédure en common law doit maintenant être interprétée en fonction des modifications de 1992 à la *Loi sur l'extradition*. À l'époque de l'arrêt *Mellino*, le juge d'extradition avait un rôle restreint et il était assujéti au pouvoir de surveillance de la cour supérieure exerçant sa compétence en matière d'*habeas corpus*. C'était le juge de l'*habeas corpus* qui avait compétence pour protéger les parties au litige contre l'abus de procédure, étant donné que le juge d'extradition n'avait de compétence inhérente ni en vertu de la common

38

39

judge, confirmed in *Kwok*, now vests the authority to apply the doctrine of abuse of process in the committal court.

40 The decision of Hawkins J. granting a stay of proceedings was therefore justified, in my opinion, either as a remedy based on s. 7 of the *Charter* or on the basis of the court's inherent powers at common law to control its own process and prevent its abuse. In this case, the abuse of process was directly and inextricably related to the committal hearing.

(iii) The Need to Wait for an Executive Decision

41 It is possible that, at a later stage, the Minister might have seen fit in this case not to proceed with the surrender, or to do so under certain terms and conditions. Had she not postponed her consideration of the issue when it came before her, the Minister would have had to consider whether it would be appropriate to surrender the appellants to the United States to face trial before a court which had already expressed its intention to apply the maximum sentence against them should they be convicted. This should raise essentially two concerns for the Minister. The first is whether the fugitives will be the subject of a process, in the Requesting State, whereby an important part, the sentencing one, has been prejudged, and whether this raises serious concerns of fairness and due process. The second issue, which the Minister would also have to consider, is whether the reasons expressed for such a pre-determination of the appropriate sentence by the trial judge raise concerns about Canada's obligations under the treaty. The American trial judge has indicated that the harshness of the sentence will be a reflection of the unwillingness of the appellants to waive the process, judicial and executive, put in place under Canadian law, consistent with the terms of the treaty, to determine the appropriate action to be taken by Canada *vis-à-vis* the Requesting State. In such circumstances, a Minister may have concerns about an

law, ni aux termes de la *Charte* : voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. En vertu du transfert de la compétence en matière d'*habeas corpus* au juge d'extradition, comme le confirme l'arrêt connexe *Kwok*, il appartient dorénavant d'appliquer la règle de l'abus de procédure à l'audience d'extradition.

La décision du juge Hawkins d'ordonner l'arrêt des procédures était donc justifiée à mon avis, soit comme réparation fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, soit sur le fondement de son pouvoir inhérent en common law de contrôler sa propre procédure et d'empêcher tout abus. En l'espèce, l'abus de procédure était directement et inextricablement lié à l'audience relative à l'incarcération.

(iii) La nécessité d'attendre la décision du pouvoir exécutif

Il se peut qu'à une étape ultérieure le ministre aurait jugé bon de ne pas extraditer les appelants en l'espèce, ou de les extraditer sous certaines conditions. Si elle n'avait pas reporté son examen de la question, le ministre aurait été tenu de décider s'il convenait d'extraditer les appelants vers les États-Unis afin qu'ils y subissent leur procès devant un tribunal qui avait déjà exprimé son intention de leur imposer la peine maximale s'ils étaient reconnus coupables. Cela devrait susciter essentiellement deux préoccupations chez le ministre. D'abord, il lui faudrait se demander si, dans l'État requérant, les fugitifs feraient face à un processus dont une partie importante — la détermination de la peine — était jugée d'avance, et si cela fait sérieusement douter de l'équité et de l'intégrité du processus. Il lui faudrait se demander ensuite si les raisons exprimées par le juge du procès pour expliquer cette prédétermination de la peine suscitent des réserves au sujet des obligations qui incombent au Canada en vertu du traité. Le juge du procès américain a indiqué que la sévérité de la peine refléterait le refus des appelants de renoncer au processus judiciaire et exécutif établi en droit canadien, conformément aux dispositions du traité, en vue de déterminer les mesures appropriées que le Canada devait prendre à l'égard de l'État requérant. De telles circonstances peuvent susciter chez le ministre des inquiétudes face à une tentative

apparent attempt to interfere with Canada's discharge of its obligations.

As mentioned earlier, the s. 7 issues before the extradition judge are different. His or her concern is not principally whether the appellants will face a possibly unfair trial, or an unfair sentencing hearing in the United States, or whether, if convicted and sentenced to imprisonment, they will be subjected to sexual violence as predicted, indeed as prescribed, by the attorney prosecuting the case against them. These concerns are for the most part premature at the committal stage as they engage the consideration of issues involving other constitutional rights, such as ss. 6 and 12, which must await consideration by the Minister, and by the courts upon judicial review of that executive decision. The s. 7 issue before the extradition judge is whether the extrajudicial conduct and pronouncements of a party to the proceedings, or of those associated with that party, disentitle that party from the judicial assistance that it is seeking and whether it would violate the principles of fundamental justice to commit the fugitives for surrender to the Requesting State.

In my opinion, Hawkins J. was correct in deciding in this case that the matter before him should be stayed for abuse of process. The statements made by the American judge and the U.S. attorney may properly be visited upon the Requesting State itself, who was a party before the court. This is particularly so since the U.S. attorney who made the impugned statements was the prosecutor who had carriage of the case and also the principal affiant before the extradition judge in support of the case for the United States. Both statements, or at the very least the prosecutor's statement, were an attempt to influence the unfolding of the Canadian judicial proceedings by putting undue pressure on the appellants to desist from their objections to the extradition request. The pressures were not only inappropriate but also, in the case of the statements made by the prosecutor on the eve of the opening of the judicial hearing in Canada, unequivocally amounted to an abuse of the process of the court.

apparente de s'ingérer dans les mesures mises en œuvre par le Canada pour remplir ses obligations.

Comme je l'ai déjà mentionné, les questions fondées sur l'art. 7 dont est saisi le juge d'extradition sont de nature différente. Son principal souci n'est pas de savoir si les appelants subiraient aux États-Unis un procès inéquitable ou une détermination inéquitable de la peine, ou si, dans le cas où ils seraient reconnus coupables et condamnés à emprisonnement, ils feraient l'objet de violence sexuelle comme l'avait prédit et même prescrit le procureur de la poursuite. Ces questions sont en grande partie prématurées à l'étape de l'incarcération, car elles font intervenir des considérations relatives à d'autres droits constitutionnels, tels les droits garantis par les art. 6 et 12, qui doivent être examinées d'abord par le ministre puis par les tribunaux en cas de demande de contrôle judiciaire de la décision ministérielle. Le juge d'extradition doit déterminer, en vertu de l'art. 7, si la conduite et les déclarations extrajudiciaires d'une partie à l'instance, ou de personnes associées à celle-ci, font perdre à cette partie le droit à l'aide recherchée auprès des tribunaux et s'il serait contraire aux principes de justice fondamentale d'incarcérer les fugitifs en vue de les livrer à l'État requérant.

À mon avis, le juge Hawkins a eu raison de conclure en l'espèce qu'il devait ordonner l'arrêt des procédures en raison d'un abus de procédure. Les déclarations du juge et du procureur américains peuvent à bon droit être opposées à l'État requérant lui-même, qui était partie aux procédures, d'autant plus que le procureur américain qui a fait les déclarations reprochées était le procureur chargé de l'affaire et le principal dépositaire en faveur de la demande des États-Unis devant le juge d'extradition. Les deux déclarations, ou à tout le moins celle du procureur, visaient à influencer sur le déroulement des procédures judiciaires canadiennes en exerçant des pressions sur les appelants afin qu'ils renoncent à s'opposer à la demande d'extradition. Non seulement les pressions étaient-elles indues mais, dans le cas des déclarations faites par le procureur de la poursuite à la veille de l'ouverture de l'audience judiciaire au Canada, elles constituaient sans l'ombre d'un

We do not condone the threat of sexual violence as a means for one party before the court to persuade any opponent to abandon his or her right to a hearing. Nor should we expect litigants to overcome well-founded fears of violent reprisals in order to be participants in a judicial process. Aside from such intimidation itself, it is plain that a committal order requiring a fugitive to return to face such an ominous climate — which was created by those who would play a large, if not decisive role in determining the fugitive's ultimate fate — would not be consistent with the principles of fundamental justice.

44 These concerns, and the remedies to which they give rise, properly belong to the judicial phase of the extradition process as they are not dependent on the ultimate outcome of either the committal or the surrender decision. Nothing the Minister could have done would address the unfairness which would taint a committal order obtained under the present circumstances. The Minister is not the guardian of the integrity of the courts. It is for the courts themselves to guard and preserve their integrity. This is therefore not a case that must await the executive decision. The violations of the appellants' rights occurred at the judicial stage of the process and call for redress at that stage and in that forum.

45 Under the *Extradition Act*, the Requesting State must come before the courts in Canada to show that it has a case against the fugitive that entitles it to proceed to request a surrender order from the Minister. That judicial phase is mandatory unless the fugitive consents to being committed. In the course of that process, the Requesting State is governed by the rules of fundamental justice that prevail when liberty interests are at stake, and by the doctrine of abuse of process that governs the conduct of all litigants before Canadian courts.

46 The respondent also argued that the concerns raised by the appellants could and should have been left to the Minister to address because more

doute un abus de la procédure de la cour. Nous ne pouvons tolérer qu'une partie aux procédures se serve de la menace de violence sexuelle pour convaincre une partie adverse de renoncer à son droit d'être entendue. Par ailleurs, nous ne nous attendons pas non plus à ce que des parties à un litige surmontent la crainte légitime de représailles violentes afin de prendre part à un processus judiciaire. Indépendamment de l'intimidation elle-même, il est évident qu'une ordonnance d'incarcération exigeant le retour d'un fugitif pour faire face à un climat si hostile — créé par ceux qui joueraient un rôle important, voire décisif, dans la détermination du sort ultime du fugitif — ne serait pas compatible avec les principes de justice fondamentale.

Il convient de traiter de ces considérations, et des réparations auxquelles elles donnent lieu, à l'étape judiciaire du processus d'extradition, étant donné qu'elles ne dépendent ni de la décision en matière d'incarcération ni de la décision en matière d'extradition. Le ministre ne pouvait rien faire pour remédier à l'inéquité qui entacherait un mandat d'incarcération obtenu dans les présentes circonstances. Le ministre n'est pas chargé de protéger l'intégrité des tribunaux. Il revient aux tribunaux eux-mêmes de protéger et préserver leur intégrité. Il ne s'agit donc pas d'un cas où il convient d'attendre que le pouvoir exécutif rende sa décision. Les violations des droits des appelants ont eu lieu à l'étape judiciaire du processus et exigent une réparation à cette étape.

En vertu de la *Loi sur l'extradition*, l'État requérant doit établir devant un tribunal canadien qu'il est fondé à poursuivre le fugitif et donc qu'il est en droit d'en demander l'extradition au ministre. Cette étape judiciaire est obligatoire, à moins que le fugitif ne consente à être incarcéré. Au cours de ce processus, l'État requérant est assujéti aux règles de la justice fondamentale qui interviennent dès qu'un droit à la liberté est en cause, de même qu'à la règle de l'abus de procédure qui s'applique à toutes les parties devant les tribunaux canadiens.

L'intimé soutient également qu'on pouvait et devait laisser au ministre le soin de traiter des considérations soulevées par les appelants, vu qu'il

appropriate remedies were available at that level. For example, it is argued that the Minister could seek assurances that the appellants will be fairly treated in the United States. In *United States of Mexico v. Hurley* (1997), 116 C.C.C. (3d) 414 (Ont. C.A.), the fugitive applied for judicial review of the Minister's decision to extradite him on the basis that he feared persecution because of his sexual orientation. The Court of Appeal acknowledged that there was a "hostile climate towards homosexuals in Mexico" (p. 422), but the Minister had sought and was given assurances by the Requesting State concerning the conditions of Hurley's future incarceration. In the end, the court deferred to the Minister's decision to extradite.

The respondent relies on La Forest J.'s statement in *Mellino*, at p. 558, to argue that Hawkins J. was wrong in pre-empting the Minister's surrender decision:

... a court must firmly keep in mind that it is in the executive that the discretion to surrender a fugitive is vested. Consequently, barring obvious or urgent circumstances, the executive should not be pre-empted. In cases where the feared wrong may be avoided by interstate arrangements, it may be doubted that the courts should ordinarily intervene before the executive has made an order of surrender.

The respondent takes the position that the circumstances of the case under consideration were neither obvious nor urgent. It is submitted that the impugned comments will not necessarily be acted upon and that, in any event, the Minister may fully address the situation by requesting that another judge and prosecutor take carriage of the matter.

As I indicated before, the existence of potential remedies at the executive stage does not oust the jurisdiction of the courts to control their own process in cases such as here, where the courts are required to preserve the integrity of their own proceedings. For example, if the impugned statements at issue here had been uttered after the committal order, and any appeal therefrom, the appellants might have been left to raise their concerns with

pouvait accorder des réparations plus appropriées. Par exemple, il fait valoir que le ministre pouvait chercher à obtenir l'assurance que les appelants seraient traités équitablement aux États-Unis. Dans l'affaire *United States of Mexico c. Hurley* (1997), 116 C.C.C. (3d) 414 (C.A. Ont.), le fugitif demandait le contrôle judiciaire de la décision du ministre de l'extrader, au motif qu'il craignait d'être persécuté en raison de son orientation sexuelle. La Cour d'appel a reconnu qu'il existait [TRADUCTION] « une attitude hostile à l'égard des homosexuels au Mexique » (p. 422), mais que le ministre avait demandé et obtenu des assurances de la part de l'État requérant concernant les conditions dans lesquelles Hurley serait incarcéré. En fin de compte, la cour s'en est remise à la décision du ministre d'extrader le fugitif.

L'intimé citant le juge La Forest dans l'arrêt *Mellino*, p. 558, avance que le juge Hawkins a eu tort de devancer la décision du ministre sur l'extradition des appelants :

... un tribunal [. . .] doit bien garder à l'esprit que c'est l'exécutif qui se trouve investi du pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif. Par conséquent, à moins de circonstances criantes ou urgentes, il ne faut pas empêcher l'exécutif d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Dans des cas où le tort appréhendé peut être évité au moyen d'accords internationaux, il est douteux que les tribunaux doivent normalement intervenir avant que l'exécutif n'ait ordonné l'extradition.

L'intimé soutient que les circonstances de la présente affaire n'étaient ni criantes, ni urgentes. Il fait valoir que les remarques contestées ne seront pas nécessairement mises à exécution et que, de toute façon, le ministre peut pleinement remédier à la situation en exigeant qu'un autre juge et un autre procureur soient chargés de cette affaire.

Comme je l'ai déjà indiqué, le fait que des réparations puissent être accordées à l'étape de l'exercice du pouvoir exécutif ne prive pas les tribunaux de leur pouvoir de contrôler leur propre procédure dans des cas comme en l'espèce, où ils doivent préserver l'intégrité de leurs propres procédures. Par exemple, si les déclarations en cause avaient été faites après la délivrance d'un mandat d'incarcération des appelants et après tout appel de cette

47

48

the Minister, who might have considered the appropriateness of a response ranging from refusing to surrender, to seeking the types of assurances that may alleviate legitimate concerns with the fairness of the foreign process.

49 It has also been argued that the impugned comments were not uttered by Canadian actors and therefore do not, in and of themselves, engage the *Charter*. This, in my view, mischaracterizes the issue. The present appeal is not a case of “foreign” conduct, which may not attract *Charter* scrutiny, but it is conduct attributable to a litigant before a Canadian court. This is sufficient to trigger the application, if not of s. 7 of the *Charter*, then of the common law doctrine of abuse of process, which, in the circumstances, rests on the same principles and calls for the same remedies: see *O’Connor, supra*. It is therefore unnecessary to decide whether the presence of the Attorney General of Canada exercising a statutory function on behalf of the United States, such as appearing before a Canadian court on behalf of the United States in a Canadian proceeding pursuant to the *Extradition Act*, would be sufficient to trigger the *Charter* protection requested here. Suffice it to say that pursuant to governmental agreements and arrangements, Canadian government officials acted as counsel and agent for a party litigant who attempted to dissuade Canadian citizens from asserting their liberty rights before a Canadian court.

50 Finally, the respondent argues that the impugned comments could not have been meant to intimidate the appellants into abandoning their right to resist extradition since the appellants were not in fact dissuaded from availing themselves of their procedural rights, as evidenced by their appeal before this Court. I find no merit to this argument. It may very well be that the threats of the severe and illegal consequences that may follow their resistance to extradition have made the appellants more, not less, determined to resist their surrender. Frankly, this would have been quite understandable. The abuse of process here consists in the attempt to

décision, les appelants auraient pu s’adresser au ministre qui aurait pu examiner la réponse à donner, allant du refus d’extrader à la demande d’assurances permettant d’écarter des craintes légitimes au sujet de l’équité des procédures étrangères.

On a également soutenu que les remarques reprochées n’avaient pas été faites par des acteurs canadiens et que, partant, elles ne faisaient pas elles-mêmes intervenir la *Charte*. Cela, à mon avis, dénature la question en litige. En effet, le présent pourvoi ne porte pas sur la conduite d’acteurs « étrangers », qui ne déclencherait pas un examen fondé sur la *Charte*, mais sur une conduite imputable à une partie devant un tribunal canadien. Cela suffit pour appliquer l’art. 7 de la *Charte* ou, à défaut, la règle de l’abus de procédure en common law qui, dans les circonstances, repose sur les mêmes principes et donne lieu aux mêmes réparations : voir *O’Connor, précité*. Il est donc inutile de décider si la présence du procureur général du Canada exerçant une fonction prévue par la loi pour le compte des États-Unis, en comparaisant devant un tribunal canadien pour le compte des États-Unis dans le cadre d’une instance canadienne aux termes de la *Loi sur l’extradition*, suffit pour donner lieu à la protection de la *Charte* revendiquée en l’espèce. Je me contenterai de dire que conformément à des ententes et accords gouvernementaux, des représentants du gouvernement canadien ont agi en tant qu’avocats et mandataires d’une partie plaidante qui a tenté de dissuader des citoyens canadiens de faire valoir leurs droits à la liberté devant un tribunal canadien.

Enfin, l’intimé prétend que les remarques contestées ne pouvaient viser à intimider les appelants pour qu’ils renoncent à leur droit de s’opposer à leur extradition puisqu’en fait les appelants n’ont pas été dissuadés de se prévaloir de leurs droits procéduraux, comme en fait foi leur pourvoi devant notre Cour. Cet argument est mal fondé. Il se peut fort bien que les menaces de conséquences graves et illégales susceptibles de découler de leur résistance à l’extradition aient plus encore incité les appelants à s’opposer à leur extradition. J’estime sincèrement que ce serait très compréhensible. L’abus de procédure en l’espèce consiste en

interfere with the due process of the court. The success or failure of that interference is immaterial.

VII. Conclusion and Disposition

I would answer the issue posed in this appeal in the affirmative. The Court of Appeal for Ontario erred in finding that the considerations relating to s. 7 of the *Charter* were not engaged at the committal stage of the extradition proceedings.

By placing undue pressure on Canadian citizens to forego due legal process in Canada, the foreign State has disintitiled itself from pursuing its recourse before the courts and attempting to show why extradition should legally proceed. The intimidation bore directly upon the very proceedings before the extradition judge, thus engaging the appellants' right to fundamental justice at common law, under the doctrine of abuse of process, and as also reflected in s. 7 of the *Charter*. The extradition judge did not need to await a ministerial decision in the circumstances, as the breach of the principles of fundamental justice was directly and inextricably tied to the committal hearing.

In my view, the extradition judge had the jurisdiction to control the integrity of the proceedings before him, and to grant a remedy, both at common law and under the *Charter*, for abuse of process. He was also correct in concluding as he did that this was one of the clearest of cases where to proceed further with the extradition hearing would violate "those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency" (*Keyowski, supra*, at pp. 658-59), since the Requesting State in the proceedings, represented by the Attorney General of Canada, had not repudiated the statements of some of its officials that an unconscionable price would be paid by the appellants for having insisted on exercising their rights under Canadian law.

une tentative de faire obstacle à l'équité procédurale devant les tribunaux. Le fait que cette tentative ait réussi ou qu'elle ait échoué n'a aucune importance.

VII. Conclusion et dispositif

Je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la question soulevée dans le présent pourvoi. La Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en concluant que l'étape de l'incarcération dans les procédures d'extradition ne faisait pas intervenir de considérations liées à l'art. 7 de la *Charte*.

En exerçant indûment des pressions sur des citoyens canadiens afin qu'ils renoncent à l'application régulière de la loi au Canada, l'État étranger a perdu son droit de tenter d'établir devant les tribunaux pourquoi l'extradition devrait légalement avoir lieu. L'intimidation influait directement sur les procédures engagées devant le juge d'extradition, faisant ainsi intervenir le droit des appelants à la justice fondamentale en vertu de la common law, en application de la règle de l'abus de procédure, un droit qui se reflète également à l'art. 7 de la *Charte*. Le juge d'extradition n'était pas tenu d'attendre que le ministre prenne sa décision dans les circonstances, étant donné que l'atteinte aux principes de justice fondamentale était directement et inextricablement liée à l'audience relative à l'incarcération.

À mon avis, le juge d'extradition avait compétence pour contrôler l'intégrité des procédures engagées devant lui et accorder une réparation, tant en vertu de la common law que de la *Charte*, par suite d'un abus de procédure. Il a également eu raison de conclure qu'il s'agissait de l'un des cas les plus clairs où la poursuite de l'audience d'extradition violerait « les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société » (*Keyowski, précité*, p. 658), étant donné que l'État requérant dans les procédures, représenté par le procureur général du Canada, n'a pas répudié les déclarations de certains de ses fonctionnaires selon lesquelles les appelants paieraient un prix inique pour avoir voulu exercer les droits que leur confère le droit canadien.

51

52

53

54

Accordingly I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal for Ontario and reinstate the order of Hawkins J. staying the extradition proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant Harry Cobb: Stern & Landesman, Toronto.

Solicitors for the appellant Allen Grossman: Greenspan, Humphrey, Lavine, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Toronto.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario, et de rétablir l'ordonnance dans laquelle le juge Hawkins a prononcé l'arrêt des procédures d'extradition.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant Harry Cobb : Stern & Landesman, Toronto.

Procureurs de l'appelant Allen Grossman : Greenspan, Humphrey, Lavine, Toronto.

Procureur de l'intimé : Le ministère de la Justice, Toronto.

James Tsioubris *Appellant*

v.

United States of America *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. TSIIOUBRIS

Neutral citation: 2001 SCC 20.

File No.: 27774.

2000: March 24; 2001: April 5.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Remedies — Extradition — Whether considerations relating to fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Whether extradition judge had jurisdiction to entertain considerations relating to fundamental justice at committal stage of extradition process and to remedy breach of fundamental justice by granting stay of proceedings — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Abuse of process — Whether doctrine of abuse of process can be invoked at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay.

The facts and issues raised in this appeal are identical to those of the companion case *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19. The appellant is a Canadian citizen resisting extradition to the

James Tsioubris *Appellant*

c.

États-Unis d'Amérique *Intimé*

RÉPERTORIÉ : ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. TSIIOUBRIS

Référence neutre : 2001 CSC 20.

N° du greffe : 27774.

2000 : 24 mars; 2001 : 5 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Réparations — Extradition — Les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — Le juge d'extradition avait-il compétence pour examiner des considérations de justice fondamentale à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition et pour remédier à l'atteinte à la justice fondamentale par l'arrêt des procédures? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Abus de procédure — Peut-on invoquer la règle de l'abus de procédure à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures?

Les faits et questions en litige sont identiques à ceux de l'arrêt connexe *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19. L'appelant est un citoyen canadien qui conteste son extradition aux États-

U.S. on charges of fraud and conspiracy to commit fraud. The extradition judge concluded that the U.S. had presented a *prima facie* case against the appellant, but granted a stay of proceedings on the basis of statements made by the American judge and prosecuting attorney assigned to the case. The Court of Appeal set aside the stay and remitted the matter to the extradition judge for the formal issuance of a warrant of committal.

Held: The appeal should be allowed.

For the reasons given in *Cobb*, the order staying the extradition proceedings should be reinstated.

Cases Cited

Followed: *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19; **referred to:** *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18; *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 139 C.C.C. (3d) 283 (*sub nom. United States of America v. Cobb*), 125 O.A.C. 122, allowing the respondent's appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1997), 11 C.R. (5th) 310, granting a stay of proceedings. Appeal allowed.

James Stribopoulos and Paul Cooper, for the appellant.

David Littlefield and Kevin Wilson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 ARBOUR J. — This appeal was heard together with *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18, *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19, and *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21, all released concurrently. The appellant is a Canadian citizen resisting extradition to the United States of America on charges of fraud and conspiracy to commit fraud.

Unis, où il est accusé de fraude et de complot de fraude. Le juge d'extradition conclut que les États-Unis ont établi *prima facie* le bien-fondé de la demande d'extradition de l'appelant, mais il ordonne l'arrêt des procédures en raison de déclarations faites par le juge et le procureur américains. La Cour d'appel annule l'arrêt des procédures et renvoie l'affaire au juge d'extradition afin qu'il délivre un mandat d'incarcération.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Pour les motifs de l'arrêt *Cobb*, l'ordonnance prononçant l'arrêt des procédures d'extradition doit être rétablie.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19; **arrêts mentionnés :** *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 139 C.C.C. (3d) 283 (*sub nom. États-Unis d'Amérique c. Cobb*), 125 O.A.C. 122, qui a accueilli l'appel de l'intimé contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1997), 11 C.R. (5th) 310, accordant un arrêt des procédures. Pourvoi accueilli.

James Stribopoulos et Paul Cooper, pour l'appelant.

David Littlefield et Kevin Wilson, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR — Le présent pourvoi a été entendu conjointement avec trois autres pourvois dans lesquels nous rendons nos décisions simultanément : *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18, *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19, et *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21. L'appelant est un citoyen canadien qui conteste son extradition aux États-Unis, où il est accusé de fraude et de complot en vue de commettre une fraude.

I have set out the facts of this appeal in the companion case of *Cobb*. The appellant, James Tsioubris, was one of the several individuals accused of mail and wire fraud in a Pennsylvania indictment. His extradition in connection with those charges was sought in the same Diplomatic Note which sought the extradition of Cobb and Grossman and his extradition hearing and appeal to the Ontario Court of Appeal were joined with theirs. Although Tsioubris did not seek leave to appeal to this Court at the same time as the other two, the grounds for his appeal are essentially the same.

Consequently, for the reasons given in *Cobb*, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal for Ontario and reinstate the order of Hawkins J. staying the extradition proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Fleming, Breen, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Toronto.

J'ai énoncé les faits du présent pourvoi dans l'affaire connexe *Cobb*. L'appellant, James Tsioubris, était l'une des personnes accusées de fraude postale et téléphonique dans un acte d'accusation de la Pennsylvanie. Son extradition a été sollicitée dans la même note diplomatique que celle de Cobb et de Grossman, et son audience d'extradition ainsi que son appel auprès de la Cour d'appel de l'Ontario ont été joints aux leurs. Même si Tsioubris n'a pas demandé l'autorisation d'interjeter appel devant notre Cour en même temps que les deux autres, ses moyens d'appel sont essentiellement les mêmes.

En conséquence, pour les motifs de l'arrêt connexe *Cobb*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir l'ordonnance du juge Hawkins prononçant l'arrêt des procédures d'extradition.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Fleming, Breen, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le ministère de la Justice, Toronto.

2

3

Howard Shulman *Appellant*

v.

United States of America *Respondent*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v. SHULMAN

Neutral citation: 2001 SCC 21.

File No.: 26912.

2000: March 24; 2001: April 5.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to remain in Canada — Extradition — Whether mobility rights engaged at committal stage of extradition process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Whether considerations relating to fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Extradition — Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Whether mobility rights and considerations of fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Whether extradition judge competent to grant Charter remedies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6, 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

Extradition — Extradition process — Remedies — Charter jurisdiction — Abuse of process — Role of appellate courts.

Extradition — Evidence — Fresh evidence — Fugitive seeking to adduce fresh evidence in Court of Appeal — Evidence including threats uttered by U.S. prosecutor — Whether Court of Appeal erred in dismissing fugitive's motion to adduce fresh evidence — Whether fresh

Howard Shulman *Appelant*

c.

États-Unis d'Amérique *Intimé*

RÉPERTORIÉ : ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. SHULMAN

Référence neutre : 2001 CSC 21.

N° du greffe : 26912.

2000 : 24 mars; 2001 : 5 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation — Droit de demeurer au Canada — Extradition — La liberté de circulation entre-t-elle en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Extradition — Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — La liberté de circulation et d'établissement et les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition a-t-il compétence pour accorder des réparations fondées sur la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6, 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

Extradition — Processus d'extradition — Réparations — Compétence relative à la Charte — Abus de procédures — Rôle des cours d'appel.

Extradition — Preuve — Nouvelle preuve — Un fugitif cherche à produire une nouvelle preuve en Cour d'appel — La preuve comprend des menaces proférées par le procureur de la poursuite américain — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant

evidence revealed abuse of process — If so, whether stay of proceedings should be granted.

Extradition — Evidence — Admissibility — Affidavit evidence referring to fugitive's allegedly unlawful activities provided by alleged co-conspirators — Alleged co-conspirators awaiting sentence when affidavit material prepared and sworn — Fugitive claiming that co-conspirators' evidence infringed principles of fundamental justice and constituted abuse of process — Whether extradition judge and Court of Appeal correct in refusing to exclude affidavit evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24.

Along with several other individuals, the appellant, who is a Canadian citizen, allegedly defrauded American residents through a telemarketing scheme executed from Canada. The U.S. requested the appellant's extradition on charges of fraud and conspiracy to commit fraud. The affidavit evidence referring directly to the appellant's allegedly unlawful activities was provided by alleged co-conspirators who had pleaded guilty in the U.S. but had not been sentenced at the time the affidavits were sworn. At his extradition hearing, the appellant claimed that his rights under ss. 6 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated by the extradition proceedings and sought additional disclosure. His claim was denied and he was committed for surrender to the U.S. On appeal against committal, the appellant sought to adduce fresh evidence consisting of threatening statements made by the American judge and prosecuting attorney with carriage of the matter in the U.S. First, as he was sentencing a co-conspirator in the scheme, the American judge assigned to his trial commented that those fugitives who did not cooperate would get the "absolute maximum jail sentence". Second, the prosecuting attorney hinted during a television interview that uncooperative fugitives would be subject to homosexual rape in prison. The Court of Appeal dismissed both the motion to adduce fresh evidence and the appeal against committal.

Held: The appeal should be allowed.

The *Charter* jurisdiction of the committal court must be assessed in light of that court's limited function under the *Extradition Act*. The extradition judge is competent to grant *Charter* remedies, including a stay of proceedings, on the basis of a *Charter* violation but only

d'admettre la nouvelle preuve? — La nouvelle preuve révèle-t-elle un abus des procédures? — Si oui, faut-il ordonner l'arrêt des procédures?

Extradition — Preuve — Admissibilité — La preuve par affidavit portant sur les activités illégales reprochées au fugitif provient de présumés complices — La peine des présumés complices n'est pas encore déterminée au moment de la préparation sous serment de leurs affidavits — Le fugitif soutient que le recours à la preuve fournie par les complices présumés contrevient aux principes de justice fondamentale et constitue un abus des procédures — Le juge d'extradition et la Cour d'appel ont-ils eu raison de refuser d'exclure la preuve par affidavit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24.

Comme à plusieurs autres individus, on reproche à l'appellant, un citoyen canadien, d'avoir fraudé des résidents américains dans des activités de télémarketing menées au Canada. Les États-Unis demandent son extradition sur des accusations de fraude et de complot de fraude. La preuve par affidavit portant directement sur les activités illégales reprochées à l'appellant provenait de présumés complices qui avaient plaidé coupable aux États-Unis mais dont la peine n'avait pas encore été déterminée au moment de la préparation sous serment de leurs affidavits. À son audience d'extradition, l'appellant a soutenu que les procédures d'extradition ont porté atteinte à ses droits garantis par les art. 6 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il a cherché à obtenir des communications additionnelles. Sa demande a été rejetée et on a ordonné son incarcération en vue de son extradition vers les États-Unis. En appel de son incarcération, l'appellant a cherché à produire comme preuve nouvelle les menaces proférées par le juge américain et le procureur chargé de l'affaire aux États-Unis. Premièrement, alors qu'il procédait à la détermination de la peine de l'un des présumés complices, le juge américain a affirmé que les fugitifs qui ne collaboraient pas recevraient « la peine d'emprisonnement la plus sévère ». Deuxièmement, le procureur a laissé entendre, dans une entrevue télévisée, que les fugitifs qui ne collaboraient pas seraient soumis au viol homosexuel en prison. La Cour d'appel a rejeté tant la requête en production de la preuve nouvelle que l'appel de l'incarcération.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La compétence du juge d'extradition relativement à la *Charte* doit être évaluée par rapport aux fonctions limitées qu'il exerce en vertu de la *Loi sur l'extradition*. Le juge d'extradition est habilité à accorder des réparations fondées sur la *Charte* — y compris l'arrêt des procé-

insofar as the *Charter* breach pertains directly to the circumscribed issues relevant at the committal hearing. The committal hearing aims to determine whether the foreign authority has put forward sufficient admissible evidence to make out a *prima facie* case against the fugitive.

A fugitive's right to remain in Canada is not engaged at the committal stage in and of itself and arises only with the Minister's decision to surrender and upon judicial review of that decision. There was no obligation, in this case, to admit at the committal hearing evidence that may subsequently be relevant to s. 6 issues. The appellant's s. 6 rights were not infringed.

Conversely, s. 7 of the *Charter* permeates the entire extradition process and is engaged, although for different purposes, at both the committal and the surrender stages of the process. Both s. 7 of the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process require that the judicial phase of extradition proceedings be conducted in accordance with the procedural fairness which is part of the principles of fundamental justice. Here, the appellant received a fair extradition hearing. He was not subjected to undue pressure by American officials before or during his committal hearing because he was not aware of the American judge's statement and the prosecuting attorney's threat had not yet been uttered. As the comments could not in any way have had any impact on the fairness of the committal hearing, and thus the appellant's s. 7 rights were not infringed at that stage, the extradition judge was correct in denying the appellant's application for a stay of proceedings.

As a result of the 1992 amendments to the *Extradition Act*, the role of the provincial court of appeal has been significantly expanded, particularly with regard to alleged violations of constitutional rights. In the case of *Charter* issues arising at the ministerial stage, such as s. 6 issues, the court of appeal is now the original judicial forum in which they can be raised, leading the appellate courts to receive evidence relevant to the *Charter* challenges that neither the extradition judge nor the Minister had any obligation to receive. In addition, like all courts, the courts of appeal have an implied jurisdiction to control their own process, including through the doctrine of abuse of process.

dures — pour une atteinte à la *Charte*, mais seulement dans la mesure où cette atteinte est directement liée aux questions circonscrites auxquelles se limite l'audience d'incarcération. Cette audience vise à déterminer si l'autorité étrangère a présenté suffisamment d'éléments de preuve admissibles pour établir, *prima facie* une cause d'action contre le fugitif.

Le droit d'un fugitif de demeurer au Canada n'entre pas en jeu au stade de l'incarcération et ne se pose que lorsque le ministre décide d'extrader, et dans le cadre du contrôle judiciaire de cette décision. Il n'existe aucune obligation en l'espèce d'admettre, à l'audience d'incarcération, des preuves qui pourraient subséquemment être pertinentes relativement à l'art. 6. Il n'a pas été porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 6.

Inversement, l'art. 7 de la *Charte* influe sur le processus d'extradition tout entier et entre en jeu, quoiqu'à des fins différentes, tant au stade de l'incarcération qu'à celui de la remise du fugitif. L'article 7 de la *Charte* et la règle de l'abus de procédures en common law exigent tous deux que l'étape judiciaire des procédures d'extradition soit menée en conformité avec l'équité procédurale, qui compte parmi les principes de justice fondamentale. En l'espèce, l'audience d'extradition de l'appelant a été équitable. L'appelant n'a pas subi de pression excessive de la part des autorités américaines avant ou pendant l'audience relative à son incarcération parce qu'il n'avait pas eu connaissance de la déclaration du juge américain et que le procureur américain n'avait pas encore proféré ses menaces. Vu que les commentaires ne pouvaient en aucune manière avoir eu une incidence sur l'équité de l'audience d'incarcération, et que les droits de l'appelant protégés par l'art. 7 n'ont pas été violés à ce stade, le juge d'extradition a eu raison de rejeter la demande d'arrêt des procédures de l'appelant.

Par suite des modifications apportées en 1992 à la *Loi sur l'extradition*, le rôle de la cour d'appel provinciale s'est élargi de façon importante, particulièrement en ce qui a trait aux allégations d'atteintes aux droits constitutionnels. La cour d'appel est maintenant le premier niveau d'instance judiciaire pour les questions touchant la *Charte* soulevées à l'étape ministérielle, comme les questions relatives à l'art. 6, ce qui lui permet d'examiner des éléments de preuve concernant les contestations relatives à la *Charte* que ni le juge d'extradition ni le ministre n'ont l'obligation d'examiner. En outre, comme toutes les cours, la cour d'appel a une compétence implicite sur ses propres procédures, y compris l'application de la règle de l'abus de procédures.

The Court of Appeal erred in declining to receive the fresh evidence. The prosecuting attorney's televised statement was a shocking use of threats by an American official attempting to induce Canadian citizens to renounce the exercise of their lawful access to courts in Canada in order to resist a U.S. extradition request. The statement is properly attributed to the Requesting State. The fresh evidence was tendered in the Court of Appeal for the purpose of invoking the jurisdiction of that court to control its own process, as a basis for requesting an original remedy in the court of appeal. In these circumstances, the evidence must be relevant to the remedy sought before the Court of Appeal. It must be credible and sufficient, if uncontradicted, to justify the court making the order. Here, the evidence tendered by the appellant met the criteria and the Court of Appeal should have received it and should have considered whether that evidence revealed an abuse of process which possibly tainted, if not the committal hearing itself, the legitimate appeal from it. Standing alone, the statements of the prosecutor constitute a sufficient basis upon which to stay the proceedings.

The appellant's arguments on the disclosure issues have no merit. As for the use of evidence provided by alleged co-conspirators, the extradition judge and the Court of Appeal were correct in refusing to exclude this evidence. The fact that the co-conspirators were awaiting sentence at the time of their evidence goes to weight, not admissibility. Weighing the evidence or assessing credibility is not part of the extradition judge's jurisdiction and it is not for that judge to assume responsibility over the actions of foreign officials in preparing evidence.

Cases Cited

Followed: *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18, aff'g (1998), 127 C.C.C. (3d) 353; *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19; **applied:** *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501; *R. v. Lévesque*, [2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; **referred to:** *United States of America v. Tsioubris*, [2001] 1 S.C.R. 613, 2001 SCC 20; *Shulman v. Canada (Minister of Justice)* (2000), 146 C.C.C. (3d)

La Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'admettre la preuve nouvelle. La déclaration télévisée du procureur constitue un recours scandaleux à des menaces, par un représentant de l'État américain, pour tenter d'inciter des citoyens canadiens à renoncer à l'exercice légitime de leur droit de se faire entendre devant des tribunaux canadiens pour s'opposer à une demande d'extradition provenant des États-Unis. On peut à bon droit attribuer la déclaration à l'État requérant. La preuve nouvelle a été produite en cour d'appel pour invoquer la compétence de cette cour pour contrôler ses propres procédures, afin d'étayer une demande de réparation dans le cadre de l'instance d'appel. Dans ces circonstances, la preuve doit être pertinente quant à la réparation sollicitée auprès de la cour d'appel. Elle doit être plausible et, si elle n'est pas contestée, suffisamment probante pour justifier une ordonnance de la cour. En l'espèce, la preuve produite par l'appellant satisfaisait aux critères et la cour d'appel aurait dû l'admettre et examiner si elle révélait un abus des procédures qui pourrait avoir vicié, sinon l'audience d'incarcération, le processus légitime d'appel de l'incarcération. Prises séparément, les déclarations du procureur constituent un motif suffisant pour justifier l'arrêt des procédures.

Les arguments de l'appellant sur la question de la communication de la preuve sont dénués de fondement. Quant à l'utilisation de la preuve fournie par les présumés complices, le juge d'extradition et la Cour d'appel ont eu raison de refuser de l'exclure. Le fait que les présumés complices attendaient de recevoir leur peine au moment de leur déposition est pertinent quant à la force probante, et non quant à l'admissibilité. La pondération de la preuve et l'évaluation de la crédibilité ne relèvent pas de la compétence du juge d'extradition et il ne lui est pas loisible de se prononcer sur la conduite des représentants étrangers dans la préparation des éléments de preuve.

Jurisprudence

Arrêts suivis : *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18, conf. (1998), 127 C.C.C. (3d) 353; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19; **arrêts appliqués :** *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501; *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, 2000 CSC 47; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; **arrêts mentionnés :** *États-Unis d'Amérique c. Tsioubris*, [2001] 1 R.C.S. 613, 2001 CSC 20; *Shulman c. Canada (Minister of Justice)*

182; *United States of America v. Houslander* (1993), 13 O.R. (3d) 44; *Pacificador v. Philippines (Republic of)* (1993), 83 C.C.C. (3d) 210; *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188, leave to appeal refused, [1992] 2 S.C.R. ix; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. W. (W.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *R. v. Williams* (1974), 21 C.C.C. (2d) 1, leave to appeal refused, [1974] S.C.R. xii; *R. v. Donaldson*, [1988] O.J. No. 1232 (QL); *United States of America v. Cheung*, [1998] Q.J. No. 3393 (QL); *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6, 7, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 465(1)(c) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 61], 683(1)(d).
Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 9(3) [ad. 1992, c. 13, s. 2], 19.2 [ad. *idem*, s. 3], 19.3 [*idem*], 19.4(2) [*idem*], 19.9 [*idem*], 25.1 [*idem*, s. 5], 25.2 [*idem*].
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 25, 41, 49, 50, 51(2), 56, 57, 84.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 128 C.C.C. (3d) 475, [1998] O.J. No. 3340 (QL), dismissing the appellant's appeal from a committal order for surrender rendered by the Ontario Court (General Division), [1995] O.J. No. 4497 (QL). Appeal allowed.

Chris N. Buhr and *Shayne G. Kert*, for the appellant.

David Littlefield and *Kevin Wilson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

This appeal was heard together with *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532,

(2000), 146 C.C.C. (3d) 182; *United States of America c. Houslander* (1993), 13 O.R. (3d) 44; *Pacificador c. Philippines (Republic of)* (1993), 83 C.C.C. (3d) 210; *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 2 R.C.S. ix; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. W. (W.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *R. c. Williams* (1974), 21 C.C.C. (2d) 1, autorisation de pourvoi refusée, [1974] R.C.S. xii; *R. c. Donaldson*, [1988] O.J. No. 1232 (QL); *United States of America c. Cheung*, [1998] A.Q. n° 3393 (QL); *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 6, 7, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 465(1)(c) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 61], 683(1)(d).
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 25, 41, 49, 50, 51(2), 56, 57, 84.
Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3) [aj. 1992, ch. 13, art. 2], 19.2 [aj. *idem*, art. 3], 19.3 [*idem*], 19.4(2) [*idem*], 19.9 [*idem*], 25.1 [*idem*, s. 5], 25.2 [*idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 128 C.C.C. (3d) 475, [1998] O.J. No. 3340 (QL), qui a rejeté l'appel de l'appelant contre l'ordonnance d'incarcération en vue de son extradition délivrée par la Cour de l'Ontario (Division générale), [1995] O.J. No. 4497 (QL). Pourvoi accueilli.

Chris N. Buhr et *Shayne G. Kert*, pour l'appelant.

David Littlefield et *Kevin Wilson*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu conjointement avec trois autres pourvois dans lesquels nous

2001 SCC 18, *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19, and *United States of America v. Tsioubris*, [2001] 1 S.C.R. 613, 2001 SCC 20, all released concurrently. The appellant is a Canadian citizen resisting extradition to the United States of America on a charge of conspiracy to commit fraud. Several issues raised here were also raised in the other appeals, such as whether ss. 6 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are engaged at the committal level and what disclosure requirements apply at that level. The specific issues raised by this particular appeal are whether the Court of Appeal for Ontario ought to have admitted fresh evidence on appeal from the committal decision and whether evidence provided by alleged co-conspirators ought to have been excluded from the proceedings.

For the reasons below, as well as the reasons set out in *Kwok*, released concurrently, I find that s. 6 of the *Charter* was not infringed under the circumstances of this case. Similarly, the appellant had a fair extradition hearing. However, as established in *Cobb*, also released concurrently, both s. 7 of the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process require that the judicial phase of the extradition process be conducted in accordance with the procedural fairness which is part of the principles of fundamental justice. In light of this, I am of the opinion that the Court of Appeal should have received the fresh evidence tendered by the appellant and, upon review of that evidence, should have entered a stay of proceedings.

II. Factual Background

I have already set out some of the background facts of this appeal in the companion case of *Cobb*. The appellant, Howard Shulman, was one of several individuals accused of mail and wire fraud in a Pennsylvania indictment of July 1994. His extradition in connection with those charges was sought in the same Diplomatic Note which sought the extradition of Cobb, Grossman and Tsioubris. However, the extradition proceedings against Shulman moved faster than the proceedings

rendons simultanément nos décisions : *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18, *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19, et *États-Unis d'Amérique c. Tsioubris*, [2001] 1 R.C.S. 613, 2001 CSC 20. L'appelant, un citoyen canadien accusé de complot en vue de commettre une fraude, s'oppose à son extradition aux États-Unis. Plusieurs questions soulevées en l'espèce l'ont également été dans les autres pourvois, notamment celle de savoir si les art. 6 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquent au stade de l'incarcération et quelles exigences de communication de la preuve s'imposent à ce stade. Les questions spécifiques au présent pourvoi sont de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario aurait dû admettre la nouvelle preuve produite en appel de la décision d'incarcérer l'appelant et si la preuve fournie par de présumés complices aurait dû être écartée.

Pour les motifs qui suivent ainsi que ceux de l'arrêt connexe *Kwok*, je suis d'avis qu'il n'a pas été porté atteinte à l'art. 6 de la *Charte* dans les circonstances en l'espèce. De la même façon, l'audience d'extradition de l'appelant a été équitable. Cependant, comme l'établit l'arrêt connexe *Cobb*, l'art. 7 de la *Charte* et la règle de l'abus de procédures en common law exigent tous deux que l'étape judiciaire du processus d'extradition soit menée en conformité avec l'équité procédurale, qui compte parmi les principes de justice fondamentale. Compte tenu de cela, j'estime que la Cour d'appel aurait dû admettre la preuve nouvelle produite par l'appelant et, au terme de son examen, ordonner l'arrêt des procédures.

II. Les faits

J'ai déjà énoncé certains faits relatifs au présent pourvoi dans l'affaire connexe *Cobb*. Dans un acte d'accusation de Pennsylvanie, établi en juillet 1994, le nom de l'appelant, Howard Shulman, figure avec celui de plusieurs individus accusés de fraude postale et téléphonique. Son extradition relativement à ces chefs d'accusation était demandée dans la même note diplomatique que celle qui demandait l'extradition de Cobb, Grossman et Tsioubris. Cependant, les procédures d'extradition

2

3

against Cobb, Grossman and Tsioubris, giving rise to different issues in the present appeal.

4 Much of the material obtained during the RCMP investigation into the circumstances at the basis of the American charges against the appellant and others was provided to the American authorities and some of it was relied upon by the United States in the extradition proceedings against the appellant. All the affidavit evidence referring directly to Shulman's allegedly unlawful activities was provided by alleged co-conspirators who had pleaded guilty in the United States to some or all charges related to the same scheme but had not been sentenced when their affidavit material was prepared and sworn.

5 At his extradition hearing held on September 13, 14, 15 and 18, 1995, the appellant sought additional disclosure on two matters: (i) the status of the American proceedings of the alleged co-conspirators, including whatever "plea agreements" had been entered into; and (ii) all discussions between Canadian police and American prosecutors concerning the decision by which no proceedings were initiated against the appellant in Canada, in order to allow an American prosecution to proceed. The appellant argued that this disclosure was relevant to his claim that his right to remain in Canada, as guaranteed by s. 6 of the *Charter*, was violated by the extradition proceedings because prosecution in Canada was a viable option. He further submitted that the wholesale use of alleged co-conspirators' evidence infringed fundamental principles of justice and constituted an abuse of the Canadian court's process. Specifically, he argued that these affidavits were tainted by the fact that they were sworn while the alleged co-conspirators were awaiting sentence. In addition to the application for disclosure, the appellant also made an application to stay the extradition proceedings or, alternatively, to exclude the affidavit evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The appellant's requests were unsuccessful and the extradition

contre Shulman ont été plus rapides que celles contre Cobb, Grossman et Tsioubris, ce qui a donné lieu à des questions différentes dans le présent pourvoi.

Une large part des documents réunis durant l'enquête de la GRC sur les circonstances qui ont mené aux accusations portées par les États-Unis contre l'appelant et d'autres individus ont été fournis aux autorités américaines, et certains documents ont été utilisés dans les procédures d'extradition engagées par les États-Unis contre l'appelant. Toute la preuve par affidavit portant directement sur les activités illégales reprochées à Shulman provenait de présumés complices ayant eux-mêmes plaidé coupable aux États-Unis sur certains ou tous les chefs d'accusation mais dont la peine n'avait pas encore été déterminée au moment de la préparation sous serment de leurs affidavits.

Au cours de l'audience d'extradition tenue les 13, 14, 15 et 18 septembre 1995, l'appelant a cherché à obtenir des communications additionnelles sur deux questions : (i) l'état des procédures intentées aux États-Unis contre les présumés complices, y compris toute « négociation de plaider » qui aurait été entreprise et (ii) toute discussion intervenue entre les autorités policières canadiennes et les procureurs américains au terme de laquelle la décision a été prise de n'entreprendre aucune poursuite contre l'appelant au Canada, pour permettre aux autorités américaines de procéder avec leur poursuite. L'appelant soutient que cette information est pertinente quant à son argumentation selon laquelle les procédures d'extradition ont porté atteinte à son droit de demeurer au Canada, garanti par l'art. 6 de la *Charte*, parce qu'une poursuite judiciaire au Canada constituait une option envisageable. Il fait valoir en outre que le recours « en vrac » à la preuve fournie par les complices présumés contrevient aux principes fondamentaux de justice et constitue un abus des procédures devant les tribunaux canadiens. L'appelant affirme plus particulièrement que leurs dépositions sous serment sont viciées parce qu'elles ont été faites avant que leur peine soit déterminée. En plus de la communication de la preuve, l'appelant

judge committed him for surrender to the United States.

The appellant filed an appeal against the committal decision and the Minister of Justice deferred making a decision on surrender until the disposition of that appeal. Prior to the hearing of Shulman's appeal against committal, the committal hearing involving Cobb, Grossman and Tsioubris proceeded. On October 28, 1997, the extradition judge entered a stay of the proceedings against them as a result of statements made by the American judge and by the prosecutor who had carriage of the case in the United States. On May 22, 1995, prior to the appellant's committal hearing, the assigned American trial judge, Judge William Caldwell, while sentencing one of the co-accused in the scheme, stated:

I want you to believe me that as to those people who don't come in and cooperate and if we get them extradited and they're found guilty, as far as I'm concerned they're going to get the absolute maximum jail sentence that the law permits me to give.

As for the comments made by the prosecutor, Assistant U.S. Attorney in the Middle District of Pennsylvania, and principal affiant of the Requesting State, Gordon A. D. Zubrod stated during an interview with Linden MacIntyre for *The Fifth Estate*, a Canadian television program, the specific broadcast of which ("*The Maple Leaf Swindle*") aired on the CBC network on September 30, 1997:

MacIntyre: . . . For those accused who choose to fight extradition, Gordon Zubrod warns they're only making matters worse for themselves in the long run.

Zubrod: I have told some of these individuals, "Look, you can come down and you can put this behind you by serving your time in prison and making restitution to the victims, or you can wind up serving a great deal longer

demande l'arrêt des procédures d'extradition ou, subsidiairement, l'exclusion de la preuve par affidavit aux termes du par. 24(2) de la *Charte*. Les demandes de l'appelant ont été rejetées et le juge d'extradition a ordonné l'incarcération de l'appelant en vue de son extradition vers les États-Unis.

L'appelant a interjeté appel de la décision de l'incarcérer et le ministre de la Justice a reporté sa décision relative à l'extradition pour attendre l'issue de cet appel. Avant l'audition de l'appel de Shulman contre son incarcération, l'audience relative à l'incarcération de Cobb, Grossman et Tsioubris a débuté. Le 28 octobre 1997, le juge d'extradition ordonne l'arrêt des procédures contre ces derniers en raison de déclarations faites par le juge américain et par le procureur chargé de la poursuite aux États-Unis. Le 22 mai 1995, soit avant l'audience relative à l'incarcération de l'appelant, le juge américain saisi de l'affaire, le juge William Caldwell, s'était exprimé en ces termes alors qu'il procédait à la détermination de la peine de l'un des coaccusés :

[TRADUCTION] Je veux que vous sachiez qu'en ce qui me concerne, si nous réussissons à les extraditer et s'ils sont déclarés coupables, les individus qui ne se rendent pas et qui ne collaborent pas recevront la peine d'emprisonnement la plus sévère que la loi m'habilite à infliger.

Pour sa part, le poursuivant, Gordon A. D. Zubrod, procureur fédéral adjoint du District central de la Pennsylvanie et principal déposant de l'État requérant, a fait les commentaires suivants dans une entrevue avec Linden MacIntyre, du programme télévisé canadien *The Fifth Estate*, dans un reportage sur la présente affaire (« *The Maple Leaf Swindle* ») diffusé par le réseau CBC le 30 septembre 1997 :

[TRADUCTION] MacIntyre : [. . .] En ce qui concerne les accusés qui ont choisi de s'opposer à l'extradition, Gordon Zubrod les met en garde qu'ils ne font, à long terme, qu'aggraver leur cas.

Zubrod : Voici ce que j'ai dit à certains de ces individus : « Écoutez, vous pouvez vous rendre et mettre toute cette affaire derrière vous en purgeant votre peine d'emprisonnement et en dédommageant les victimes, ou vous

sentence under much more stringent conditions”, and describe those conditions to them.

MacIntyre: How would you describe those conditions?

Zubrod: You’re going to be the boyfriend of a very bad man if you wait out your extradition.

MacIntyre: And does that have much of an impact on these people?

Zubrod: Well, out of the 89 people we’ve indicted so far, approximately 55 of them have said, “We give up”.

pouvez vous exposer à une peine beaucoup plus longue dans des conditions beaucoup plus dures ». Je leur ai ensuite décrit ces conditions.

MacIntyre : Comment décririez-vous ces conditions?

Zubrod : Vous deviendrez le petit ami d’un homme très méchant si vous attendez votre extradition.

MacIntyre : Est-ce que cela a influencé ces individus?

Zubrod : Bien, sur les 89 individus que nous avons formellement accusés jusqu’à maintenant, environ 55 ont décidé de se rendre.

8

On appeal from his committal, the appellant sought to adduce fresh evidence, consisting of the comments made in public by the U.S. judge and by the prosecutor, together with social science evidence describing the extent of the power and discretion exercised by an American federal prosecutor, resulting from the American federal Sentencing Guidelines. This evidence had formed the basis of Hawkins J.’s decision to stay the proceedings against Cobb, Grossman and Tsioubris. The Court of Appeal dismissed both the motion to adduce fresh evidence and the appeal against committal. Two days before this Court granted leave to appeal that decision, the Minister issued the surrender order. An application for judicial review of that order was dismissed by the Court of Appeal for Ontario on June 1, 2000 ((2000), 146 C.C.C. (3d) 182). The only appeal before this Court is the appeal against committal.

III. Relevant Statutory Provisions

9

Canadian Charter of Rights and Freedoms

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

En appel de son incarcération, l’appelant a cherché à produire comme preuve nouvelle les commentaires faits publiquement par le juge et le procureur américains, ainsi que des éléments de sciences sociales décrivant l’étendue des pouvoirs et de la latitude que les *Federal Sentencing Guidelines* donnent à un procureur fédéral aux États-Unis. Cette preuve avait servi de fondement à la décision du juge Hawkins d’ordonner l’arrêt des procédures contre Cobb, Grossman et Tsioubris. La Cour d’appel a rejeté tant la nouvelle preuve que l’appel de l’incarcération. Deux jours avant que notre Cour ne donne l’autorisation d’appel contre cette décision, le ministre a pris un arrêté d’extradition. La demande de contrôle judiciaire de cet arrêté a été rejetée par la Cour d’appel de l’Ontario le 1^{er} juin 2000 ((2000), 146 C.C.C. (3d) 182). Le présent pourvoi vise uniquement l’incarcération.

III. Les dispositions pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, as amended by S.C. 1992, c. 13

9. . . .

(3) For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge who is a superior court judge or a county court judge has, with respect to the functions that that judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge or a county court judge.

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18

25. For the purposes of the *Constitution Act, 1982*, a judge has, with respect to the functions that the judge is required to perform in applying this Act, the same competence that that judge possesses by virtue of being a superior court judge.

84. The *Extradition Act* repealed by section 129 of this Act applies to a matter respecting the extradition of a person as though it had not been repealed, if the hearing in respect of the extradition had already begun on the day on which this Act comes into force [June 17, 1999].

IV. Proceedings and Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)*, [1995] O.J. No. 4497 (QL)

On September 13, 1995, Lyon J. denied all of the appellant's applications for disclosure, the application to stay the proceedings and the application to exclude the affidavit evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

Lyon J. ruled that "material need not be disclosed unless it is relevant . . . to matters in issue at the extradition hearing" (para. 17) conducted by the court. The extradition judge held that the status of the American proceedings against the alleged co-conspirators was not relevant to any issue before him. The requested information could affect the weight to be given to the affidavits but would not affect their admissibility before the court. It is not the function of the extradition judge to weigh the evidence or to assess credibility: *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. Lyon J. was of the view that the absence of a right

Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, modifiée par L.C. 1992, ch. 13

9. . . .

(3) Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un juge de cour supérieure ou de cour de comté conserve les compétences qu'il a en cette qualité, dans l'exercice des fonctions qu'il est tenu d'accomplir en appliquant la présente loi.

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18

25. Dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge dispose, dans l'exécution de ses fonctions d'application de la présente loi, des compétences d'un juge de la cour supérieure.

84. La *Loi sur l'extradition* continue de s'appliquer — comme si elle n'avait pas été abrogée par l'article 129 — à toute question en matière d'extradition dans le cas où l'audition de la demande d'extradition est en cours devant le juge à la date d'entrée en vigueur de la présente loi [17 juin 1999].

IV. Procédures et décisions antérieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, [1995] O.J. No. 4497 (QL)

Le 13 septembre 1995, le juge Lyon déboute l'appelant dans sa demande de communication de la preuve, sa demande d'arrêt des procédures et sa demande d'exclusion de la preuve par affidavit sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge Lyon décide [TRADUCTION] « qu'il n'est pas nécessaire de communiquer les documents s'ils sont sans pertinence [. . .] quant aux questions examinées à l'audience d'extradition » (par. 17). Le juge d'extradition conclut que l'état des procédures intentées aux États-Unis contre les complices est sans pertinence relativement aux questions dont il est saisi. Les renseignements demandés peuvent avoir une incidence sur la force probante des affidavits, mais ne changent en rien leur admissibilité. Il n'appartient pas au juge d'extradition de soulever la preuve ou d'évaluer la crédibilité : *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S.

10

11

of cross-examination on these affidavits reinforced his conclusion.

12 Lyon J. also denied disclosure of discussions between Canadian police and American prosecutors as a result of which the Canadian authorities decided not to proceed in Canada but rather to let matters move forward in the United States. Lyon J. ruled that the disclosure issue was premature and therefore irrelevant, since there had not yet been a decision by the Minister to surrender the fugitive. He relied on *United States of America v. Houslander* (1993), 13 O.R. (3d) 44 (Gen. Div.), where Blair J. said, at p. 51, that the extradition hearing is designed to provide a summary and expeditious determination as to whether there is sufficient evidence to commit the fugitive for surrender, and that it does not permit building a case for another purpose. Lyon J. did not see that any possible breach of s. 6 rights could have occurred regardless of the outcome of the appellant's application for disclosure.

13 Lyon J. also rejected the appellant's disclosure request based on the argument that the Canadian authorities were improperly motivated to prefer extradition by reason of the more severe sentences in the United States. He explained, at para. 42:

While improper motive is a ground for judicial review for a prosecutorial discretion, there has to be an air of reality to these allegations before the court will act on it. There is, in my view, no air of reality to the [appellant's] position such that an alleged abuse of the extradition court's process could be a basis for an order of disclosure.

14 On September 18, 1995, Lyon J. committed the appellant for surrender. He was satisfied that there was sufficient *prima facie* evidence to establish that Shulman had attempted to carry out the fraudulent plan to sell gemstones such that he could be

1067. Le juge Lyon estime que sa conclusion est étayée par l'absence du droit de contre-interroger sur ces affidavits.

Le juge Lyon rejette également la demande de communication de la preuve relative aux discussions qui ont eu lieu entre les autorités policières canadiennes et les procureurs américains et à la suite desquelles les autorités canadiennes ont décidé de ne pas entamer de poursuites au Canada et de laisser les choses progresser aux États-Unis. Le juge Lyon statue que la question de la communication de la preuve est prématurée et, par conséquent, non pertinente parce que le ministre n'a pas encore fait connaître sa décision sur la remise du fugitif. Il cite la décision du juge Blair dans *United States of America c. Houslander* (1993), 13 O.R. (3d) 44 (Div. gén.), p. 51, selon laquelle l'audience d'extradition vise à déterminer de façon sommaire et expéditive s'il existe une preuve suffisante pour incarcérer le fugitif en vue de son extradition et ne peut pas servir à élaborer une argumentation à une autre fin. Le juge Lyon ne voit aucune possibilité qu'une violation des droits garantis à l'art. 6 se soit produite, indépendamment de l'issue de la demande de l'appelant relative à la communication de la preuve.

De plus, le juge Lyon rejette la demande de communication de l'appelant fondée sur l'argument que les autorités canadiennes étaient motivées à tort par l'existence de peines plus sévères aux États-Unis pour préférer l'extradition de l'appelant (au par. 42) :

[TRADUCTION] Bien que l'existence de motifs indus donne ouverture au contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, il faut que ces allégations aient une apparence de vraisemblance avant que le tribunal en examine le bien-fondé. À mon avis, il n'y a aucune apparence de vraisemblance dans l'argument de l'appelant selon lequel une allégation d'abus de procédures devant le tribunal d'extradition pourrait justifier une ordonnance de communication de la preuve.

Le 18 septembre 1995, le juge Lyon ordonne l'incarcération de l'appelant en vue de son extradition. Il est convaincu qu'il y a une preuve *prima facie* suffisante pour démontrer que Shulman a tenté de mettre à exécution son plan frauduleux de

committed for trial for such an offence in Canada, on a charge of conspiracy to commit the indictable offence of false pretences and fraud, contrary to s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, a crime punishable by more than one year. However, no *prima facie* case having been made out, Lyon J. discharged the appellant of the 51 substantive counts of specific offences consisting of acts of mail and wire transmissions or communications for the purpose of executing the objectives of alleged conspiracy.

B. *Court of Appeal for Ontario* (1998), 128 C.C.C. (3d) 475

As indicated earlier, the appellant moved to introduce fresh evidence on appeal, on the basis of information that had come to light in the October 1997 committal hearing of Cobb, Grossman and Tsioubris.

On August 19, 1998, the Court of Appeal for Ontario dismissed the appellant's motion to adduce fresh evidence, holding that the evidence related to matters which were for the Minister of Justice to consider, whose decision could then be subject to judicial review.

The court also upheld the rulings of Lyon J. on the various issues of additional disclosure, given the limited purpose of the extradition hearing and based on the court's earlier decisions in *United States of America v. Kwok* (1998), 127 C.C.C. (3d) 353, and *Pacificador v. Philippines (Republic of)* (1993), 83 C.C.C. (3d) 210. Mobility rights were not engaged at the committal stage of the extradition process. Moreover, the court held that even if the extradition judge had been competent to grant the remedies requested, the fact that the affiants were convicted but not sentenced did not provide a basis for either staying the proceedings or excluding their evidence.

The court dismissed the respondent's cross-appeal, upholding Lyon J.'s decision to discharge Shulman on the 51 substantive counts of mail and wire fraud.

vendre des pierres précieuses, de sorte qu'il pourrait être cité à procès au Canada sous le chef d'accusation de complot de commettre l'acte criminel de faux-semblant et de fraude, selon l'al. 465(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, crime punissable d'une peine de plus d'un an. Cependant, faute de preuve *prima facie*, le juge Lyon acquitte l'appelant des 51 chefs d'accusation liés à des infractions précises, savoir des actes de transmission ou de communication par voie postale et téléphonique en vue de réaliser les objectifs du complot allégué.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1998), 128 C.C.C. (3d) 475

Tel qu'indiqué précédemment, l'appelant a demandé par requête le dépôt en appel d'une nouvelle preuve résultant de l'audience relative à l'incarcération de Cobb, Grossman et Tsioubris en octobre 1997.

Le 19 août 1998, la Cour d'appel de l'Ontario rejette la requête de l'appelant visant l'admission de la nouvelle preuve parce qu'elle se rapporte à des questions relevant du ministre de la Justice, dont la décision est susceptible de contrôle judiciaire.

La cour confirme également la décision du juge Lyon quant à la question de la communication de la preuve additionnelle en raison des fonctions limitées de l'audience d'extradition et des décisions rendues antérieurement dans *United States of America c. Kwok* (1998), 127 C.C.C. (3d) 353, et *Pacificador c. Philippines (Republic of)* (1993), 83 C.C.C. (3d) 210. La liberté de circulation et d'établissement n'entre pas en jeu au stade de l'incarcération dans le processus d'extradition. En outre, la cour statue que, même si le juge d'extradition était habilité à accorder les réparations sollicitées, le fait que les déposants aient été déclarés coupables mais n'avaient pas encore reçu leur peine ne justifie ni l'arrêt des procédures, ni l'exclusion de la preuve.

La cour rejette l'appel incident de l'intimé, confirmant la décision du juge Lyon d'acquitter Shulman des 51 chefs d'accusation de fraude postale et téléphonique.

15

16

17

18

V. Issues

19 This appeal raises several issues identical to those of the companion cases *Kwok, supra*, and *Cobb, supra*. As in those cases, the central issue here is whether ss. 6 and 7 of the *Charter* are engaged at the committal stage of extradition proceedings. This, in turn, raises the question of whether the Court of Appeal ought to have received the fresh evidence. Finally, the appellant raises again in this Court the remaining disclosure issues and the use at the committal hearing of the affidavits from alleged co-conspirators.

VI. AnalysisA. *Sections 6 and 7 of the Charter at the Committal Hearing*

20 The appellant argues that s. 9(3) of the *Extradition Act* gives an extradition court complete jurisdiction in connexion with *Charter* matters as they relate to the functions that the court performs in an extradition hearing. The respondent takes the position that s. 9(3) has not expanded the role of the *Charter* at that phase of the proceedings and that the extradition judge has the same limited *Charter* jurisdiction previously exercised by the *habeas corpus* judge with respect to *Charter* issues. Throughout these reasons, I shall refer to the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, as amended by *An Act to amend the Extradition Act*, S.C. 1992, c. 13.

21 I have concluded in *Kwok* that the *Charter* jurisdiction of the committal court must be assessed in light of the court's limited function under the Act. This function only extends to the determination of whether the foreign authority has put forward sufficient admissible evidence to make out a *prima facie* case against the fugitive. Similarly, in *Cobb*, I concluded that the extradition judge was competent to grant *Charter* remedies, including a stay of proceedings, on the basis of a *Charter* violation but only insofar as the *Charter* breach pertains directly to the circumscribed issues

V. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève plusieurs questions identiques à celles des affaires connexes *Kwok* et *Cobb*, précitées. Comme dans celles-ci, il s'agit principalement de déterminer si les art. 6 et 7 de la *Charte* entrent en jeu au stade de l'incarcération dans le cadre des procédures d'extradition. Cette question soulève à son tour celle de savoir si la Cour d'appel aurait dû admettre la preuve nouvelle. Enfin, l'appelant saisit aussi notre Cour du reste des questions relatives à la communication de la preuve, de même que de la question de l'utilisation des affidavits des présumés complices à l'audience d'incarcération.

VI. AnalyseA. *Les articles 6 et 7 de la Charte et l'audience d'incarcération*

L'appelant soutient que le par. 9(3) de la *Loi sur l'extradition* confère pleine compétence au juge d'extradition quant aux questions touchant l'application de la *Charte* relativement aux fonctions qu'il exerce dans le cadre d'une audience d'extradition. L'intimé prétend que le par. 9(3) n'a pas élargi la portée de la *Charte* à cette étape du processus et que le juge d'extradition possède, relativement à la *Charte*, la même compétence limitée que celle dont bénéficiait le juge de l'*habeas corpus*. Je me reporterai tout au long de mes motifs à la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur l'extradition*, L.C. 1992, ch. 13.

Je conclus dans l'arrêt *Kwok* que la compétence du juge d'incarcération relativement à la *Charte* doit être évaluée par rapport aux fonctions limitées qu'il exerce en vertu de la Loi. Sa fonction est de déterminer si l'autorité étrangère a présenté suffisamment d'éléments de preuve admissibles pour établir *prima facie* une cause d'action contre le fugitif. De même, dans un autre arrêt connexe, *Cobb*, je conclus que le juge d'extradition est habilité à accorder des réparations fondées sur la *Charte* — y compris l'arrêt des procédures — pour une atteinte à la *Charte*, mais seulement dans la

relevant at the initial phase of the extradition process, the committal stage.

I held in *Kwok* that a fugitive's right to remain in Canada, guaranteed by s. 6 of the *Charter*, is not engaged at the committal stage in and of itself and arises only at the executive phase of the process, in the Minister's decision to surrender, and upon judicial review of that decision. In the case at bar, the Minister had decided to defer the surrender decision until after the disposition of the appeal against committal. Although I recognized in *Kwok* a limited residual discretion on the part of the extradition judge to receive evidence relating to those issues when convenient and expedient to do so, the extradition judge here did not err in refusing to admit evidence that may subsequently be relevant to s. 6(1) issues. The appellant's s. 6 rights were not infringed.

The analytical context of s. 7 differs from that of s. 6. I held in *Cobb*, that s. 7 of the *Charter* permeates the entire extradition process and is engaged, although for different purposes, at both the committal and the surrender stages of the process. I further found in that case that the statements made by the American trial judge and by the prosecuting attorney could reasonably be interpreted, and indeed were interpreted by the extradition judge, as threats to discourage the fugitives from fully resorting to the Canadian extradition process. Although the committal hearing is not a trial, it must conform with the principles of procedural fairness that govern all judicial proceedings in this country. In light of the threats and inducements imposed upon them, I found that it was open to the extradition judge to conclude as he did that Cobb and Grossman would not have a fair extradition hearing, and, consequently, to stay those proceed-

mesure où cette atteinte est directement liée aux questions circonscrites auxquelles se limite l'étape initiale du processus d'extradition, l'étape de l'incarcération.

Je conclus dans l'arrêt *Kwok* que la question du droit d'un fugitif de demeurer au Canada, en vertu de l'art. 6 de la *Charte*, n'entre pas en jeu au stade de l'incarcération et qu'elle ne se pose qu'à l'étape de l'exercice par le ministre d'un pouvoir de l'exécutif dans ce processus, soit la décision d'extrader ou non, et dans le cadre du contrôle judiciaire de cette décision. En l'espèce, le ministre avait décidé de reporter sa décision sur l'extradition pour attendre l'issue de l'appel formé contre l'incarcération. Même si, dans l'arrêt *Kwok*, je reconnais au juge d'extradition un certain pouvoir discrétionnaire résiduel d'admettre, par souci de commodité et de rapidité, des éléments de preuve se rapportant à ces questions, le juge d'extradition en l'espèce n'a pas fait erreur lorsqu'il a refusé d'admettre des preuves qui pourraient subséquemment être pertinentes relativement au par. 6(1). Il n'a pas été porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 6.

Le contexte de l'analyse de l'art. 7 se distingue de celui de l'art. 6. Je statue dans l'arrêt connexe *Cobb*, que l'art. 7 de la *Charte* influe sur le processus d'extradition tout entier et entre en jeu, quoiqu'à des fins différentes, tant au stade de l'incarcération qu'à celui de la remise du fugitif. En outre, je conclus dans cet arrêt que les déclarations faites par le juge du procès et le procureur américains pouvaient raisonnablement être interprétées, comme cela est fait par le juge d'extradition, comme étant des menaces visant à décourager les fugitifs de pleinement se prévaloir du processus d'extradition applicable au Canada. Bien que l'audience relative à l'incarcération ne constitue pas un procès, elle doit être conforme aux principes d'équité procédurale qui régissent l'ensemble des procédures judiciaires au Canada. Compte tenu des menaces et des pressions dont ils ont été l'objet, j'estime qu'il était loisible au juge d'extradition de conclure, comme il l'a fait, que Cobb et Grossman ne bénéficieraient pas d'une audience d'extradition

22

23

ings. I reached the same conclusion in *Tsioubris*, released concurrently.

équitable et d'ordonner, en conséquence, l'arrêt des procédures. Je suis parvenue à la même conclusion dans l'arrêt connexe *Tsioubris*.

24

The appellant's extradition hearing was held long before that of Cobb, Grossman and Tsioubris. At his hearing, he did not raise the comments made by Judge Caldwell and the broadcast of prosecutor Zubrod's comments had not yet been aired. Rather, Shulman contested his extradition, as he was entitled to, on grounds that were ultimately unsuccessful. He later raised the impugned statements in a motion to adduce fresh evidence before the Court of Appeal, in the course of his appeal against committal. It is therefore clear that the appellant was not subjected to undue pressure by U.S. officials before or during his committal hearing as were the other fugitives in the companion cases. For one, the U.S. prosecutor had not yet uttered the threats that would taint the other proceedings. As for the comments by Judge Caldwell, there is no evidence to suggest that the appellant was aware of them, nor was the extradition judge made aware of these comments. Consequently, the comments could not in any way have had any impact on the fairness of the committal hearing.

L'audience d'extradition de l'appellant a eu lieu bien avant celle de Cobb, Grossman et Tsioubris. Au cours de cette audience, l'appellant n'a pas soulevé la question des commentaires du juge Caldwell, et les commentaires du procureur Zubrod n'avaient pas encore été diffusés. Shulman a contesté son extradition, comme il lui était permis de le faire, en se fondant sur des motifs qui se sont avérés infructueux. L'appellant a par la suite invoqué les déclarations contestées dans le cadre de l'appel de son incarcération, pour demander le dépôt de nouveaux éléments de preuve devant la Cour d'appel. Il ressort donc clairement de cela que l'appellant n'avait pas subi de pression excessive de la part des autorités américaines avant ou pendant l'audience relative à son incarcération, comme cela avait été le cas pour les autres fugitifs dans les affaires connexes. D'une part, le procureur américain n'avait pas encore proféré les menaces qui vicieraient les autres procédures. D'autre part, quant aux commentaires du juge Caldwell, rien ne permet de penser que l'appellant en avait eu connaissance ou que le juge d'extradition en avait été informé. En conséquence, les commentaires ne pouvaient en aucune manière avoir eu une incidence sur le caractère équitable de l'audience relative à l'incarcération.

25

Accordingly, I conclude that the appellant received a fair committal hearing and that the extradition judge was correct in denying his application for a stay of proceedings. While it is proper to raise these issues before the committal judge when they affect the committal hearing, it was not the case here.

Je conclus donc que l'appellant a bénéficié d'une audience d'incarcération équitable et que le juge d'extradition a eu raison de rejeter la demande d'arrêt des procédures. S'il est approprié de soulever ces questions devant le juge d'extradition lorsqu'elles peuvent avoir une incidence dans l'audience relative à l'incarcération, ce n'était pas le cas en l'espèce.

26

I now turn to examine the role of appellate courts in Canadian extradition proceedings with a view to discussing the doctrine of abuse of process and the admissibility of the fresh evidence tendered before the Court of Appeal in that context.

J'aborde à présent le rôle des cours d'appel dans le contexte des procédures d'extradition au Canada, en vue de traiter de la règle de l'abus de procédures et de l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve produits devant la Cour d'appel dans ce contexte.

B. *The Role of Appellate Courts in Extradition Proceedings and Abuse of Process*

The judicial phase of the Canadian extradition process comprises a right of appeal to a provincial court of appeal and, with leave, to this Court. This may be combined with a judicial review of the Minister's decision to surrender or, as here, the Minister may postpone his or her decision pending appellate review of the committal order. This appeal process is provided for in ss. 19.2, 19.3, 19.4(2), 19.9, 25.1 and 25.2 of the *Extradition Act* (ss. 41, 49, 50, 51(2), 56 and 57 of the current version of the Act) and is an integral part of the system by which Parliament has chosen to discharge its obligations under international law and under the applicable treaty. I have described that system in greater detail in *Kwok*, at paras. 38, 39 and 78. The fugitive may, of course, forego any right of appeal from committal, or desist from an appeal already launched, and proceed directly to the executive level for a ministerial decision on surrender.

Even though the ultimate decision to surrender a fugitive to a Requesting State is an executive decision by the Minister of Justice, that decision cannot be made unless and until there has been a judicial determination, and, if necessary an appeal from that determination, that the Requesting State has presented before a Canadian court sufficient *prima facie* evidence to have the fugitive committed for surrender. As I have previously mentioned, that judicial phase is not a full-fledged trial, nor is it a mere formality. Unless the fugitive waives his or her right to a judicial hearing by consenting to committal, the Requesting State must present its case in court. In availing itself of the Canadian judicial process, the Requesting State, like any other party before our courts, and even more so when the liberty of a person is at stake, is subject to the doctrine of abuse of process.

Moreover, persons subject to extradition proceedings — both at the judicial and executive phase — are entitled to the protection of the

B. *Le rôle des cours d'appel dans les procédures d'extradition et l'abus de procédures*

L'étape judiciaire du processus d'extradition au Canada prévoit un droit d'appel devant la cour d'appel provinciale et, sur autorisation, devant notre Cour. À cela peut s'ajouter le contrôle judiciaire de la décision prise par le ministre d'extrader ou non mais, comme c'est le cas en l'espèce, le ministre peut reporter sa décision et attendre l'issue de l'appel de l'ordonnance d'incarcération. Ce processus d'appel est prévu aux art. 19.2, 19.3, 19.4(2), 19.9, 25.1 et 25.2 de la *Loi sur l'extradition* (art. 41, 49, 50, 51(2), 56 et 57 de la version actuelle) et fait partie intégrante du système par lequel le législateur a choisi de s'acquitter de ses obligations découlant du droit international et du traité applicable. Je décris ce système plus en détail dans l'arrêt connexe *Kwok*, par. 38, 39 et 78. Il va de soi que le fugitif peut ne pas exercer son droit d'appel contre l'incarcération, ou se désister d'un appel déjà entamé, et s'adresser directement à l'échelon exécutif en demandant une décision ministérielle sur l'extradition.

Même si la décision finale de livrer un fugitif à un État requérant est une décision de l'exécutif, prise par le ministre de la Justice, cette décision ne peut être prise avant qu'un juge ait conclu que l'État requérant a présenté devant un tribunal canadien une preuve *prima facie* suffisante pour incarcérer le fugitif en vue de son extradition et, le cas échéant, avant l'issue de l'appel de cette conclusion. Comme je le dis plus haut, cette étape judiciaire n'implique pas la tenue d'une instruction complète et ne constitue pas qu'une simple formalité. À moins que le fugitif accepte d'être incarcéré en renonçant à son droit d'être entendu par un tribunal, l'État requérant doit établir une cause d'action devant un tribunal. En se prévalant du processus judiciaire canadien, l'État requérant, au même titre que n'importe quelle partie qui se pourvoit devant nos tribunaux, et à plus forte raison lorsque la liberté d'une personne est en jeu, est assujéti à la règle de l'abus de procédures.

En outre, les personnes visées par des procédures d'extradition — tant à l'étape judiciaire qu'à l'étape de la décision de l'exécutif — ont droit à la

27

28

29

Charter, and different *Charter* rights come into play at different stages of the process. Section 7, which for our purposes largely overlaps with the doctrine of abuse of process, guarantees a fair hearing, conducted in accordance with the principles of fundamental justice as they apply to a hearing of that nature. It applies, albeit differently, to both phases of the process.

30 Since 1992, provincial courts of appeal have a more central and important role to play in extradition matters. As I explained in *Kwok*, extradition proceedings prior to 1992 were fragmented and provincial courts of appeal would be seized of appeals from committals which were themselves subject to prior judicial review through writs of *habeas corpus*. Meanwhile, judicial review of the Minister's decision to surrender was under the jurisdiction of the Trial Division of the Federal Court, with further possible appeal to the Federal Court of Appeal. Decisions from both appellate channels could ultimately be the subject of a leave application to this Court.

31 The 1992 amendments simplified that process by abolishing the recourse to *habeas corpus* and vesting jurisdiction in the provincial courts of appeal over both the appeal from committal and the judicial review from the Minister's decision on surrender. The amendments allowed for the possibility of a combined hearing of both issues.

32 As some of the functions previously exercised by the *habeas corpus* judge are now within the competence of the superior court judge presiding over the committal hearing, the role of the Court of Appeal has also been significantly expanded, particularly with regard to alleged violations of constitutional rights. In the case of *Charter* issues arising at the ministerial stage, such as s. 6 mobility issues, the Court of Appeal is now the original judicial forum in which they can be raised. This unavoidably leads to an expanded role for the Courts of Appeal, including having to receive evi-

protection de la *Charte*, et différents droits protégés par la *Charte* sont mis en cause à différentes étapes du processus. L'article 7, qui pour les fins qui nous occupent recoupe largement la règle de l'abus de procédures, garantit la tenue d'une audience équitable menée conformément aux principes de justice fondamentale applicables à une audience de cette nature. L'article 7 s'applique, quoique différemment, aux deux étapes du processus.

Depuis 1992, les cours d'appel provinciales assument un rôle plus central et plus important en matière d'extradition. Comme je l'explique dans l'arrêt connexe *Kwok*, les procédures d'extradition, avant 1992, étaient fragmentées et les cours d'appel provinciales étaient saisies d'appels interjetés de décisions d'incarcération, qui pouvaient déjà avoir fait l'objet d'un contrôle judiciaire par voie d'*habeas corpus*. Par ailleurs, la décision du ministre d'extrader ou non le fugitif était sujette à contrôle judiciaire par la Section de première instance de la Cour fédérale, avec possibilité d'appel devant la Cour d'appel fédérale. En définitive, les décisions émanant des deux juridictions d'appel pouvaient faire l'objet d'une demande d'autorisation de pourvoi auprès de notre Cour.

Les modifications de 1992 ont simplifié ce processus par l'abolition du recours à l'*habeas corpus* et par l'attribution aux cours d'appel provinciales de la compétence à la fois sur l'appel de la décision relative à l'incarcération et sur le contrôle judiciaire de la décision du ministre quant à la remise du fugitif. Les modifications ont permis l'audition conjointe des deux questions.

Comme certaines fonctions qu'exerçait le juge de l'*habeas corpus* relèvent aujourd'hui de la compétence du juge de cour supérieure qui préside l'audience relative à l'incarcération, le rôle de la cour d'appel s'est aussi élargi de façon importante, particulièrement en ce qui a trait aux allégations d'atteintes aux droits constitutionnels. La cour d'appel est maintenant le premier niveau d'instance judiciaire pour les questions touchant la *Charte* soulevées à l'étape ministérielle, comme les questions relatives à l'art. 6 sur la liberté de circulation et d'établissement. Cela mène inévitable-

dence relevant to the *Charter* challenges that neither the extradition judge nor the Minister had any obligation to receive.

Not only is the Court of Appeal a forum of original jurisdiction for *Charter* purposes under the *Extradition Act* as a result of the 1992 amendments, but it also has, like all courts, an implied, if not inherent, jurisdiction to control its own process, including through the application of the common law doctrine of abuse of process.

Albeit in a different context, the Court of Appeal for Ontario has invoked that doctrine to sanction the conduct of a litigant in the appeal process. In *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188, leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1992] 2 S.C.R. ix, a corporation was the subject of a court order to close its retail business establishments on Sundays and holidays. The corporation continued to open in defiance of the order and was held in contempt of the order. The corporation appealed the contempt order and the Attorney General moved to quash the appeal or adjourn the proceedings until the corporation purged its contempt and undertook to obey the order of the court. The Court of Appeal agreed with the Attorney General and held that it was an abuse of process to assert a right to be heard in court while refusing to obey a court order that has not been properly stayed. The proceedings were adjourned as the corporation's disobedience impeded the course of justice and impaired the ability of the court to enforce its orders.

In the present case, the appellant proposed to tender fresh evidence before the Court of Appeal, on which basis he was seeking a stay of proceedings on *Charter* grounds akin to the doctrine of

ment à l'élargissement du rôle des cours d'appel, notamment quant à l'examen des éléments de preuve concernant les contestations relatives à la *Charte* que ni le juge d'extradition ni le ministre n'ont l'obligation d'examiner.

La cour d'appel a non seulement compétence de première instance pour les fins de la *Charte* en vertu de la *Loi sur l'extradition*, en raison des modifications de 1992, mais elle a également, comme toutes les cours, compétence implicite sinon inhérente sur ses propres procédures, y compris l'application de la règle de l'abus de procédures reconnue en common law.

Quoique dans un contexte différent, la Cour d'appel de l'Ontario a invoqué cette doctrine pour sanctionner la conduite d'une partie à un litige dans le cadre d'un processus d'appel. Dans l'affaire *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188 (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1992] 2 R.C.S. ix), une société avait été enjointe par ordonnance judiciaire de fermer ses magasins de détail les dimanches et les jours fériés. Défiant l'ordonnance, la société a gardé ses magasins ouverts et a été déclarée coupable d'outrage au tribunal. La société a fait appel de l'ordonnance relative à l'outrage au tribunal et le procureur général a demandé l'annulation de l'appel ou l'ajournement des procédures jusqu'à ce que la société fasse amende honorable et s'engage à se conformer à l'ordonnance de la cour. La Cour d'appel a donné raison au procureur général et a jugé qu'il y avait abus de procédures à revendiquer un recours judiciaire tout en refusant d'obéir à une ordonnance judiciaire n'ayant pas fait l'objet d'un sursis en bonne et due forme. La Cour a ajourné l'instance, du fait que la désobéissance de la société faisait obstacle au cours de la justice et entravait la capacité de la cour à faire exécuter ses ordonnances.

En l'espèce, l'appellant voulait déposer des nouveaux éléments de preuve devant la Cour d'appel en vue d'obtenir un arrêt des procédures en vertu de la *Charte*, en invoquant des moyens semblables

33

34

35

abuse of process. I now turn to that evidence and to its admissibility and effect.

C. The American Statements as Fresh Evidence

36 In *Cobb*, I reviewed the statements made by the American judge and by the prosecutor which were found by the extradition judge in that case to constitute an abuse of process justifying a stay of proceedings. I found that the extradition judge was entitled to conclude as he did and to enter a stay. The same statements are at issue in this case, although distinctions must be made as to their potential impact. I will review each of them in turn.

37 As I indicated in *Cobb*, the statement by Judge Caldwell, which he made while sentencing a cooperative fugitive alleged to be a co-conspirator of the appellant, was capable of different interpretations. I restate the salient part of his remarks:

I want you to believe me that as to those people who don't come in and cooperate and if we get them extradited and they're found guilty, as far as I'm concerned they're going to get the absolute maximum jail sentence that the law permits me to give.

38 The extradition judge in *Cobb* interpreted these remarks as an improper threat to penalize the fugitives for exercising their rights under Canadian law to resist extradition. That interpretation was a reasonable one, although in my view, Judge Caldwell's remarks might have had a different intent. To repeat what I wrote in that judgment, at para. 17:

I agree that taken at face value, the remarks made by the sentencing judge in a related case reasonably bear the interpretation given to them by the extradition judge in this case. I wish to point out, however, that they may also carry a slightly different meaning, one that would cause me considerably less concern. Judge Caldwell was sentencing a person who had been cooperative. He was entitled to give credit to that cooperation in the sentence that he was about to impose. It is in that context that he

à l'abus de procédures. Je passe maintenant à l'examen de ces éléments de preuve, de leur admissibilité et de leur effet.

C. Les déclarations faites aux États-Unis comme preuve nouvelle

Dans l'arrêt connexe *Cobb*, j'examine les déclarations faites par le juge et par le procureur américains, déclarations que le juge d'extradition a estimé constituer, dans cette affaire, un abus de procédures justifiant l'arrêt des procédures. Je conclus que le juge d'extradition était en droit de décider ainsi et d'ordonner l'arrêt des procédures. Les mêmes déclarations sont en cause en l'espèce, mais avec quelques distinctions quant à leur impact potentiel. J'examinerai chacune d'elles tour à tour.

Comme je l'indique dans l'arrêt *Cobb*, la déclaration faite par le juge Caldwell, alors qu'il déterminait la peine applicable à un fugitif coopératif présumé être un complice de l'appellant, peut se prêter à différentes interprétations. J'en reproduis le point saillant :

[TRADUCTION] Je veux que vous sachiez qu'en ce qui me concerne, si nous réussissons à les extraire et s'ils sont déclarés coupables, les individus qui ne se rendent pas et qui ne collaborent pas recevront la peine d'emprisonnement la plus sévère que la loi m'habilite à infliger.

Le juge d'extradition dans l'affaire *Cobb* a interprété ces commentaires comme une menace de pénaliser les fugitifs qui exercent leurs droits en vertu du droit canadien afin de s'opposer à leur extradition. Cette interprétation est raisonnable, bien qu'à mon avis les commentaires du juge Caldwell auraient pu être motivés par une intention différente. Pour reprendre le passage pertinent des motifs que j'ai rédigés dans cet arrêt, au par. 17 :

Je suis d'accord que, prises à la lettre, les remarques du juge de la détermination de la peine dans une affaire connexe peuvent raisonnablement être interprétées comme le juge d'extradition l'a fait en l'espèce. Je tiens à souligner cependant qu'on peut également leur donner un sens légèrement différent, qui me causerait beaucoup moins d'inquiétude. Le juge Caldwell imposait la peine d'une personne qui avait collaboré. Il était en droit de reconnaître cette collaboration en déterminant la peine.

stated, in relation to those who did not cooperate: "... if we get them extradited and they're found guilty, as far as I'm concerned they're going to get the absolute maximum jail sentence that the law permits me to give" (emphasis added). It is quite possible that the judge did not mean that he would impose the maximum sentence regardless of any other relevant factor, but simply that he would discount the maximum sentence by any other legally relevant factor, and then give no additional reduction in light of the absence of cooperation. This is, I would have thought, all that the law permits.

That ambiguous statement was made by the American judge a few months before the appellant's extradition hearing and it seemed to have gone unnoticed by the appellant until it was raised by others in related proceedings.

The comments made by Mr. Zubrod are of a different nature. On Canadian television, he made an unambiguous statement to the effect that those who resist their extradition to face charges in the U.S. will, if convicted, be subjected to harsher incarceration conditions, including being exposed to sexual violence while in jail.

In my view, that statement was properly characterized by the extradition judge in *Cobb* as a shocking use of threats by a U.S. official attempting to induce Canadian citizens to renounce the exercise of their lawful access to courts in Canada in order to resist a U.S. extradition request. The statement was made almost two years after the appellant in this case had been committed for surrender by the extradition judge, but before the hearing of his appeal by the Court of Appeal. The statement emanated from the prosecutor who had carriage of the case in the U.S. and who was the author of the main affidavit upon which the extradition request was based. Therefore, the statement is properly attributed to the Requesting State, also the respondent in the Court of Appeal. The threat uttered by the prosecutor was never explained or

C'est dans ce contexte qu'il a dit, à propos des personnes qui n'avaient pas collaboré : [TRADUCTION] « ... en ce qui me concerne, si nous réussissons à les extraire et s'ils sont déclarés coupables, les individus qui ne se rendent pas et qui ne collaborent pas recevront la peine d'emprisonnement la plus sévère que la loi m'habilite à infliger » (je souligne). Il est fort possible que le juge ait voulu dire non pas qu'il imposerait la peine maximale peu importe tout autre facteur pertinent mais tout simplement qu'il tiendrait compte de tout autre facteur légalement pertinent pour réduire la peine maximale et qu'en l'absence de collaboration, il n'accorderait aucune autre réduction. Il s'agit là, à mon avis, de tout ce que la loi permet.

Le juge américain a fait cette déclaration ambiguë quelques mois avant l'audience d'extradition de l'appelant et celui-ci n'a pas semblé en avoir eu connaissance jusqu'à ce que d'autres la mentionnent dans le cadre de procédures connexes.

Les commentaires de M. Zubrod sont de nature différente. Sur une chaîne télévisée canadienne, il a déclaré sans équivoque que ceux qui résistent à leur extradition pour faire face à des accusations aux États-Unis seront soumis à des conditions d'emprisonnement plus dures s'ils sont déclarés coupables, y compris à la violence sexuelle en prison.

Je suis d'avis que cette déclaration a été caractérisée à juste titre par le juge d'extradition dans l'arrêt *Cobb* comme étant le recours scandaleux à des menaces, par un représentant de l'État américain, pour tenter d'inciter des citoyens canadiens à renoncer à l'exercice de leur droit, prévu par la loi, de se faire entendre devant des tribunaux canadiens pour s'opposer à une demande d'extradition provenant des États-Unis. La déclaration a été faite près de deux ans après l'ordonnance d'incarcération de l'appelant en l'espèce en vue de son extradition, mais avant l'audition de l'appel interjeté par l'appelant devant la Cour d'appel. La déclaration émanait du procureur qui était chargé du dossier aux États-Unis et qui était le déposant du principal affidavit étayant la demande d'extradition. Par conséquent, on peut à bon droit attribuer la déclaration à l'État requérant, qui était également l'intimé devant la Cour d'appel. La menace

39

40

41

withdrawn, and we must presume that it continues to be operative to this day.

42 The question then is whether the Court of Appeal should have received the evidence prof-
ferred by the appellant as fresh evidence and, if so, whether it should have stayed the proceedings against the appellant as a result.

43 I point out at the outset that the evidence tendered as “fresh evidence” in the Court of Appeal does not constitute fresh evidence as this was understood in the leading case of *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. Section 683(1)(d) of the *Criminal Code* provides an appellate court with the discretion to admit fresh evidence where it considers it in the interests of justice. In applying that provision, this Court in *Palmer* established a four-pronged test, which was confirmed, *inter alia*, in *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501, and, recently, in *R. v. Lévesque*, [2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47, *per* Gonthier for the Court (I dissented on another point), to guide the discretionary power to admit fresh evidence on appeal.

(1) The evidence should generally not be admitted if it could have been adduced at trial through due diligence. In a criminal setting, this criterion is applied with more laxity, so that persuasive fresh evidence that fails to satisfy the due diligence requirement must be considered not in isolation but against the strength of the other factors and the interests of justice: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579.

(2) The evidence must be relevant in that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial. If the material sought to be admitted challenges the very validity of the trial process, the evidence should be admitted notwithstanding the criteria: *R. v. W. (W.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.).

proférée par le procureur n’a jamais été expliquée ni retirée, et nous devons supposer qu’elle subsiste à ce jour.

Il faut donc déterminer si la Cour d’appel aurait dû admettre la preuve produite par l’appelant à titre de preuve nouvelle et, dans l’affirmative, si elle aurait dû en conséquence ordonner l’arrêt des procédures contre l’appelant.

Je fais remarquer d’entrée de jeu que la preuve produite à titre de « preuve nouvelle » devant la Cour d’appel n’est pas une preuve nouvelle au sens de l’arrêt de principe *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. L’alinéa 683(1)d) du *Code criminel* confère à une cour d’appel le pouvoir discrétionnaire d’admettre de nouveaux éléments de preuve lorsqu’elle juge qu’il y va de l’intérêt de la justice. Appliquant cette disposition, notre Cour a établi dans l’arrêt *Palmer* un critère en quatre étapes qui a été confirmé notamment dans *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501, et, plus récemment, dans *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, 2000 CSC 47, le juge Gonthier au nom de la Cour (j’ai rédigé des motifs dissidents sur un autre point), afin de guider l’exercice du pouvoir discrétionnaire quant à l’admission des nouveaux éléments de preuve en appel.

(1) On ne devrait généralement pas admettre une preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès. Ce principe est appliqué avec plus de souplesse en matière criminelle, de sorte qu’une preuve nouvelle convaincante qui ne satisfait pas à l’exigence de diligence raisonnable doit être évaluée non pas séparément mais en fonction du poids des autres facteurs et de l’intérêt de la justice : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579.

(2) La preuve doit être pertinente, en ce sens qu’elle a une incidence sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès. Si les éléments de preuve qu’on cherche à faire admettre remettent en question la validité même du procès, ils devraient être admis indépendamment des critères : *R. c. W. (W.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.).

(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief.

(4) The evidence must be such that, if believed and when taken with the other evidence adduced at trial, it could reasonably be expected to have affected the result.

The *Palmer* test is applicable to quasi-criminal matters such as extradition proceedings. However, one must be mindful of the context and the purpose for which the evidence is tendered. Properly construed, the evidence here was tendered in the Court of Appeal for the purpose of invoking the jurisdiction of that court to control its own process, rather than for the purpose of asking the court to review the proceedings in the court below. In the same way, if evidence is required to support a *Charter* claim that can only be advanced for the first time in the Court of Appeal, as would be the case for matters that can only be raised after the Minister's decision to surrender, upon judicial review by the Court of Appeal of that decision, the *Palmer* test is of limited application.

In such cases, the evidence is not offered as a foundation for reviewing the decision under appeal, but as a basis for requesting an original remedy in the Court of Appeal. Consequently, in these circumstances, the evidence must be relevant to the remedy sought before the Court of Appeal. It must be credible and sufficient, if uncontradicted, to justify the court making the order. Before this Court, the respondent argued that the Court of Appeal was correct in declining to hear as fresh evidence the comments of the U.S. judge and the prosecutor, since that evidence was irrelevant to the appellate review of the decision of the extradition judge. Such evidence could only be relevant at the executive phase, as it is the Minister who is tasked with making s. 7 assessments in the context of the decision to surrender (subject to judicial review by provincial courts of appeal).

(3) La preuve doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi.

(4) La preuve doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

Le critère de l'arrêt *Palmer* s'applique aux matières quasi pénales, telles les procédures d'extradition. Cependant, il faut garder à l'esprit le contexte et l'objet de la production de la preuve. L'interprétation correcte est que la preuve en l'espèce a été produite en cour d'appel pour invoquer la compétence de cette cour pour contrôler ses propres procédures, plutôt que pour lui demander de contrôler les procédures devant la juridiction inférieure. De même, l'application du critère de l'arrêt *Palmer* est limitée lorsque la preuve est nécessaire pour étayer une revendication fondée sur la *Charte* qui ne peut être soulevée pour la première fois qu'en cour d'appel, comme ce serait le cas pour les questions qui ne se posent que dans le cadre du contrôle judiciaire, par la cour d'appel, de la décision du ministre d'extrader ou non.

44

Dans de tels cas, la preuve ne vise pas à fonder la demande de contrôle de la décision faisant l'objet de l'appel, mais vise à étayer une demande de réparation dans le cadre de l'instance d'appel. En conséquence, dans ces circonstances, la preuve doit être pertinente quant à la réparation sollicitée auprès de la cour d'appel. Elle doit être plausible et, si elle n'est pas contestée, suffisamment probante pour justifier que la cour délivre l'ordonnance. L'intimé a fait valoir devant notre Cour que la Cour d'appel avait eu raison de refuser d'admettre comme preuve nouvelle les commentaires du juge et du procureur américains parce que cette preuve était sans pertinence dans le contrôle en appel de la décision du juge d'extradition. Ce type de preuve ne pourrait être pertinente qu'à l'étape de l'exercice du pouvoir exécutif, puisque c'est le ministre qui est chargé d'examiner les questions touchant l'art. 7 dans le cadre de sa décision relative à la remise du fugitif (sous réserve du contrôle judiciaire des cours d'appel provinciales).

45

46

This argument, in my view, mischaracterizes the purpose of the so-called fresh evidence. The s. 7 *Charter* claim that the appellant advanced in the Court of Appeal was an allegation of abuse of the ongoing judicial process. The process which the appellant maintained was being abused was the judicial phase of the extradition process, which includes the review of committal on appeal. In my view, the evidence was relevant to the appellant's claim that the Requesting State, as a party to this litigation, disentitled itself from the assistance of Canadian courts by permitting its officials to behave as they did in this case.

47

Furthermore, the evidence was credible. Not only was it uncontradicted and unexplained, but the respondent made no efforts to distance itself from the impugned comments. Indeed, the evidence was acted upon in the related cases of *Cobb* and *Tsioubris* as a basis for granting the very remedy sought by the appellant before the Court of Appeal. In this sense, the evidence served to challenge the essential validity of the committal hearing, and thus played a decisive role in the analysis of those appeals. It would have played a similar role at the appeal against committal in the present case.

48

In my opinion, the Court of Appeal should have received the evidence tendered by the appellant and should have considered whether that evidence revealed an abuse of process which possibly tainted, if not the committal hearing itself, the legitimate appeal from it. Abuse of process is always better dealt with by the court where the abuse occurs: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

49

Having reached this conclusion, I would normally remit the matter to the Court of Appeal for its consideration of the evidence and for its assessment of the intent and import of the remarks by the American officials. However, in the unusual circumstances of this case, no useful purpose can be served in sending the matter back to the Court of Appeal.

À mon avis, cet argument fausse l'objet de la soi-disant preuve nouvelle. L'argument fondé sur l'art. 7 de la *Charte* que l'appelant a présenté devant la Cour d'appel est une allégation d'abus de procédures judiciaires en cours. Les procédures visées dans cette allégation sont l'étape judiciaire du processus d'extradition, qui comprend le contrôle en appel de l'incarcération. J'estime que la preuve était pertinente quant à la prétention de l'appelant selon laquelle l'État requérant, en tant que partie à l'instance, s'était lui-même privé du droit à l'assistance des tribunaux canadiens en l'espèce en permettant que ses représentants se comportent comme ils l'ont fait.

La preuve était en outre digne de foi. Non seulement les commentaires contestés n'ont-ils jamais été contredits ou expliqués, mais de plus l'intimé n'a pris aucune mesure pour s'en dissocier. En fait, dans les affaires connexes *Cobb* et *Tsioubris*, la preuve constituait le fondement de la réparation accordée qui est précisément celle que sollicitait l'appelant auprès de la Cour d'appel. En ce sens, la preuve a servi à contester la validité fondamentale de l'audience d'incarcération, et a donc joué un rôle décisif dans l'analyse de ces pourvois. Elle aurait joué un rôle similaire dans l'appel contre l'ordonnance d'incarcération en l'espèce.

À mon avis, la Cour d'appel aurait dû admettre la preuve produite par l'appelant et examiner si elle révélait un abus des procédures qui pourrait avoir vicié, sinon l'audience d'incarcération, le processus légitime d'appel de l'incarcération. Il vaut toujours mieux que ce soit le tribunal dans lequel l'abus s'est produit qui traite de la question de l'abus de procédures : *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

Normalement, à la suite d'une telle conclusion, je renverrais le dossier devant la Cour d'appel pour qu'elle examine la preuve et se prononce sur l'intention et l'incidence des commentaires faits par les autorités américaines. Dans les circonstances inusitées de l'espèce, cependant, il est inutile de renvoyer le dossier à la Cour d'appel.

I have already expressed my opinion as to the appropriateness of staying the proceedings against the fugitives in *Cobb*. Even though I concluded in that case that the extradition judge did not err in granting a stay of proceedings on the basis of both the comments made by Judge Caldwell in 1995 and the remarks of prosecutor Zubrod in 1997, I take a slightly different view in the present case. I would disregard the comments of Judge Caldwell. As I indicated in *Cobb*, the interpretation given by Hawkins J. to the comments of Judge Caldwell was not an unreasonable one and I saw no reason to interfere with it on appeal. Here, on the other hand, I must consider this fresh evidence without the benefit of the assessment of either the extradition judge or the court of appeal. I must therefore come to my own conclusion about the import of Judge Caldwell's comments. For the reasons I expressed above, his remarks, made in the course of a sentencing hearing, may not necessarily be construed as a threat of judicial retaliation directed at those who avail themselves of the Canadian judicial system to oppose an extradition request, as is their right. Taken alone, and in their proper context, these comments, in my judgment, would not be sufficient to sustain a claim of abuse of process.

On the other hand, the threats uttered by the U.S. prosecutor are, in my view, unambiguous and shocking. They were addressed generically, so to speak, to all those who were resisting extradition in the matter that Mr. Zubrod was prosecuting. As he himself put it when asked whether his threats had had any impact: "Well, out of the 89 people we've indicted so far, approximately 55 of them have said, 'We give up'."

Standing alone, the statements of the prosecutor constitute a sufficient basis upon which to disentitle the Requesting State from pursuing this matter further before the courts in Canada. This threat is

J'ai déjà exprimé mon point de vue sur le bien-fondé de l'arrêt des procédures intentées contre les fugitifs dans l'arrêt *Cobb*. Même si je conclus dans cet arrêt que le juge d'extradition n'a pas commis d'erreur en ordonnant l'arrêt des procédures tant en raison des commentaires du juge Caldwell en 1995 que de ceux du procureur Zubrod en 1997, j'adopte un point de vue légèrement différent en l'espèce. Je ne tiendrais pas compte des commentaires du juge Caldwell. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt connexe *Cobb*, l'interprétation donnée par le juge Hawkins des observations du juge Caldwell n'était pas déraisonnable et je n'ai vu aucune raison d'intervenir à leur sujet dans ce pourvoi. En revanche, je dois prendre en considération cette preuve nouvelle en l'espèce sans bénéficier de l'appréciation de cette preuve par le juge d'extradition ou de la cour d'appel. Je dois donc parvenir à ma propre conclusion quant à l'importance des commentaires du juge Caldwell. Pour les motifs que j'ai exposés précédemment, ces commentaires qui ont été faits pendant une audience de détermination de la peine ne doivent pas nécessairement être interprétés comme une menace de représailles judiciaires contre ceux qui choisissent de se prévaloir du système judiciaire canadien afin de s'opposer à une demande d'extradition, comme ils sont en droit de le faire. Pris isolément, et dans leur contexte, ces commentaires ne suffisent pas à mon avis à étayer l'argument fondé sur l'abus de procédures.

En revanche, j'estime que les menaces proférées par le procureur de la poursuite américain sont sans équivoque et choquantes. Elles visaient généralement, pour ainsi dire, tous ceux qui s'opposaient à leur extradition dans la poursuite dont M. Zubrod était chargé. Comme il l'a lui-même expliqué quand on lui a demandé si ses menaces avaient eu quelque incidence : « Bien, sur les 89 individus que nous avons formellement accusés jusqu'à maintenant, environ 55 ont décidé de se rendre ».

Prises séparément, les déclarations du procureur constituent un motif suffisant pour retirer à l'État requérant le droit de poursuivre ses démarches devant les tribunaux canadiens. La menace n'a pas

still in effect as the United States appears as a respondent before this Court. We are therefore in as good a position as the Court of Appeal to intervene to protect the integrity of the judicial phase of the extradition proceedings against the appellant, including the appellate component of that judicial phase.

53

For the reasons given in *Cobb*, even though other remedies can always be considered and applied by the Minister at the surrender stage, such as a refusal to surrender or a surrender with pre-conditions, I am of the view that it is neither premature nor inappropriate for appellate courts to preserve their own integrity by disallowing the claim of litigants who use unconscionable means to advance their interests before the courts. All things considered, such was the case here.

D. Disclosure Issues and Use of Alleged Co-Conspirators' Affidavit Material

54

In light of the above, it is not necessary to deal with the other issues raised in the appeal. However, since they were fully argued before us, I will dispose of them briefly. First, for the reasons given in *Kwok* and *Cobb*, I find no merit in the appellant's arguments on the disclosure issues.

55

Second, the appellant argued before the extradition judge that the use of the affidavit material of alleged co-conspirators, who had pleaded guilty in the U.S. but had not been sentenced at the time of swearing the affidavits, violated his rights under s. 7 of the *Charter*. He submitted that using such evidence was an invitation to perjury by the alleged co-conspirators, who could tailor their evidence in favour of the prosecution to seek a lesser sentence. He argued that this material should have been excluded from the extradition proceedings under s. 24(2) of the *Charter*. The respondent submitted that there was no basis in Canadian law, and

disparu alors que les États-Unis comparaissent à titre d'intimé devant notre Cour. Par conséquent, nous sommes aussi bien placés que la Cour d'appel pour intervenir afin de protéger l'intégrité de l'étape judiciaire des procédures d'extradition intentées contre l'appelant, notamment des procédures d'appel dans cette étape.

Pour les motifs exposés dans l'arrêt connexe *Cobb*, même si le ministre peut toujours envisager et mettre en œuvre d'autres réparations au stade de la remise du fugitif, par exemple le refus d'extrader ou une décision d'extrader assortie de conditions préalables, je suis d'avis qu'il n'est ni prématuré ni inapproprié pour des cours d'appel de préserver leur propre intégrité en déboutant les parties qui ont recours à des moyens abusifs pour faire avancer leur cause devant les tribunaux. En définitive, c'est ce qui s'est produit en l'espèce.

D. Les questions relatives à la communication de la preuve et le recours aux affidavits des présumés complices

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de traiter des autres questions du pourvoi. Cependant, comme elles ont été plaidées en détail devant nous, j'en traiterai brièvement. Premièrement, pour les motifs exposés dans les arrêts connexes *Kwok* et *Cobb*, j'estime que les arguments de l'appelant sur la question de la communication de la preuve sont dénués de fondement.

Deuxièmement, l'appelant a fait valoir devant le juge d'extradition que le recours aux affidavits des présumés complices, qui avaient plaidé coupable aux États-Unis mais dont la peine n'avait pas encore été fixée quand ils ont déposé sous serment, contrevenait à ses droits, garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Il a soutenu que les affidavits étaient une invitation au parjure, en ce sens que les complices pouvaient modifier leur déposition en faveur de la poursuite dans l'espoir de recevoir une peine moins sévère. Il a plaidé que cette preuve aurait dû être exclue des procédures d'extradition aux termes du par. 24(2) de la *Charte*. L'intimé a affirmé qu'il n'y avait aucun fondement en droit canadien, et plus particulièrement en ce qui

specifically under s. 7 of the *Charter*, for excluding such evidence.

An extradition judge has the power to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter* as a remedy for a violation of a fugitive's constitutional rights. The *Charter* applies only domestically and has no effect extraterritorially, except to Canadian authorities: *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597. However, in an appropriate case, the extradition judge could exclude evidence gathered by the foreign authorities in such an abusive manner that its admission *per se* would be unfair under s. 7 of the *Charter*: *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

The impugned evidence at issue here is not inadmissible in Canadian law. The appellant has referred to *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17 (C.A.), in which Parker L.C.J. wrote, at pp. 20-21:

It may well be, and indeed it is admitted, that in strict law Swan was a competent witness, but for years now it has been the recognised practice that an accomplice who has been charged, either jointly charged in the indictment with his co-accused or in the indictment though not under a joint charge, or indeed has been charged though not brought to the state of an indictment being brought against him, shall not be called by the prosecution, except in limited circumstances.

However, this English rule goes further than Canadian practice. Indeed many cases have followed the broader interpretation formulated by McIntyre J. in *R. v. Williams* (1974), 21 C.C.C. (2d) 1 (C.M.A.C.) (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1974] S.C.R. xii), at p. 11 and cited with approval by Ritchie J. for the majority of this Court in *Shephard*, *supra*, at p. 1086:

While the practice of calling an accomplice against whom unresolved legal proceedings are outstanding is to be frowned upon and even condemned involving as it does grave dangers in that a witness may be provided with a strong motive to colour his evidence or give false evidence I cannot say that such evidence is inadmissible

concerne l'art. 7 de la *Charte*, pour l'exclusion de tels éléments de preuve.

Le juge d'extradition est habilité à exclure des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* en réparation à l'atteinte aux droits constitutionnels d'un fugitif. La *Charte* ne s'applique qu'à l'intérieur des frontières et n'a pas d'application extraterritoriale, sauf pour les autorités canadiennes : *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597. Cependant, dans un cas approprié, le juge d'extradition pourrait exclure des éléments de preuve recueillis de manière si abusive par des autorités étrangères que leur admission serait en soi inéquitable au sens de l'art. 7 de la *Charte* : *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

La preuve contestée en l'espèce n'est pas inadmissible en droit canadien. L'appelant a cité l'arrêt *R. c. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17 (C.A.), dans lequel le lord juge en chef Parker indique, aux p. 20-21 :

[TRADUCTION] Il se peut fort bien, et cela est en fait admis qu'en droit strict Swan soit un témoin compétent, mais la pratique courante depuis des années veut que la poursuite ne puisse citer comme témoin, sauf dans des circonstances exceptionnelles, le complice qui a été inculpé conjointement ou non par mise en accusation avec son coaccusé, ou inculpé autrement que par mise en accusation.

Cependant, cette règle britannique va plus loin que la pratique au Canada. En fait, de nombreuses décisions ont adopté l'interprétation plus large qu'a formulée le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Williams* (1974), 21 C.C.C. (2d) 1 (C.A.C.M.), p. 11 (demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada rejetée, [1974] R.C.S. xii), interprétation que le juge Ritchie, au nom d'une majorité de notre Cour, a approuvée dans l'arrêt *Shephard*, précité, p. 1086 :

Quoiqu'on doive désapprouver et même condamner la pratique de citer comme témoin un complice contre qui des poursuites judiciaires sont en cours, parce qu'elle comporte de graves dangers en ce qu'elle peut fournir au témoin une raison sérieuse de déformer la vérité ou de donner un faux témoignage, je ne peux pas dire

56

57

58

nor that its reception will void a conviction. The effect of the Canadian decisions is to indicate that while such a step may affect the weight of evidence offered in this fashion it does not go to the question of admissibility.

See also *R. v. Donaldson*, [1988] O.J. No. 1232 (QL) (Dist. Ct.), *per* Wright Dist. Ct. J., and *United States of America v. Cheung*, [1998] Q.J. No. 3393 (QL) (Sup. Ct.), *per* Hesler J.

59 The fact that the affiants were awaiting sentence at the time of their evidence goes to weight, not admissibility. Weighing the evidence or assessing credibility is not part of the extradition judge's jurisdiction, as this Court established in *Shephard*, *supra*, and it is not open to that judge to assume responsibility over the actions of foreign officials in preparing evidence or to assume that foreign courts will not give the fugitive a fair trial or cannot properly weigh evidence: *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536. The extradition judge and the Court of Appeal were correct in refusing to exclude this evidence.

VII. Conclusions and Disposition

60 The Court of Appeal erred in declining to receive the fresh evidence. Even if the U.S. Government did not endorse their views, by allowing its officials to place undue pressure on a Canadian citizen to forego due legal process in Canada, the Requesting State has disintitiled itself from pursuing its extradition request before the courts. The intimidation bore upon the judicial phase of the extradition process in its entirety, thus engaging the appellant's right to fundamental justice under s. 7 of the *Charter* as well as by virtue of the doctrine of abuse of process.

61 This Court, just as the Court of Appeal did, has the requisite jurisdiction to control the integrity of the proceedings before it, and to grant a remedy, both at common law and under the *Charter*, for abuse of process. Since the Requesting State in

qu'un tel témoignage est irrecevable ni que son admission entraînerait la nullité du verdict de culpabilité. Les décisions canadiennes indiquent qu'une telle mesure peut affecter la valeur du témoignage donné de cette façon, mais pas son admissibilité.

Voir également *R. c. Donaldson*, [1988] O.J. No. 1232 (QL) (C. dist.), le juge Wright, et *United States of America c. Cheung*, [1998] A.Q. n° 3393 (QL) (C.S.), le juge Hesler.

Le fait que les déposants attendaient de recevoir leur peine au moment de leur déposition est pertinent quant à la force probante, et non quant à l'admissibilité. La pondération de la preuve et l'évaluation de la crédibilité ne relèvent pas de la compétence du juge d'extradition, comme notre Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Shephard*, précité, et il ne lui est pas loisible de se prononcer sur la conduite des représentants étrangers dans la préparation des éléments de preuve, ou de supposer que les tribunaux étrangers n'accorderont pas au fugitif un procès équitable ou ne sont pas en mesure d'apprécier correctement la preuve: *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536. Le juge d'extradition et la Cour d'appel ont eu raison de refuser d'exclure ces éléments de preuve.

VII. Conclusions et dispositif

La Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'admettre la preuve nouvelle. Même si le gouvernement des États-Unis n'a pas appuyé leur point de vue, en permettant à ses représentants d'exercer une pression excessive sur un citoyen canadien pour qu'il renonce à l'application régulière du processus judiciaire au Canada, l'État requérant a perdu son droit de poursuivre ses démarches d'extradition devant les tribunaux. Cette intimidation a entaché toute l'étape judiciaire du processus d'extradition, et a mis en jeu le droit de l'appelant à la justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte* et de la règle de l'abus de procédures.

Notre Cour, tout comme la Cour d'appel, a la compétence requise pour contrôler l'intégrité de ses procédures et pour accorder réparation, tant en common law qu'en vertu de la *Charte*, en matière d'abus de procédures. Étant donné que, dans les

these proceedings, represented by the Attorney General of Canada, has not repudiated the statements of one of its officials that an unconscionable price would be paid by the appellant for having insisted on exercising his rights under Canadian law, this is a clear case where to proceed further with the extradition hearing would violate “those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and decency” (*R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59).

Accordingly I would allow the appeal and enter a stay of the extradition proceedings against the appellant.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Buhr & Kert, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Toronto.

présentes procédures, l’État requérant, représenté par le procureur général du Canada, n’a pas répudié les déclarations faites par un de ses représentants selon lesquelles l’appellant aurait à payer un prix inique pour avoir voulu exercer ses droits en vertu du droit canadien, il s’agit clairement d’un cas où poursuivre l’audience d’extradition équivaudrait à violer « les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société » (*R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, p. 659).

Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner l’arrêt des procédures d’extradition intentées contre l’appellant.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l’appelant: Buhr & Kert, Toronto.

Procureur de l’intimé: Le ministère de la Justice, Toronto.

The Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. *Applicant*

v.

The National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada) *Respondent*

and

The Saskatchewan Labour Relations Board *Respondent*

INDEXED AS: SASKATCHEWAN INDIAN GAMING AUTHORITY INC. v. CAW-CANADA

Neutral citation: 2001 SCC 22.

File No.: 28406.

2001: March 30.

Present: Binnie J.

MOTION SEEKING ORDER DIRECTING SERVICE OF APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

Practice — Supreme Court of Canada — Applications for leave to appeal — Service — Meaning of term “party” — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 1, 23(1).

Statutes and Regulations Cited

Constitutional Questions Act, R.S.S. 1978, c. C-29, s. 8(9) [rep. & sub. 1983-84, c. 31, s. 2].
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 1 “party”, 23(10) [rep. & sub. SOR/91-347, s. 11].

MOTION seeking order directing service of application for leave to appeal. Motion granted.

Written submissions by *Thomson Irvine* for the Attorney General for Saskatchewan, applicant on the motion.

Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. *Requérante*

c.

Syndicat national de l’automobile, de l’aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada) *Intimé*

et

Saskatchewan Labour Relations Board *Intimé*

RÉPERTORIÉ : SASKATCHEWAN INDIAN GAMING AUTHORITY INC. c. TCA-CANADA

Référence neutre : 2001 CSC 22.

N° du greffe : 28406.

2001 : 30 mars.

Présent : Le juge Binnie.

REQUÊTE SOLLICITANT UNE ORDONNANCE INTIMANT LA SIGNIFICATION DE LA DEMANDE D’AUTORISATION D’APPEL

Pratique — Cour suprême du Canada — Demande d’autorisation d’appel — Signification — Sens du mot «partie» — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1, 23(1).

Lois et règlements cités

Constitutional Questions Act, R.S.S. 1978, ch. C-29, art. 8(9) [abr. & rempl. 1983-84, ch. 31, art. 2].
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1 « partie », 23(10) [abr. & rempl. DORS/91-347, art. 11].

REQUÊTE sollicitant une ordonnance intimant la signification de la demande d’autorisation d’appel. Requête accordée.

Argumentation écrite par *Thomson Irvine*, pour le procureur général de la Saskatchewan, requérant à la requête.

Written submissions by *Jeffrey W. Beedell*, for the applicant the Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc., respondent on the motion.

Written submissions by *Richard A. Engel*, for the respondent CAW-Canada.

Written submissions by *Melanie Baldwin*, for the respondent the Saskatchewan Labour Relations Board.

The following order was delivered by

BINNIE J. — The Attorney General for Saskatchewan seeks an order directing the Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. to serve the Attorney General of Saskatchewan with the application for leave to appeal in this matter. Rule 23(10) provides that:

An applicant shall serve the application for leave on the parties in the courts below and shall file the application for leave with the Registrar within the time set out in paragraph 58(1)(a) and subsection 58(2) of the Act or as extended pursuant to subsection 59(1) of the Act. [Emphasis added.]

Rule 1 defines a party to include “an intervener unless the text provides otherwise or unless the context does not so permit”. Section 8 of the *Constitutional Questions Act*, R.S.S. 1978, ch. C-29, provides in subs. (9) that where the Attorney General for Saskatchewan appears in a proceeding before a court in Saskatchewan in respect to a Constitutional Question “he is a party for the purposes of appeal from an adjudication therein respecting the validity or applicability of a law or respecting entitlement to a remedy”.

There is no doubt that the Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. was required to serve the Attorney General for Saskatchewan with the leave application to this Court. Accordingly an order will go directing the applicant Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. to serve the Attorney General for Saskatchewan with the application for leave to appeal and any other materials that the applicant may subsequently file in this matter, and permitting the Attorney General for Saskatchewan

Argumentation écrite par *Jeffrey W. Beedell*, pour la requérante la Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc., intimée à la requête.

Argumentation écrite par *Richard A. Engel*, pour l’intimé TCA-Canada.

Argumentation écrite par *Melanie Baldwin*, pour l’intimé le Saskatchewan Labour Relations Board.

Version française de l’ordonnance rendue par

LE JUGE BINNIE — Le procureur général de la Saskatchewan sollicite une ordonnance intimant à la Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. de lui signifier la demande d’autorisation d’appel dans le présent dossier. Le paragraphe 23(10) des Règles de notre Cour précise que

[I]a demande d’autorisation doit être signifiée aux parties au litige devant le tribunal de juridiction inférieure et déposée auprès du registraire dans le délai prévu à l’alinéa 58(1)a) et au paragraphe 58(2) de la Loi ou prorogé conformément au paragraphe 59(1) de la Loi. [Je souligne.]

Aux termes de l’art. 1, « sauf indication contraire du contexte, les [...] intervenants » sont compris parmi les parties. Le paragraphe 8(9) de la *Constitutional Questions Act*, R.S.S. 1978, ch. C-29, dispose que, lorsque le procureur général de la Saskatchewan comparaît relativement à une question constitutionnelle dans une instance devant un tribunal de la Saskatchewan, [TRADUCTION] « il est partie à l’appel de la décision rendue dans cette instance relativement soit à la validité ou à l’applicabilité d’une loi, soit au droit à une réparation ».

Il ne fait aucun doute que la Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. était tenue de signifier au procureur général de la Saskatchewan la demande d’autorisation d’appel à notre Cour. Par conséquent, il sera rendu une ordonnance intimant à la Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. demanderesse de signifier au procureur général de la Saskatchewan la demande d’autorisation d’appel ainsi que tout autre document qu’elle déposera par la suite dans le cadre du présent dossier, et autori-

1

2

3

to file his response within thirty days from the date of such service.

sant le procureur général de la Saskatchewan à produire sa réponse dans un délai de trente jours de la date de la signification.

4 The Attorney General for Saskatchewan is entitled to his costs of this motion in any event of the cause.

Le procureur général de la Saskatchewan a droit aux dépens afférents à la présente requête, quelle que soit l'issue de l'affaire.

Motion granted.

Requête accordée.

Solicitor for the Attorney General for Saskatchewan, applicant on the motion: The Deputy Attorney General, Regina.

Procureur du procureur général de la Saskatchewan, requérant à la requête : Le sous-procureur général, Regina.

Solicitors for the applicant the Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc., respondent on the motion: McDougall Gauley, Saskatoon.

Procureurs de la requérante la Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc., intimée à la requête : McDougall Gauley, Saskatoon.

Solicitors for the respondent CAW-Canada: Gerrand Rath Johnson, Regina.

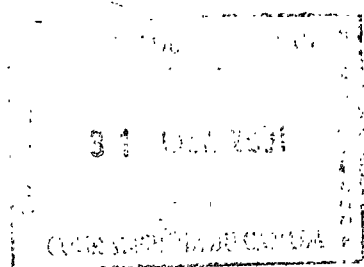
Procureurs de l'intimé TCA-Canada : Gerrand Rath Johnson, Regina.

Solicitor for the respondent the Saskatchewan Labour Relations Board: Melanie Balwin, Regina.

Procureur de l'intimé le Saskatchewan Labour Relations Board : Melanie Balwin, Regina.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 4, 2001 Vol. 1

4^e cahier, 2001 Vol. 1

Cited as [2001] 1 S.C.R. 647-861

Renvoi [2001] 1 R.C.S. 647-861

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

R. v. Dutra..... 759

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — No violation of accused's right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. Kelly..... 741

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Reference to Court of Appeal — Accused applying to Supreme Court for leave to appeal decision of Court of Appeal on reference under s. 690 of Criminal Code — Whether Court of Appeal provided only an opinion under s. 690(c) of Code — Whether Crown's motion to quash application for leave should be granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 690(b), (c).

R. v. Pakoo..... 757

Criminal law — Unreasonable verdict — Sexual assault — Court of Appeal setting aside accused's conviction and entering acquittal — Court of Appeal's judgment affirmed.

R. v. Parent..... 761

Criminal law — Charge to jury — Murder — Effect of anger on criminal intent — Trial judge suggesting in his charge that intense anger short of provocation might suffice to reduce murder to manslaughter by raising doubts on existence of criminal intent for murder — Whether trial judge misdirected jury on effect of anger in relation to manslaughter — If so, whether recharge on provocation corrected misdirection.

R. v. Rideout..... 755

Criminal law — Evidence — Hearsay — Defence counsel at trial consenting to admission of hearsay evidence — Court of Appeal dismissing accused's appeal from conviction — Defence counsel's decision not leading to miscarriage of justice.

R. v. Ruzic..... 687

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Criminal Code providing for defence of compulsion by threats — Provision requiring that threat be of immediate death or bodily harm from a person who is present when offence is committed — Whether immediacy and presence requirements of provision infringe principles of fundamental justice — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 17.

Criminal law — Defences — Duress — Criminal Code providing for defence of compulsion by threats — Provision requiring that threat must be of immediate death or bodily harm from a person who is present when offence is committed — Whether trial judge right in allowing common law defence of

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Dutra..... 759

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Aucune violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. c. Kelly..... 741

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Renvoi devant la Cour d'appel — L'accusé fait une demande d'autorisation de pourvoi auprès de la Cour suprême contre la décision de la Cour d'appel sur le renvoi fait en vertu de l'art. 690 du Code criminel — La Cour d'appel a-t-elle fourni seulement une opinion en vertu de l'art. 690(c) du Code? — La requête en annulation d'une demande d'autorisation de pourvoi présentée par le ministère public doit-elle être accueillie? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 690b), c).

R. c. Pakoo..... 757

Droit criminel — Verdict déraisonnable — Agression sexuelle — Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité de l'accusé et inscrivant un acquittement — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

R. c. Parent..... 761

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre — Effet de la colère sur l'intention criminelle — Exposé du juge du procès suggérant que la colère en deçà de la provocation pourrait suffire pour réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable en faisant naître un doute quant à l'existence de l'intention criminelle applicable au meurtre — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées sur l'effet de la colère en matière d'homicide involontaire coupable? — Dans l'affirmative, le nouvel exposé sur la provocation a-t-il eu pour effet de corriger les directives erronées?

R. c. Rideout..... 755

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Avocat de la défense au procès consentant à l'admissibilité d'une preuve par ouï-dire — Appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — Décision prise par l'avocat de la défense n'ayant pas entraîné une erreur judiciaire.

R. c. Ruzic..... 687

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Code criminel prévoyant un moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces — Disposition exigeant qu'il y ait des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise — Les exigences d'immédiateté et de présence violent-elles les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

duress to go to jury — Whether trial judge adequately instructed jury on defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 17.

Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers 772

Administrative law — Judicial review — Jurisdiction — British Columbia College of Teachers — Private institution with religious affiliations applying to College for permission to assume full responsibility for teacher education program — College denying application — Whether College had jurisdiction to consider discriminatory practices of private institution in dealing with its application — Teaching Profession Act, R.S.B.C. 1996, c. 449, s. 4.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — British Columbia College of Teachers — Private institution with religious affiliations applying to College for permission to assume full responsibility for teacher education program — College denying application — Whether College's decision justified — Standard of review applicable to College's decision — Manner of resolving potential conflict between religious freedoms and equality rights.

Walker Estate v. York Finch General Hospital 647

Négligence — Standard of care — Blood banks — Plaintiffs contracting HIV from blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiffs claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Appropriate standard of care for professional voluntary blood banks in North America — Whether Society met proper standard of care — Whether trial judge correct in finding that Society's May 1984 pamphlet given to blood donors was inadequate despite evidence of two medical experts to the contrary.

Négligence — Causation — Proper test for causation in cases of negligent donor screening by blood banks — Plaintiff contracting HIV from blood and blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiff claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Trial judge concluding that infected donor would still have given blood even if Society had met proper standard of care and dismissing negligence action for failure to prove causation — Court of Appeal imposing liability on basis of presumptive causal link — Whether rebuttable presumption of causation appropriate standard to apply in cases of negligent blood donor screening.

SOMMAIRE (Suite)

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17.

Droit criminel — Moyens de défense — Contrainte — Code criminel prévoyant un moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces — Disposition exigeant qu'il y ait des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise — Le juge du procès a-t-il eu raison de permettre que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit soumis à l'appréciation du jury? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur ce moyen de défense? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17.

Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers..... 772

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Compétence — British Columbia College of Teachers — Établissement privé affilié à une religion demandant l'autorisation d'assumer l'entière responsabilité d'un programme de formation d'enseignants — Demande rejetée par le College of Teachers — Le College of Teachers avait-il compétence pour prendre en considération les pratiques discriminatoires de l'établissement privé en traitant la demande de ce dernier? — Teaching Profession Act, R.S.B.C. 1996, ch. 449, art. 4.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — British Columbia College of Teachers — Établissement privé affilié à une religion demandant l'autorisation d'assumer l'entière responsabilité d'un programme de formation d'enseignants — Demande rejetée par le College of Teachers — La décision du College of Teachers est-elle justifiée? — Norme de contrôle applicable à la décision du College of Teachers — Façon de régler un conflit éventuel entre les libertés religieuses et les droits à l'égalité.

Walker, Succession c. York Finch General Hospital... 647

Négligence — Norme de diligence — Banques de sang — Les demandeurs ont contracté le VIH après avoir reçu des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Les demandeurs soutiennent que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA — Norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord — La Croix-Rouge a-t-elle satisfait à la norme de diligence applicable? — Le juge de première instance a-t-il eu raison de conclure au caractère inadéquat du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge, malgré le témoignage contraire de deux experts en médecine?

Négligence — Lien de causalité — Critère à appliquer au lien de causalité en matière de négligence de la part des banques de sang dans la sélection des donneurs — Le demandeur a contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Le demandeur soutient que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

sang ayant le VIH ou le SIDA — Le juge de première instance a conclu que même si la Croix-Rouge avait satisfait à la norme de diligence applicable, le donneur contaminé aurait tout de même donné du sang et a rejeté l'action fondée sur la négligence au motif qu'aucun lien de causalité n'a été établi — La Cour d'appel a attribué la responsabilité sur la base du lien causal présumé — La présomption réfutable de l'existence du lien de causalité est-elle la norme appropriée dans les affaires de négligence en matière de sélection des donneurs de sang?

The Canadian Red Cross Society *Appellant*

and

York Finch General Hospital (*Defendant*)

v.

Douglas Walker as Executor of the Estate of Alma Walker, deceased, Douglas Walker, infants Scott Walker and Danielle Walker by their Litigation Guardian Douglas Walker, J. Bob Alderson and Velma Alderson *Respondents*

and between

The Canadian Red Cross Society *Appellant*

and

Toronto Hospital (*Defendant*)

v.

Lois Osborne as Executrix of the Estate of Ronald Charles Osborne, deceased, Lois Osborne, Paul Osborne, Karen McCraw and David Osborne *Respondents*

and between

The Canadian Red Cross Society *Appellant*

and

Hospital for Sick Children (*Defendant*)

v.

A.A.M., A.M., on his own behalf and as Litigation Guardian for D.R.M. and A.M.M. *Respondents*

La Société canadienne de la Croix-Rouge *Appelante*

et

York Finch General Hospital (*Défendeur*)

c.

Douglas Walker à titre d'exécuteur de la succession de feu Alma Walker, Douglas Walker, les jeunes enfants Scott Walker et Danielle Walker, représentés par leur tuteur à l'instance Douglas Walker, J. Bob Alderson et Velma Alderson *Intimés*

et entre

La Société canadienne de la Croix-Rouge *Appelante*

et

Toronto Hospital (*Défendeur*)

c.

Lois Osborne à titre d'exécutrice de la succession de feu Ronald Charles Osborne, Lois Osborne, Paul Osborne, Karen McCraw et David Osborne *Intimés*

et entre

La Société canadienne de la Croix-Rouge *Appelante*

et

Hospital for Sick Children (*Défendeur*)

c.

A.A.M., A.M., pour son propre compte et à titre de tuteur à l'instance de D.R.M. et A.M.M. *Intimés*

INDEXED AS: WALKER ESTATE v. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL

Neutral citation: 2001 SCC 23.

File Nos.: 27284, 27285.

2000: November 7; 2001: April 19.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Négligence — Standard of care — Blood banks — Plaintiffs contracting HIV from blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiffs claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Appropriate standard of care for professional voluntary blood banks in North America — Whether Society met proper standard of care — Whether trial judge correct in finding that Society's May 1984 pamphlet given to blood donors was inadequate despite evidence of two medical experts to the contrary.

Négligence — Causation — Proper test for causation in cases of negligent donor screening by blood banks — Plaintiff contracting HIV from blood and blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiff claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Trial judge concluding that infected donor would still have given blood even if Society had met proper standard of care and dismissing negligence action for failure to prove causation — Court of Appeal imposing liability on basis of presumptive causal link — Whether rebuttable presumption of causation appropriate standard to apply in cases of negligent blood donor screening.

The plaintiffs — W, O and M — contracted HIV from blood and blood products supplied by the Canadian Red Cross Society (“CRCS”). They claimed that the CRCS was negligent in the procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS. In W's case,

RÉPERTORIÉ : WALKER, SUCCESSION c. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL

Référence neutre : 2001 CSC 23.

N^{os} du greffe : 27284, 27285.

2000 : 7 novembre; 2001 : 19 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Négligence — Norme de diligence — Banques de sang — Les demandeurs ont contracté le VIH après avoir reçu des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Les demandeurs soutiennent que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA — Norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord — La Croix-Rouge a-t-elle satisfait à la norme de diligence applicable? — Le juge de première instance a-t-il eu raison de conclure au caractère inadéquat du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge, malgré le témoignage contraire de deux experts en médecine?

Négligence — Lien de causalité — Critère à appliquer au lien de causalité en matière de négligence de la part des banques de sang dans la sélection des donneurs — Le demandeur a contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Le demandeur soutient que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA — Le juge de première instance a conclu que même si la Croix-Rouge avait satisfait à la norme de diligence applicable, le donneur contaminé aurait tout de même donné du sang et a rejeté l'action fondée sur la négligence au motif qu'aucun lien de causalité n'a été établi — La Cour d'appel a attribué la responsabilité sur la base du lien causal présumé — La présomption réfutable de l'existence du lien de causalité est-elle la norme appropriée dans les affaires de négligence en matière de sélection des donneurs de sang?

Les demandeurs — W, O et M — ont contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge (« Croix-Rouge canadienne »). Ils soutiennent que la Croix-Rouge canadienne a fait preuve de négligence

the infected donor gave blood in September 1983. At the time, the CRCS's donor-screening method was a questionnaire given to potential donors. This April 1983 questionnaire contained questions that generally pertained to the donor's health, but made no reference to persons at high risk for contracting AIDS or to signs and symptoms of AIDS. A pamphlet published in May 1984 was the first to make reference to AIDS. In that pamphlet, the CRCS requested that homosexual or bisexual males who have multiple partners refrain from donating blood. The cases of O and M involved a single donor. The blood received by O and M was given in December 1984 and in March 1985 respectively. The donor was a long-time blood donor. He had swollen lymph nodes in his neck, but these had been present since about 1975 and, as far as he was concerned, they had no effect on his overall health and gave no cause for concern in his donating blood. Since he had not been sexually active with men since 1982, he did not regard himself as a sexually active homosexual at the time he donated blood in December 1984. It was not until November 1985 that the CRCS revised its May 1984 pamphlet to describe a typical member of the group of high-risk donors as a person who was "a male and [has] had sex with another male since 1977". Around the same time, it also began testing all blood donations for the presence of HIV antibodies using the ELISA test. In May 1986 the CRCS introduced the first brochure that asked symptom-specific questions about HIV.

The three cases were heard together. The O and M actions in negligence were successful. In determining the appropriate standard of care for the CRCS at the time, the trial judge indicated that the American Red Cross ("ARC") pamphlet released in March 1983 referred to AIDS and mentioned the high-risk groups and the signs and symptoms of AIDS. He noted that it was not until May 1984 that the CRCS released a pamphlet to potential donors which referred to AIDS and that the pamphlet did not mention the signs and symptoms of AIDS. Despite the opinions of two expert witnesses who testified that the "good health" question in the pamphlet provided an adequate alternative to symptom-specific questions, the trial judge concluded that the question did not meet the appropriate standard of care. The CRCS was in breach of the duty that it

dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA. En ce qui a trait à W, le donneur contaminé a donné du sang en septembre 1983. À cette époque, la méthode de sélection des donneurs de la Croix-Rouge canadienne consistait à remettre un questionnaire aux éventuels donneurs. Le questionnaire d'avril 1983 contient des questions qui portent de façon générale sur la santé du donneur, mais ne mentionnent ni les personnes très vulnérables au SIDA, ni les signes et symptômes du SIDA. Le dépliant de mai 1984 est le premier dépliant à mentionner le SIDA. La Croix-Rouge canadienne y demande aux hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires de s'abstenir de donner du sang. Les causes de O et de M concernent le même donneur de sang. Le sang reçu par O et M a été donné en décembre 1984 et en mars 1985 respectivement. Le donneur a longtemps donné du sang. Certains de ses ganglions lymphatiques du cou sont enflés, mais ils le sont depuis environ 1975, et il considère qu'ils n'ont aucune incidence sur son état de santé général et qu'il n'y a aucune raison de s'inquiéter du fait qu'il donne du sang. Étant donné qu'il n'a pas eu de relations sexuelles avec des hommes depuis 1982, il ne se considère pas comme un homosexuel actif au moment où il donne du sang en décembre 1984. Ce n'est qu'en novembre 1985 que la Croix-Rouge canadienne révisé son dépliant de mai 1984 afin d'y décrire le membre type du groupe de donneurs à risque élevé comme étant « un homme qui a eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 ». C'est environ à cette époque qu'elle commence aussi à analyser tous les dons de sang, à l'aide du test ELISA, afin de déterminer s'ils contiennent des anticorps anti-VIH. En mai 1986, elle commence à utiliser le premier dépliant à poser des questions portant précisément sur les symptômes du VIH.

Les trois causes ont été entendues conjointement. Les actions fondées sur la négligence de O et de M ont été accueillies. Pour établir la norme de diligence appropriée pour la Croix-Rouge canadienne de l'époque, le juge de première instance a affirmé que le dépliant de la Croix-Rouge américaine, publié en mars 1983, mentionne le SIDA et les groupes à risque élevé, de même que les signes et symptômes du SIDA. Il a fait remarquer que ce n'est qu'en mai 1984 que la Croix-Rouge canadienne publie à l'intention des éventuels donneurs un dépliant où il est question de SIDA et que le dépliant ne fait pas mention des signes et des symptômes du SIDA. Malgré l'avis de deux experts qui témoignent que la question sur la « bonne santé » contenue dans le questionnaire peut valablement remplacer les questions portant précisément sur les symptômes, le juge de première

owed to users of blood and blood products, to use the same standard as its counterparts in the U.S. to screen blood donors. The trial judge also concluded that the causal link was established in both actions. He held that if either the description of the male homosexual high risk group had been less ambiguous and more precise in the May 1984 pamphlet or the infected donor had been asked if he experienced any of the signs and symptoms of AIDS (such as swollen lymph glands), he would have been precluded from donating blood on December 1984 and March 1985. The Court of Appeal upheld that decision.

The trial judge dismissed W's action for failure to show causation. The trial judge found that even if the CRCS had met the proper standard of care, the infected donor still would have given blood. The trial judge rejected the evidence of the donor that in the fall of 1983 he was not aware of AIDS or the request by the CRCS that gay men who engaged in sex with other men should defer from donating blood, and concluded that the donor was aware of the issue but believed he could ignore the warnings to self-defer because he was in good health. The Court of Appeal set aside that decision. The court found that the CRCS was in breach of its duty of care because, during the relevant time frame, it failed to take adequate or any measures to screen persons known to pose a high risk of transmitting the HIV virus. On the issue of causation, the court applied the principles in *Hollis*. Given that the plaintiff bore the onus of proving causation, it held that the necessary causal link was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures at the time the infected donor gave the fatal HIV-tainted blood to the plaintiff. There was no evidence of conduct on the part of the donor that would have made the CRCS's failure to adequately screen high risk donors irrelevant. It was not open to the CRCS to dislodge the presumptive causal link by showing that proper screening measures would have proved ineffective in deterring the donor because of his own negligence.

Held: The appeals should be dismissed.

instance conclut que la question ne satisfait pas à la norme de diligence qu'il convient d'appliquer. La Croix-Rouge canadienne a manqué, envers les utilisateurs du sang et des produits sanguins qu'elle fournit, à son obligation d'utiliser la même norme que ses homologues aux États-Unis en matière de sélection des donneurs de sang. Le juge de première instance conclut également que le lien de causalité a été établi dans les deux actions. Il est d'avis que si la description du groupe à risque élevé que constituent les homosexuels avait été moins ambiguë et plus précise dans le dépliant de mai 1984 ou si on avait demandé au donneur contaminé s'il avait eu l'un ou l'autre des signes et des symptômes du SIDA (comme des ganglions lymphatiques enflés), il n'aurait pas pu donner du sang en décembre 1984 et en mars 1985. La Cour d'appel a maintenu la décision.

Le juge de première instance rejette l'action de W au motif que le lien de causalité n'a pas été établi. Il dit que, même si la Croix-Rouge canadienne avait satisfait à la norme de diligence applicable, le donneur contaminé aurait tout de même donné du sang. Le juge de première instance rejette le témoignage du donneur selon lequel à l'automne 1983, il n'était pas au courant du SIDA, ni du fait que la Croix-Rouge canadienne demandait aux homosexuels ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes de s'abstenir de donner du sang, et conclut que le donneur était au courant de la question, mais croyait pouvoir passer outre aux mises en garde contre le don de sang, parce qu'il était en bonne santé. La Cour d'appel annule la décision. Elle juge que la Croix-Rouge canadienne n'a pas respecté son obligation de diligence, car, au cours de la période visée, elle n'a pas pris de mesures convenables, ni même aucune mesure, pour filtrer les personnes dont le risque de transmission du VIH est élevé. En ce qui a trait au lien de causalité, la cour applique les principes de l'arrêt *Hollis*. Ainsi, comme il incombe au demandeur d'établir le lien de causalité, elle conclut qu'on doit présumer que le lien causal nécessaire est établi une fois qu'il est démontré que la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où le donneur contaminé a fait le don de sang mortel contaminé par le VIH à la demanderesse. Aucune preuve n'établit un comportement tel de la part du donneur qu'il aurait rendu non pertinente l'omission de la Croix-Rouge canadienne de filtrer convenablement les donneurs à risque élevé. La Croix-Rouge canadienne ne peut pas contester le lien causal présumé en établissant que des mesures de sélection convenables n'auraient pas suffi à dissuader le donneur à cause de sa négligence.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

In the O and M actions, the Court of Appeal was correct in upholding the trial judge's decision. The trial judge was entitled to find that the donor screening procedures of the CRCS May 1984 pamphlet, which was in use when the donor made his HIV-infected blood donations in December 1984 and March 1985, were inadequate and to reject the opinions of the experts who testified on the issue. The trial judge was not asked to assess complex scientific or highly technical matters. The issue was whether the general health question was sufficient to deter the infected donor from donating blood. The issue is not how an expert would respond to the donor screening question in the questionnaire, but how a lay person would respond.

In W's action, the Court of Appeal wrongly relied on *Hollis* to determine causation on the basis of a presumptive causal link. Unlike *Hollis*, there is no "learned intermediary" in this case and a rebuttable presumption of causation is therefore an inappropriate standard to apply. In cases of negligent donor screening, it may be difficult or impossible to prove hypothetically what the donor would have done had he or she been properly screened by the CRCS. In such cases, therefore, the question should not be whether the CRCS's conduct was a necessary condition for the plaintiffs' injuries using the "but-for" test, but whether that conduct was a sufficient condition. The proper test for causation in cases of negligent donor screening is whether the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury. In the present case, it is clear that it did. The plaintiff accordingly retains the burden of proving that the failure of the CRCS to screen donors with tainted blood materially contributed to W contracting HIV from the tainted blood. The trial judge erred on the question of causation. Rather than asking whether the donor would have self-deferred or been excluded from donating blood in September 1983 if he had seen the CRCS May 1984 pamphlet, the trial judge should have asked whether the donor would have self-deferred or been excluded if the CRCS had followed the appropriate standard of care for a professional voluntary blood bank in North America at the time, as represented by the ARC March 1983 pamphlet. The problem with the CRCS May 1984 pamphlet is the focus on being in "good health", a focus which the trial judge found to be inadequate in O's case. Even using the strict but-for test, which is not required in these types of cases, causation is proved on the facts. The trial judge concluded, in

Dans les actions de O et de M, la Cour d'appel a eu raison de maintenir les conclusions du juge de première instance. Le juge de première instance pouvait conclure que les méthodes de sélection des donneurs du dépliant de la Croix-Rouge canadienne de mai 1984, utilisé à l'époque où le donneur a fait en décembre 1984 et en mars 1985 des dons de sang contaminé par le VIH sont insuffisantes et rejeter les opinions des experts qui ont témoigné à ce sujet. On ne demandait pas au juge de première instance d'apprécier des questions scientifiques complexes ou extrêmement techniques. La question litigieuse qu'il devait trancher était de savoir si la question sur l'état de santé général suffisait pour dissuader le donneur contaminé de donner de son sang. Il ne s'agit pas de savoir comment un expert répondrait à la question de sélection des donneurs contenue dans le questionnaire, mais plutôt comment un profane y répondrait.

Dans l'action de W, la Cour d'appel s'est fondée à tort sur l'arrêt *Hollis* pour établir le lien de causalité sur la base du lien causal présumé. Contrairement à *Hollis*, il n'y a pas d'« intermédiaire compétent » dans la présente affaire et la présomption réfutable de l'existence du lien de causalité n'est pas une norme appropriée. Dans les affaires de négligence dans la sélection des donneurs, il peut être difficile, voire impossible d'établir de façon hypothétique ce que le donneur aurait fait s'il avait été convenablement filtré par la Croix-Rouge canadienne. Dans les affaires de cette nature, la question à trancher ne consiste donc pas à déterminer, selon le critère du facteur déterminant, si la conduite de la Croix-Rouge canadienne est une condition nécessaire du préjudice des demandeurs, mais plutôt à savoir si cette conduite en est une condition suffisante. Le critère à appliquer au lien de causalité, en matière de négligence dans la sélection des donneurs, est de savoir si la négligence du défendeur a « contribué de façon appréciable » à la survenance du préjudice. En l'espèce, il est clair que c'est le cas. Il incombe donc toujours à la demanderesse d'établir que l'omission de la Croix-Rouge de filtrer les donneurs dont le sang était contaminé a contribué de façon appréciable au fait que W a eu le VIH après avoir reçu du sang contaminé. Le juge de première instance a commis une erreur sur la question du lien de causalité. Au lieu de demander si le donneur se serait auto-exclu ou aurait été exclu en septembre 1983 s'il avait vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne, le juge de première instance aurait dû demander si le donneur se serait auto-exclu ou aurait été exclu si la Croix-Rouge canadienne avait suivi la norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord à cette époque,

response to a hypothetical question, that the donor would not have been deferred or excluded from donating blood on September 1983, had he seen the CRCS May 1984 pamphlet. That would not have been the case, however, had the donor seen the ARC 1983 pamphlet. When the proper standard of care is applied the causal link is established.

Cases Cited

Distinguished: *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; **applied:** *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; **referred to:** *Ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458.

Statutes and Regulations Cited

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 43 O.R. (3d) 461, 169 D.L.R. (4th) 689, 118 O.A.C. 217, 44 C.C.L.T. (2d) 205, 31 C.P.C. (4th) 24, [1999] O.J. No. 644 (QL), dismissing the Canadian Red Cross Society's appeals and allowing the Walkers' appeal from a judgment of Borins J. (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1, [1997] O.J. No. 4017 (QL), allowing the *Osborne* and *M* actions in negligence and dismissing the *Walker* action. Appeals dismissed.

Christopher Morrison and Peter K. Boeckle, for the appellant.

Bonnie A. Tough, Jill Lawrie, David Harvey and Cathy Beagan Flood, for the respondents Walker et al.

David Harvey, Bonnie A. Tough and Leah Rachin, for the respondents Osborne et al.

représentée par le dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine. La carence du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne est qu'il est axé sur la « bonne santé », ce que le juge de première instance estime peu satisfaisant dans le cas de O. Même si on applique le critère strict du facteur déterminant, ce qui n'est pas nécessaire dans ces types d'affaires, le lien de causalité est établi d'après les faits. Le juge de première instance a conclu, en réponse à une question hypothétique, que le donneur n'aurait pas été dissuadé ou empêché de donner du sang en septembre 1983 s'il avait vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Ce n'aurait pas été le cas, cependant, si le donneur avait vu le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine. En appliquant la norme de diligence appropriée, on établit le lien causal.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; **arrêt appliqué :** *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; **arrêts mentionnés :** *Ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458.

Lois et règlements cités

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 43 O.R. (3d) 461, 169 D.L.R. (4th) 689, 118 O.A.C. 217, 44 C.C.L.T. (2d) 205, 31 C.P.C. (4th) 24, [1999] O.J. No. 644 (QL), qui a rejeté les appels de la Société canadienne de la Croix-Rouge et accueilli l'appel des Walker contre un jugement du juge Borins (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1, [1997] O.J. No. 4017 (QL), qui avait accueilli les actions en négligence *Osborne* et *M* et rejeté l'action *Walker*. Pourvois rejetés.

Christopher Morrison et Peter K. Boeckle, pour l'appelante.

Bonnie A. Tough, Jill Lawrie, David Harvey et Cathy Beagan Flood, pour les intimés Walker et autres.

David Harvey, Bonnie A. Tough et Leah Rachin, pour les intimés Osborne et autres.

Kenneth Arenson, for the respondents A.A.M. et al.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — Canadians gradually became aware of the AIDS disease at the beginning of the 1980s. There was no scientific advice available and knowledge about the disease was practically all anecdotal. The scientific community, from that point on, began collecting data and sharing information as it became available. It was not until May 1985 that scientists developed the ELISA test that screened for the presence of HIV antibodies in the blood.

The three respondents (plaintiffs) in these appeals contracted HIV from blood and blood products supplied by the appellant, Canadian Red Cross Society (CRCS). Each respondent claimed that the appellant was negligent in the procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS.

The respondents Osborne and M succeeded at their trial on liability. Damages were not in issue. However, the action by Walker was dismissed. Ultimately all three respondents were successful in the Ontario Court of Appeal.

The unique circumstances of these appeals confine these findings of negligence to cases arising in the same time period. The advancements in understanding HIV and AIDS have now equipped the medical community and the blood services industry to better protect the integrity of the blood supply. In light of what is now known it is difficult not to view the allegations of negligence with some hindsight. It is important to resist that temptation and to assess the claims on the basis of what was or reasonably ought to have been known at the time that the appellants attempted to screen blood donors who were infected with HIV or AIDS.

Kenneth Arenson, pour les intimés A.A.M. et autres.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — La population canadienne a commencé à prendre conscience du SIDA au début des années 80. Il n'existait pas d'avis scientifique à ce sujet et l'information sur la maladie était essentiellement anecdotique. La communauté scientifique a alors commencé à recueillir des données et à les échanger au fur et à mesure. Ce n'est qu'en mai 1985 que des scientifiques ont mis au point le test ELISA, qui permettait de détecter la présence d'anticorps anti-VIH dans le sang.

Les trois intimés (demandeurs) dans les pourvois ont contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par l'appelante, la Société canadienne de la Croix-Rouge (« Croix-Rouge canadienne »). Ils soutiennent que l'appelante a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA.

Les intimés Osborne et M ont réussi en première instance à établir la responsabilité. Les dommages-intérêts n'étaient pas en cause. Cependant, l'action de Walker a été rejetée. En fin de compte, les trois intimés ont eu gain de cause devant la Cour d'appel de l'Ontario.

En raison des circonstances particulières des présentes affaires, les conclusions en matière de négligence ne s'appliquent qu'aux affaires portant sur la même période. Grâce aux progrès réalisés dans la compréhension du VIH et du SIDA, la communauté médicale et l'industrie des services transfusionnels peuvent maintenant mieux protéger l'intégrité des réserves sanguines. Compte tenu de ce que l'on sait aujourd'hui, il est difficile de ne pas considérer a posteriori les allégations de négligence. Il importe cependant de résister à cette tentation et d'apprécier les prétentions d'après ce qu'on savait, ou ce qu'on aurait raisonnablement dû savoir, à l'époque où les appelants tentaient de filtrer les donneurs de sang qui avaient le VIH ou le SIDA.

1
2
3
4

5 For the reasons that follow, the three appeals are dismissed.

I. Relevant Blood Donor Literature

6 For the purposes of these reasons, there were three crucial documents prepared for distribution or presentation to blood donors, which were used by Canadian and American voluntary blood banks during the relevant period. They are the American Red Cross (ARC) pamphlet entitled “An important message to all blood donors” published in March 1983; the CRCS donor questionnaire entitled “Canadian Red Cross Blood Transfusion Service Donor Questionnaire” published in April 1983; and the CRCS pamphlet entitled “An Important Message to Our Blood Donors” published in April 1984, implemented on May 1, 1984, and distributed to potential donors thereafter. The content of these documents bears directly on the issues in these appeals and the relevant parts are reproduced below. Other materials were published by the CRCS in 1985 and in subsequent years but those are not relevant in this appeal.

A. *American Red Cross Pamphlet entitled “An important message to all blood donors” — March 1983*

This information is distributed to all potential blood donors to help prevent the spreading of certain illnesses from donors to patients by blood transfusions.

Please read this statement, and if you think that there is a risk that your blood could cause illness in a patient who might receive it, please refrain from donating blood at this time.

What Are These Illnesses?

Some persons may feel in excellent health but have viruses or other infectious agents in their blood that could cause illness in persons receiving a transfusion of their blood. If you think any of the following information pertains to you, please do not donate blood today:

Pour les motifs qui suivent, les trois pourvois sont rejetés.

I. Documentation pertinente à l'intention des donneurs de sang

Dans le cadre des présents motifs, il existait trois documents cruciaux destinés aux donneurs de sang que des banques canadiennes et américaines de dons bénévoles de sang utilisaient à l'époque visée : le dépliant de l'American Red Cross (« Croix-Rouge américaine ») « An important message to all blood donors », publié en mars 1983, le « Service de transfusion sanguine de la Croix-Rouge canadienne, Questionnaire des donneurs », publié en avril 1983, et le dépliant de la Croix-Rouge canadienne « Un message important pour nos donneurs de sang », publié en avril 1984, utilisé pour la première fois le 1^{er} mai 1984 et distribué par la suite aux donneurs éventuels. Le contenu de ces documents, dont les passages pertinents sont reproduits plus loin, a une incidence immédiate sur les questions litigieuses que soulèvent les pourvois. La Croix-Rouge canadienne a publié d'autres documents en 1985 et par la suite, mais ils ne sont pas pertinents en l'espèce.

A. *Dépliant de la Croix-Rouge américaine « An important message to all blood donors » — mars 1983*

[TRADUCTION]

Les présents renseignements sont communiqués à tous les éventuels donneurs de sang en vue de prévenir la transmission, par transfusion, de certaines maladies des donneurs aux patients.

Veillez lire ce texte et si, après la lecture, vous estimez que votre sang risque de causer une maladie chez un éventuel receveur, veuillez vous abstenir de donner du sang cette fois-ci.

Quelles sont ces maladies?

Il arrive que des personnes se sentent en excellente santé, bien qu'elles soient porteuses de virus ou d'autres agents infectieux qui pourraient entraîner des maladies chez les receveurs de leur sang. Si vous estimez que l'un ou l'autre des renseignements suivants s'applique à vous, veuillez vous abstenir de donner du sang aujourd'hui :

1. Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS). This newly described illness of unknown cause is believed to be spread by intimate personal contact and, possibly, by blood transfusion. Persons with AIDS have reduced defenses against disease and as a result may develop infections such as pneumonia, or other serious illnesses. At this time there is no laboratory test to detect all persons with AIDS. Therefore, we must rely on blood donors' health histories to exclude individuals whose blood might transmit AIDS to patients who will receive that blood.

The Office of Biologics of the Food and Drug Administration has identified groups at an increased risk of developing AIDS. These groups are —

- Persons with symptoms and signs suggestive of AIDS. These include severe night sweats, unexplained fevers, unexpected weight loss, lymphadenopathy (swollen glands), or Kaposi's Sarcoma (a rare cancer).
- Sexually active homosexual or bisexual men with multiple partners.
- Recent Haitian entrants into the United States.
- Present or past abusers of intravenous drugs.
- Sexual partners of persons at increased risk of AIDS.

What Should I Do?

If you believe that you may be carrying one of the above-mentioned illnesses, or if you are an individual in a group at increased risk of developing AIDS, we ask that you refrain from donating blood at this time. You may leave now without providing an explanation. Or, if you prefer, you may proceed to be deferred confidentially, without further questioning, by the health history interviewer.

B. *CRCS Blood Transfusion Service Donor Questionnaire — April 1983*

Thank you for your gift of blood. In order to protect you and the patients who may receive your blood, it is important that you be in good health. Please read these questions carefully each time you give. If your answer

1. Syndrome d'immunodéficience acquis (SIDA). Cette maladie, qui est identifiée depuis peu et dont la cause est inconnue, serait transmise par contact personnel intime et, peut-être, par transfusion. Comme les personnes atteintes du SIDA connaissent une diminution des défenses immunitaires, elles sont susceptibles d'avoir des infections, telle une pneumonie, ou d'autres maladies graves. À l'heure actuelle, il n'existe pas d'essai en laboratoire permettant d'identifier toutes les personnes atteintes du SIDA. Nous devons donc nous fonder sur les antécédents de santé des donneurs pour exclure les individus dont le sang pourrait transmettre le SIDA aux receveurs.

L'Office of Biologics de la Food and Drug Administration a désigné les groupes particulièrement vulnérables au SIDA :

- les personnes ayant des symptômes et signes qui semblent indiquer qu'elles sont atteintes du SIDA, notamment des sueurs nocturnes excessives, des fièvres inexplicables, des pertes de poids soudaines, l'adénopathie (enflure des ganglions) ou le sarcome de Kaposi (cancer rare);
- les hommes homosexuels ou bisexuels ayant des relations sexuelles avec plusieurs partenaires;
- les Haïtiens récemment arrivés aux États-Unis;
- les personnes ayant fait ou faisant usage de drogues injectables;
- les partenaires sexuels des personnes particulièrement vulnérables au SIDA.

Que dois-je faire?

Si vous croyez être porteur de l'une ou l'autre des maladies susmentionnées ou si vous appartenez à un groupe de personnes particulièrement vulnérables au SIDA, nous vous demandons de vous abstenir de donner du sang cette fois-ci. Vous pouvez partir maintenant sans fournir d'explications. Ou encore, si vous le souhaitez, la personne chargée d'interroger les donneurs au sujet de leurs antécédents de santé peut vous laisser partir en confiance, sans vous poser d'autres questions.

B. *Questionnaire des donneurs, Service de transfusion sanguine de la Croix-Rouge canadienne — avril 1983*

Nous vous remercions de votre don de sang. Pour votre protection et celle des malades susceptibles de recevoir votre sang, il est essentiel que vous soyez en bonne santé. Veuillez lire attentivement les questions suivantes

to any question is yes, please speak to the nurse who will tell you if you can give blood today.

A yes answer does not necessarily disqualify you as a donor.

1. Do you participate in any other blood programme? (plasmapheresis, cell apheresis, etc.)
2. Have you fainted at any previous donation?
3. Do you now or have you ever had: Hepatitis or "yellow jaundice"; Epilepsy (Seizures); High Blood Pressure; Lung Disease; Cancer; Malaria, Diabetes; Kidney Disease; Heart Disease; Blood Disease.
Any other chronic health problem?
4. In the past 3 years:
Have you been outside North America?
Did you take medication to prevent Malaria?
5. In the past six months have you had:
Any serious illness or have you required physician or hospital care? Transfusion of blood or blood products, Vaccination, Tattoo, Ear piercing, Acupuncture?
Contact with Infectious Hepatitis?
Have you been pregnant? Did you breast feed your infant?
6. Do you now have:
Any active allergic condition (Asthma or Hay Fever), sore throat, cold, flu, skin problems?
7. Are you currently taking any medications or injections?
8. Within the last 24 hours:
Have you taken any medication for headache, cough, cold, arthritis or stomach upset?

C. CRCS Pamphlet entitled "An Important Message To Our Blood Donors" — May 1, 1984

Recently it has become apparent that the condition known as AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome) is probably blood borne and should be included in the list of illnesses which excludes donation.

chaque fois que vous offrez votre sang. Si vous répondez oui à l'une des questions, allez voir l'infirmière qui vous dira si vous pouvez donner du sang aujourd'hui ou non.

Une réponse affirmative ne vous élimine pas nécessairement comme donneur.

1. Êtes-vous inscrit à d'autres programmes de don de sang? (plasmaphérèse, autres aphérèses, etc.)
2. Avez-vous déjà perdu connaissance après un don de sang?
3. Avez-vous déjà souffert ou souffrez-vous d'une hépatite ou d'une jaunisse; d'hypertension artérielle; d'une maladie cardiaque; d'une maladie du rein; d'une maladie pulmonaire; d'une maladie sanguine; d'épilepsie; du diabète; de cancer; de la malaria; d'une autre maladie chronique?
4. Au cours des trois dernières années avez-vous quitté l'Amérique du Nord? avez-vous pris des médicaments pour prévenir la malaria?
5. Au cours des six derniers mois, avez-vous souffert d'une maladie grave ou d'une maladie nécessitant l'avis du médecin ou des soins à l'hôpital, reçu des transfusions de sang ou de produits sanguins, été vacciné, été tatoué, reçu des traitements d'acupuncture, eu les oreilles percées, été en contact avec un sujet atteint d'hépatite infectieuse? avez-vous été enceinte? si oui, avez-vous allaité votre enfant?
6. Souffrez-vous en ce moment d'une affection allergique (asthme ou fièvre des foins), de maux de gorge, d'un rhume, de la grippe ou d'une maladie de la peau?
7. Prenez-vous en ce moment des médicaments?
8. Au cours des dernières 24 heures, avez-vous pris de l'aspirine ou un autre médicament contre les maux de tête, la toux, le rhume, l'arthrite ou les malaises d'estomac?

C. Dépliant de la Croix-Rouge canadienne « Un message important pour nos donateurs de sang » — 1^{er} mai 1984

Il y aurait également lieu de croire que le syndrome d'immunodéficience acquis (SIDA) peut être transmis par transfusion et à ce titre, il doit figurer parmi les maladies qui nous amènent à déconseiller le don de sang.

AIDS is a condition in which the body's natural resistance to various diseases is seriously reduced, frequently with fatal results. The cause is unknown. There is no laboratory test to detect it in its early, non-symptomatic stage. Therefore, it is recommended that for the present, persons who have been indicated, according to current evidence, as being at above average risk of contracting AIDS should not donate blood.

These persons include:

- homosexual or bisexual males who have multiple partners
- present or past abusers of intravenous drugs
- recent immigrants from, or visitors to, those areas where AIDS is endemic, i.e., Chad, Haiti and Zaire
- sexual partners of any of the above persons.

II. Facts

The respondents Alma Walker ("Walker"), Ronald Osborne ("Osborne") and A.M.M. ("M") each received blood products between 1983 and 1985 from the CRCS. The blood was tainted with the HIV virus. Eventually, both Walker and Osborne developed AIDS and died. M, who will be 20 in August 2001, is currently HIV-positive.

All three recipients brought actions against the CRCS claiming, among other things, that the CRCS was negligent in the process it took to screen blood donors with HIV and AIDS between 1983 and 1985. They claimed that as a result, the tainted blood infected them with HIV and caused Walker and Osborne to eventually develop AIDS and die.

The time frame of these claims was the early to mid-1980s. This was when information and data about HIV and AIDS was emerging quickly. In the early 1980s, scientists did not know how to test blood for the presence of HIV or AIDS.

Le SIDA est une affection souvent fatale, qui affaiblit les défenses immunitaires de l'organisme et dont l'agent causal n'a pas encore été identifié. De plus, il n'existe présentement pas de test de laboratoire permettant d'en faire le diagnostic au stade précoce et asymptomatique de son développement. On a cependant observé que l'incidence du SIDA est plus élevée chez certains groupes de personnes.

Aussi, toute personne appartenant à l'un des groupes suivants devrait s'abstenir de donner de son sang :

- les hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires;
- les personnes ayant fait ou faisant présentement usage de drogues par voie intraveineuse;
- les personnes ayant récemment émigré des régions où le SIDA est endémique (Tchad, Haïti, Zaïre, etc.) ou revenant d'un voyage dans ces régions;
- les partenaires sexuels (hommes ou femmes) des personnes appartenant aux groupes ci-haut mentionnés.

II. Les faits

Les intimés Alma Walker (« Walker »), Ronald Osborne (« Osborne ») et A.M.M. (« M ») reçoivent tous des produits sanguins entre 1983 et 1985 de la Croix-Rouge canadienne. Le sang est contaminé par le virus VIH. Par la suite, Walker et Osborne contractent le SIDA et meurent. M, qui aura vingt ans en août 2001, est actuellement porteur du VIH.

Les trois transfusés intentent des actions contre la Croix-Rouge canadienne, faisant notamment valoir qu'elle a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder entre 1983 et 1985 pour filtrer les donneurs de sang porteurs du VIH ou atteints du SIDA. Ils soutiennent que le sang contaminé leur a transmis le VIH de sorte que Walker et Osborne ont contracté le SIDA, dont ils sont morts.

La période visée dans ces prétentions est le début et le milieu des années 80, à l'époque où les renseignements et données sur le VIH et le SIDA émergent rapidement. Au début des années 80, les scientifiques ne savent pas comment tester le sang pour détecter le VIH ou le SIDA.

7

8

9

10 In May 1985, scientists developed the ELISA test which screens for the presence of HIV antibodies in the blood. Prior to this, attempts to protect the blood system were restricted to screening blood donors to exclude those most likely to carry HIV. Consequently, the donor-screening procedures of the CRCS are the focus of these appeals.

11 As a result of evolving scientific knowledge in the 1980s, the chronology of events is important. It is necessary to review the facts in greater detail than usual to establish what the CRCS knew about HIV and AIDS, when they knew it, and how the CRCS responded to the new information.

A. *The Walker Action*

12 On September 12, 1983, "Robert M." made a blood donation that was collected by the CRCS at its permanent clinic in the Manulife Centre in Toronto. This unit of blood, identified as 73693, was later determined to be HIV positive.

13 On October 1, 1983, the respondent Walker was transfused with two units of red blood cells while in York Finch General Hospital recuperating from a Caesarean section. One unit of red blood cells came from the HIV-infected unit 73693.

14 Her infection with HIV was confirmed on November 21, 1990. She died of AIDS on August 17, 1993 at the age of 31. Before her death, she started an action against the CRCS that is now carried on by her estate (the "Walkers"). In that action she claimed, among other things, that the CRCS failed to implement appropriate blood donor screening procedures and that its failure resulted in the donation of blood that was HIV positive.

15 Before he died, the donor Robert M. was examined under oath on November 13, 1992 in accordance with the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. He testified that he was gay and had lived in Toronto from 1975 until

En mai 1985, des scientifiques mettent au point le test ELISA, qui permet la détection d'anticorps anti-VIH dans le sang. Jusque-là, les mesures de protection des réserves sanguines consistaient à filtrer les donneurs les plus susceptibles d'être porteurs du VIH. Les pourvois portent donc principalement sur la méthode de sélection des donneurs par la Croix-Rouge canadienne.

Vu l'évolution des connaissances scientifiques dans les années 80, la chronologie des événements est importante. Il faut examiner les faits de façon plus détaillée que d'habitude pour établir ce que la Croix-Rouge canadienne savait à propos du VIH et du SIDA, à quels moments elle le savait et quelle est sa réaction devant les nouveaux renseignements.

A. *L'action Walker*

Le 12 septembre 1983, « Robert M. » fait un don de sang à la Croix-Rouge canadienne à son centre permanent de collecte de sang du Centre Manulife, à Toronto. Il est plus tard établi que ce don, identifié par le numéro 73693, est contaminé par le VIH.

Le 1^{er} octobre 1983, l'intimée Walker reçoit deux unités de globules rouges au York Finch General Hospital, alors qu'elle se remet d'une césarienne. L'une de ces unités provient du don 73693, qui est infecté par le VIH.

Le 21 novembre 1990, on confirme qu'elle est porteuse du VIH. Elle meurt du SIDA le 17 août 1993, à l'âge de 31 ans. Avant de mourir, elle a intenté une action contre la Croix-Rouge canadienne, qui est maintenant menée par sa succession (« les Walker »), soutenant notamment que la Croix-Rouge canadienne n'a pas suivi les méthodes appropriées de sélection des donneurs de sang et que, de ce fait, elle a accepté des dons de sang contaminés par le VIH.

Avant son décès, le donneur Robert M. est interrogé sous serment le 13 novembre 1992 conformément aux *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194. Il témoigne qu'il est homosexuel et qu'il a vécu à Toronto de 1975 à

the fall of 1983 when he moved to Montreal. He estimated that in the eight years he lived in Toronto he had approximately 1,000 homosexual encounters.

When asked about his knowledge of HIV and AIDS, Robert M. testified that he did not know that there was an emerging connection between AIDS and the gay community and that, as of 1983, he had no knowledge of either HIV or AIDS. He said that he was a member of the gay community in Toronto that “stuck together” because of the prejudice against it. He testified that he did not subscribe to newspapers and did not have any interest in current events. He was not involved politically with gay issues or concerns.

Robert M. was a regular blood donor in Toronto and continued to donate blood when he moved to Montreal in 1983 until he was told to stop in January 1987. He did not recall hearing any warnings through the media, conversations with friends, at work, or through the gay community that gay men should not donate blood. He testified that had he heard such warnings, he would have questioned why he should not donate blood because he was healthy. He also stated that had he seen or been given information on AIDS and about those people who fell within high risk categories and should not donate blood, he would have raised this issue with the nurse in attendance at the donor clinic. He said that he would have recognized that he belonged to one of the high risk groups — homosexual males with multiple partners.

When Robert M. made the fateful donation in September 1983, the CRCS’s donor-screening method was a questionnaire given to potential donors. This April 1983 questionnaire contained questions that generally pertained to the donor’s health, but made no reference to persons at high risk for contracting AIDS or to signs and symptoms of AIDS.

In April 1984, six months after Walker’s transfusion, the CRCS drafted a pamphlet entitled

l’automne 1983, époque à laquelle il va s’installer à Montréal. Il estime qu’au cours des huit années qu’il a passées à Toronto, il a eu environ 1 000 relations homosexuelles.

Interrogé sur ce qu’il sait du VIH et du SIDA, Robert M. témoigne qu’il ignorait qu’on commençait à établir un lien entre le SIDA et les homosexuels et qu’en 1983 il ne connaissait ni le VIH, ni le SIDA. Il dit qu’il faisait partie de la communauté homosexuelle à Toronto, dont les membres étaient « solidaires » en raison des préjugés dont ils faisaient l’objet. Il témoigne qu’il ne reçoit pas de journaux et ne s’intéresse pas à l’actualité. Il ne milite pas en faveur de la cause des homosexuels.

Robert M. donnait régulièrement du sang à Toronto et a continué à le faire après s’être installé à Montréal en 1983, jusqu’à ce qu’on lui dise de s’abstenir, en janvier 1987. Il ne se souvient pas d’avoir entendu dire dans les médias, lors de conversations avec des amis, au travail ou dans la communauté homosexuelle que les homosexuels ne doivent pas donner de sang. Il témoigne que s’il avait entendu de telles mises en garde, il aurait cherché à savoir pourquoi il ne devait donner du sang, car il était en bonne santé. Il dit aussi que s’il avait vu ou si on lui avait fourni des renseignements sur le SIDA et les personnes qui, appartenant à des catégories à risque élevé, ne doivent pas donner de sang, il en aurait parlé à l’infirmière de service au centre de collecte de sang. Selon lui, il aurait reconnu qu’il appartenait à l’un des groupes à risque élevé, soit les homosexuels ayant plusieurs partenaires.

Quand Robert M. a fait le don fatidique en septembre 1983, la méthode de sélection des donneurs de la Croix-Rouge canadienne consistait à remettre un questionnaire aux éventuels donneurs. Le questionnaire d’avril 1983 contient des questions qui portent de façon générale sur la santé du donneur, mais ne mentionnent ni les personnes très vulnérables au SIDA, ni les signes et symptômes du SIDA.

En avril 1984, six mois après la transfusion de Walker, la Croix-Rouge canadienne rédige le

16

17

18

19

“An Important Message to Our Blood Donors”, which was presented to donors beginning on May 1, 1984.

dépliant « Un message important pour nos donateurs de sang », qui est remis aux donneurs à partir du 1^{er} mai 1984.

20 The May 1984 pamphlet was both the first pamphlet to be used at CRCS donor clinics and the first CRCS document to make reference to AIDS. In that pamphlet, the CRCS requested that homosexual or bisexual males who have multiple partners refrain from donating blood.

Le dépliant de mai 1984 est le premier dépliant à être utilisé dans les centres de collecte de sang de la Croix-Rouge canadienne et le premier document de la Croix-Rouge canadienne à mentionner le SIDA. Celle-ci y demande aux hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires de s’abstenir de donner du sang.

21 The 1984 pamphlet obviously did not exist when Robert M. made his September 12th, 1983 donation. Robert M. made five subsequent donations in Montreal after the CRCS began to use the May 1984 pamphlet. He testified that he had not seen the pamphlet before it was shown to him when he gave evidence before his death.

Le dépliant de 1984 n’existait manifestement pas quand Robert M. a donné du sang le 12 septembre 1983. Robert M. a par la suite donné du sang cinq fois à Montréal après que la Croix-Rouge canadienne a commencé à utiliser le dépliant de mai 1984. Lorsqu’on le lui montre lors de son témoignage avant sa mort, il déclare ne l’avoir jamais vu auparavant.

22 When Robert M. was asked what he would have done had he been asked to read that May 1984 pamphlet on September 12, 1983, he said he would have told the nurse at the donor clinic that he was homosexual and asked him or her what he should do.

Quand on interroge Robert M. sur ce qu’il aurait fait si on lui avait demandé, le 12 septembre 1983, de lire le dépliant de mai 1984, il dit qu’il aurait avisé l’infirmière du centre de collecte de sang qu’il était homosexuel et lui aurait demandé ce qu’il devait faire.

B. *The Osborne Action*

B. *L’action Osborne*

23 On December 17, 1984, a man referred to as “Everett” made a blood donation to the CRCS at the Manulife Centre in Toronto. This unit of blood, numbered 10746, was later found to be HIV positive.

Le 17 décembre 1984, un certain « Everett » donne du sang au centre de collecte de la Croix-Rouge canadienne du Centre Manulife, à Toronto. Il est établi plus tard que ce don, identifié par le numéro 10746, est contaminé par le VIH.

24 In late December 1984, Osborne was admitted to hospital suffering from acute Guillain-Barré Syndrome (“AGBS”). On January 7, 1985, he was given plasma, a blood product, to treat his AGBS. One unit of blood products came from the HIV-infected unit 10746, donated by Everett.

À la fin de décembre 1984, Osborne, gravement atteint du syndrome de Guillain-Barré (« SGB »), est admis à l’hôpital. Le 7 janvier 1985, on lui donne du plasma, un produit sanguin, pour le traitement du SGB. Une unité de produits sanguins provient du don 10746 d’Everett, qui était contaminé par le VIH.

25 The respondent Osborne fully recovered from AGBS but was diagnosed with HIV on August 28, 1990 and died of AIDS on June 18, 1993. Before he died, he brought an action against the CRCS that is now being carried by his estate (the

L’intimé Osborne se remet complètement du SGB, mais on diagnostique chez lui la présence du VIH le 28 août 1990, et il meurt du SIDA le 18 juin 1993. Avant de mourir, il a intenté une action contre la Croix-Rouge canadienne, qui est mainte-

“Osbornes”). In the action, he alleged, among other things, that the CRCS failed to implement appropriate blood donor screening procedures and that its failure resulted in the donation of blood that was HIV positive.

Before he died, the donor Everett was examined under oath on December 3, 1992 in accordance with the Ontario *Rules of Civil Procedure*. He testified that from 1974 to 1982 he was involved in sexual relations with between 200 and 400 different men. He said that he gave up the gay lifestyle in 1982. He testified that while he was living the gay lifestyle he was not aware of any connection between gay sex and HIV or AIDS.

Everett was a long-time blood donor who thought he was in good health. He did not know that he was HIV positive prior to giving blood on December 17, 1984. He had swollen lymph nodes in his neck, but these had been present since about 1975 and, as far as Everett was concerned, they had no effect on his overall health and gave no cause for concern in his donating blood. Although he had engaged in sexual relations with between 200 and 400 men between 1974 and 1982, he did not regard himself as a sexually-active homosexual at the time he donated blood in December 1984.

Everett said that he was asked to read a laminated health questionnaire each time he attended the Manulife clinic. He testified that he never saw any mention of HIV, AIDS, gay sexual behaviour, homosexual behaviour or bisexuality in the material that he was given to read. Everett said that in December 1984, if he had been questioned by a nurse whether he had ever had sex with a man, he would have said yes.

Everett did not recall seeing the CRCS's May 1984 pamphlet. When asked whether, on December 17, 1984, he would have included himself in the category of “homosexual or bisexual males who have multiple partners”, Everett said no. He had not been sexually active with men since 1982. However, had the pamphlet used the language

nant menée par sa succession (« les Osborne »), soutenant notamment que la Croix-Rouge canadienne n'a pas suivi les méthodes appropriées de sélection des donneurs de sang et que, de ce fait, elle a accepté des dons de sang contaminés par le VIH.

Avant son décès, le donneur Everett est interrogé sous serment le 3 décembre 1992 conformément aux *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Il témoigne que, de 1974 à 1982, il a eu des relations sexuelles avec 200 à 400 hommes. Il dit qu'il a mis fin à son mode de vie homosexuel en 1982. Il témoigne qu'à l'époque où il menait ce mode de vie, il ignorait l'existence d'un lien entre les rapports homosexuels et le VIH ou le SIDA.

Everett a longtemps donné du sang, pensant être en bonne santé. Il ne sait pas qu'il est porteur du VIH quand il donne du sang le 17 décembre 1984. Certains de ses ganglions lymphatiques du cou sont enflés, mais ils le sont depuis environ 1975, et Everett considère qu'ils n'ont aucune incidence sur son état de santé général et qu'il n'y a aucune raison de s'inquiéter du fait qu'il donne du sang. Malgré ses relations sexuelles avec 200 à 400 hommes, de 1974 à 1982, il ne se considère pas comme un homosexuel ayant une vie sexuelle active lorsqu'il donne du sang en décembre 1984.

Everett dit qu'on lui demandait de lire un questionnaire laminé sur la santé chaque fois qu'il se présentait au centre de collecte de sang du Centre Manulife. Il témoigne qu'il n'a jamais vu de mention du VIH, du SIDA, du comportement sexuel des homosexuels ou des relations homosexuelles ou bisexuelles dans les documents qu'on lui donnait à lire. Il affirme qu'en décembre 1984, si une infirmière lui avait demandé s'il avait déjà eu des relations sexuelles avec un homme, il aurait répondu par l'affirmative.

Everett ne se souvient pas d'avoir vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Quand on lui demande si, le 17 décembre 1984, il se considérait comme appartenant à la catégorie des « hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires », il répond par la négative. Il n'a pas eu de relations sexuelles avec des hommes

26

27

28

29

“homosexual or bisexual males who have had multiple partners”, he said he would have included himself in that category.

C. *The M Action*

30 Everett also donated blood at the CRCS in the Manulife Centre on March 25, 1985. On March 27, 1985, when he was about 3 ½ years old, M received blood from that donation during the course of elective surgery to repair a hole in his heart. He contracted HIV. He is currently 19 years old and his infection is controlled by anti-viral medications. The *M* case was ordered to be heard with the *Osborne* case as the actions involved the same blood donor. All three actions, *Osborne*, *M*, and *Walker* were heard together.

31 In November 1985, the CRCS revised its pamphlet to describe a typical member of the group of high-risk donors as a person who was “a male and [has] had sex with another male since 1977”. Around the same time, it also began testing all blood donations for the presence of HIV antibodies using the ELISA test. In May 1986 the CRCS introduced the first brochure that asked symptom-specific questions about HIV.

III. Judicial History

A. *Ontario Court of Justice (General Division)* (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1

(1) *The Osborne and M Actions*

32 In the *Osborne* and *M* actions, the trial judge held that the CRCS owed a duty of care to users and recipients of blood and blood products to take reasonable measures to protect the safety of the blood, and blood products, it provided for therapeutic use.

depuis 1982. Cependant, si le libellé du dépliant avait été les « hommes homosexuels ou bisexuels ayant eu plusieurs partenaires », il dit qu’il se serait considéré comme appartenant effectivement à cette catégorie.

C. *L’action M*

Everett a également donné du sang au centre de collecte de la Croix-Rouge canadienne du Centre Manulife le 25 mars 1985. Le 27 mars 1985, alors âgé d’environ trois ans et demi, M reçoit du sang provenant de ce don dans le cadre d’une intervention chirurgicale non indispensable destinée à réparer un trou dans son cœur. Il est contaminé par le VIH. Il a actuellement 19 ans et il contrôle son infection avec des médicaments antiviraux. Il a été ordonné que l’affaire *M* soit entendue en même temps que l’affaire *Osborne*, vu que les deux actions portent sur le même donneur de sang. Les trois affaires, à savoir *Osborne*, *M* et *Walker*, ont été entendues conjointement.

En novembre 1985, la Croix-Rouge canadienne révisé son dépliant afin d’y décrire le membre type du groupe de donneurs à risque élevé comme étant [TRADUCTION] « un homme qui a eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 ». C’est environ à cette époque qu’elle commence aussi à analyser tous les dons de sang, à l’aide du test ELISA, afin de déterminer s’ils contiennent des anticorps anti-VIH. En mai 1986, elle commence à utiliser le premier dépliant à poser des questions portant précisément sur les symptômes du VIH.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de justice de l’Ontario (Division générale)* (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1

(1) *Osborne et M*

Dans *Osborne et M*, le juge de première instance conclut que la Croix-Rouge canadienne a une obligation de diligence envers les utilisateurs et receveurs de sang et de produits sanguins, et doit prendre des mesures raisonnables pour garantir l’innocuité du sang et des produits sanguins qu’elle fournit pour usage thérapeutique.

With respect to the standard of care, the trial judge said that “the conduct of a voluntary blood bank will be measured against the professional standards of other voluntary blood banks” (para. 132). (All references to paragraphs refer to the reasons of the trial judge except where otherwise indicated.) The parties conceded that it was appropriate, in determining the standard of care for the CRCS, to consider the practices of the voluntary blood collection industry in the United States with respect to safeguarding blood.

In the trial judge’s view, “the Americans had it right” (para. 153). The ARC pamphlet, which was released in March 1983, made reference to AIDS, and made mention of high-risk groups and the signs and symptoms of AIDS. By March 1983, the CRCS had not released a pamphlet of its own. The donor questionnaire of April 1983 did not mention AIDS. It was not until May 1, 1984 that the CRCS released a pamphlet to potential donors which referred to AIDS.

The trial judge found that “the CRCS has provided no credible explanation why it did not make any AIDS risk information available to donors at clinic sites before May, 1984” (para. 155). He said at para. 158:

When one looks to the measures taken to screen donors by the voluntary blood collection industry in the United States, it becomes clear that the CRCS was not in compliance with all the professional standards followed in the United States. Because the CRCS had access to the same scientific body of knowledge and data available to the ARC, AABB and CCBC when they formulated the Joint Statement, [which refers to the Joint Statement on AIDS Related to Transfusion issued on January 13, 1983] and because it was in regular communication with the ARC, NIH and CDC, it is reasonable to conclude that the CRCS possessed the same knowledge as the

En ce qui concerne la norme de diligence, le juge de première instance dit que [TRADUCTION] « la conduite d’une banque de sang provenant de dons bénévoles sera appréciée au regard des normes professionnelles d’autres banques de sang provenant de dons bénévoles » (par. 132). (Toutes les mentions de paragraphes renvoient aux motifs du juge de première instance, sauf indication contraire.) Les parties concèdent que, pour établir la norme de diligence pour la Croix-Rouge canadienne, il convient d’examiner les pratiques en vigueur dans l’industrie de la collecte de dons de sang bénévoles aux États-Unis en matière de protection du sang.

Selon le juge de première instance, [TRADUCTION] « les Américains avaient un bon système » (par. 153). Dans le dépliant de la Croix-Rouge américaine, publié en mars 1983, il est fait mention du SIDA et des groupes à risque élevé, de même que des signes et symptômes du SIDA. En mars 1983, la Croix-Rouge canadienne n’a pas encore publié de dépliant. Le questionnaire d’avril 1983 ne mentionne pas le SIDA. Ce n’est que le 1^{er} mai 1984 que la Croix-Rouge canadienne publie enfin à l’intention des éventuels donateurs un dépliant où il est question de SIDA.

Le juge de première instance conclut que [TRADUCTION] « l’explication de la Croix-Rouge canadienne quant à la raison pour laquelle elle n’a pas, avant mai 1984, mis à la disposition des donateurs aux centres de collecte de sang des renseignements sur le risque du SIDA n’est pas crédible » (par. 155). Il dit au par. 158 :

[TRADUCTION] Si l’on examine les mesures prises par l’industrie de la collecte de dons de sang bénévoles aux États-Unis en matière de sélection des donateurs, il est clair que la Croix-Rouge canadienne ne se conformait pas à l’ensemble des normes professionnelles suivies aux États-Unis. Or, comme la Croix-Rouge canadienne avait accès aux mêmes connaissances et données scientifiques que l’ARC, l’AABB et le CCBC lorsqu’ils ont formulé la déclaration conjointe [la « *Joint Statement on AIDS Related to Transfusion*, publiée le 13 janvier 1983] et comme elle communiquait régulièrement avec l’ARC, la NIH et le CDC, il est raisonnable de conclure

33

34

35

American voluntary blood collection industry, or ought to have been possessed of it.

36

Borins J. noted that the Canadian and American blood collection agencies took different approaches to achieve the same objective. When the CRCS finally implemented the May 1984 pamphlet, it made no reference to the signs and symptoms of AIDS. The trial judge noted at para. 160:

The CRCS followed the “good health” approach, while virtually all of its peers in North America attempted to prevent, or reduce, the risk of infected blood from entering the blood supply by symptom specific questions deliberately designed and intended to eliminate donors at high risk for being infected with HIV.

37

He concluded that the “good health” question was based on a false premise and said that a donor could not know if he or she was in good health unless told what would constitute bad health in this context. The American procedure did this by identifying the signs and symptoms of bad health. According to the trial judge, this deficiency was illustrated by the fact that Everett had swollen lymph glands for several years. The fact that these glands were swollen for so long lead him to believe that that was his normal condition and that he was therefore in good health.

38

The trial judge stated that there was a basic contradiction in the CRCS’s May 1984 pamphlet. On the one hand, donors were told not to donate if they were not “feeling generally well”. On the other hand, they were told that “some apparently healthy persons” were infected with viruses. AIDS was not included in the list of diseases. The pamphlet listed those persons who were at high risk for AIDS, but said nothing about the health indicators of HIV infection. As a result, he concluded that the

qu’elle possédait ou aurait dû posséder les mêmes connaissances que l’industrie de la collecte de dons de sang bénévoles aux États-Unis.

Le juge Borins fait remarquer que les organismes canadiens et américains de collecte de sang ne s’y prenaient pas de la même façon pour atteindre le même objectif. Quand la Croix-Rouge canadienne a finalement publié le dépliant de mai 1984, elle n’y faisait aucune référence aux signes et symptômes du SIDA. Voici ce que conclut le juge de première instance (au par. 160) :

[TRADUCTION] La Croix-Rouge canadienne suivait l’approche de la « bonne santé », alors qu’à peu près tous les autres organismes de collecte de sang d’Amérique du Nord essayaient d’empêcher, ou du moins de réduire, le risque que du sang contaminé soit versé dans les réserves sanguines, en posant des questions portant précisément sur les symptômes, qu’on avait sciemment conçues de façon à éliminer les donneurs particulièrement vulnérables au VIH.

Il conclut que la mention de la « bonne santé » est fondée sur une prémisse erronée et dit qu’un donneur ne peut pas savoir s’il est en bonne santé, à moins qu’on lui définisse la mauvaise santé dans ce contexte. Or c’est ce que fait la méthode américaine en décrivant les signes et symptômes d’une mauvaise santé. Selon le juge de première instance, cette lacune est illustrée par le fait qu’Everett a eu des ganglions lymphatiques enflés pendant plusieurs années. Comme ses ganglions étaient enflés depuis longtemps, il croyait qu’il s’agissait d’un état normal et qu’il était donc en santé.

Selon le juge de première instance, le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne comporte une contradiction fondamentale. D’une part, on dit à l’éventuel donneur de s’abstenir de donner du sang s’il n’est pas « certain de [se] sentir bien ». D’autre part, on lui dit « des personnes apparemment en bonne santé » peuvent être porteuses de virus. Le SIDA ne fait pas partie de la liste des maladies mentionnées. Le dépliant énumère les groupes de personnes particulièrement vulnérables au SIDA, mais il ne mentionne pas les indicateurs de santé permettant de détecter l’infection à VIH. Le juge conclut donc que les questions sur la

“good health” questions did not meet the appropriate standard of care.

The CRCS retained two expert witnesses at the trial, Drs. Allen and Barker, who testified that the “good health” question provided an adequate alternative to symptom-specific questions. Dr. Barker was the senior physician responsible for the general management of blood service operations at the 57 centres of the ARC in the United States. Dr. Allen was in charge of AIDS surveillance for the Centers for Disease Control and Prevention (CDC) in Atlanta and was recognized as being at the forefront of the worldwide fight against AIDS. Although Borins J. described them as “eminent physicians and scientists”, he did not, as he was entitled, accept their expert opinions. Borins J. stated at para. 162:

As I have indicated, the “good health” question is not an effective substitute to asking a donor about specific symptoms which, if he has them, are indicative that he may be infected with AIDS. Everett’s circumstances illustrate the inadequacy and ineffectiveness of the “good health” question. Had he been asked if he had swollen lymph glands, he would have answered affirmatively, and he would have been excluded as a donor.

Borins J. concluded that the standard of care adopted by the CRCS did not meet the standard required to safeguard the blood supply from the risk of infection by HIV. The CRCS was in breach of the duty that it owed to users of its blood and blood products to use the same standard as its counterparts in the United States to screen blood donors. It failed in its duty to exercise the standard that other blood banks used to screen high risk donors under similar circumstances.

Borins J. found that the causal link was established in the *Osborne* and *M* actions. He decided that if either the description of the male homosexual high risk group had been less ambiguous and more precise in the May 1, 1984 pamphlet

« bonne santé » ne satisfait pas à la norme de diligence qu’il convient d’appliquer.

La Croix-Rouge canadienne fait comparaître deux experts au procès, le D^r Allen et le D^r Barker, qui témoignent que la question sur la « bonne santé » peut valablement remplacer les questions portant précisément sur les symptômes. Le D^r Barker est le médecin principal responsable de la gestion générale des services transfusionnels dans les 57 centres de la Croix-Rouge américaine aux États-Unis. Le D^r Allen est, quant à lui, responsable du contrôle du SIDA pour les Centers for Disease Control and Prevention (CDC) d’Atlanta; il est reconnu comme étant au tout premier rang de la lutte mondiale contre le SIDA. Même s’il les présente comme [TRADUCTION] « d’illustres médecins et scientifiques », le juge Borins n’accepte pas leurs opinions d’expert, comme il est en droit de le faire (au par. 162) :

[TRADUCTION] Comme je l’ai déjà mentionné, la question sur la « bonne santé » ne remplace pas de façon efficace les questions portant précisément sur des symptômes qui indiquent que le donneur peut avoir le SIDA s’il a les symptômes en question. La situation d’Everett illustre l’insuffisance et l’inefficacité de la question sur la « bonne santé ». Si on lui avait demandé s’il avait des ganglions lymphatiques enflés, il aurait répondu par l’affirmative et aurait été exclu en tant que donneur.

Le juge Borins conclut que la norme de diligence adoptée par la Croix-Rouge canadienne ne satisfaisait pas à la norme requise visant à protéger les réserves sanguines contre le risque de contamination par le VIH. La Croix-Rouge canadienne a manqué, envers les utilisateurs du sang et des produits sanguins qu’elle fournit, à son obligation d’utiliser la même norme que ses homologues aux États-Unis en matière de sélection des donneurs de sang. Elle n’a pas rempli son obligation d’appliquer la norme que d’autres banques de sang utilisaient pour filtrer les donneurs à risque élevé dans des circonstances similaires.

Selon le juge Borins, le lien de causalité a été établi dans *Osborne* et *M*. Il conclut que si la description du groupe à risque élevé que constituent les homosexuels avait été moins ambiguë et plus précise dans le dépliant du 1^{er} mai 1984 (utilisation

39

40

41

(“homosexual or bisexual males who have had multiple partners”, rather than “homosexual or bisexual males who have multiple partners”), or if Everett had been asked if he experienced any of the signs and symptoms of AIDS (such as swollen lymph glands), he would have been precluded from donating blood on December 17, 1984 (*Osborne*) and March 25, 1985 (*M*).

42 The findings of negligence of the CRCS in respect of donor screening made in the *Osborne* case also apply in the *M* case because the CRCS was still using the May 1, 1984 pamphlet, which was found to be inadequate in the *Osborne* case, on March 25, 1985 when Everett donated the blood received by the infant *M*.

(2) The Walker Action

43 While he found liability on the part of the CRCS in the *Osborne* and *M* actions, Borins J. found that the CRCS was not liable for Walker contracting AIDS as the Walkers had failed to show causation. That is, the trial judge found that even if the CRCS had met the proper standard of care, Robert M. still would have given blood.

44 The trial judge rejected the evidence of the Walker donor, Robert M., that in the fall of 1983 he was not aware of AIDS or the request by the CRCS that gay men who engaged in sex with other men should defer from donating blood. Borins J. concluded that Robert M. was aware of the issue but believed he could ignore the warnings to self-defer because he was in good health.

45 Borins J. also noted that Robert M. continued to donate blood in Montreal after the CRCS May 1984 pamphlet was implemented. Although Robert M. testified that he had not seen the CRCS May 1984 brochure before it was shown to him at his examination in November 1992 (para. 35),

de « hommes homosexuels ou bisexuels ayant eu plusieurs partenaires » au lieu de « hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires »), ou si on avait demandé à Everett s’il avait eu l’un ou l’autre des signes et symptômes du SIDA (comme des ganglions lymphatiques enflés), il n’aurait pas pu donner du sang le 17 décembre 1984 (*Osborne*) et le 25 mars 1985 (*M*).

Les conclusions tirées dans *Osborne* selon lesquelles la Croix-Rouge canadienne a fait preuve de négligence en matière de sélection des donneurs s’appliquent également à l’affaire *M*, car la Croix-Rouge canadienne utilise toujours le dépliant du 1^{er} mai 1984, qui est jugé inadéquat dans *Osborne*, le 25 mars 1985, lorsque Everett donne le sang que le jeune *M* a reçu.

(2) L’action Walker

Même s’il établit que la responsabilité de la Croix-Rouge canadienne est engagée dans *Osborne* et *M*, le juge Borins conclut que la Croix-Rouge canadienne n’est pas responsable du fait que Walker a contracté le SIDA, car les Walker n’ont pas établi le lien de causalité. En d’autres termes, le juge de première instance dit que, même si la Croix-Rouge canadienne avait satisfait à la norme de diligence applicable, Robert M. aurait tout de même donné du sang.

Le juge de première instance rejette le témoignage du donneur dans l’affaire Walker, Robert M., selon lequel à l’automne 1983, il n’était pas au courant du SIDA, ni du fait que la Croix-Rouge canadienne demandait aux homosexuels ayant des relations sexuelles avec d’autres hommes de s’abstenir de donner du sang. Selon le juge Borins, Robert M. était au courant de la question, mais croyait pouvoir passer outre aux mises en garde contre le don de sang, parce qu’il était en bonne santé.

Le juge Borins souligne aussi que Robert M. continue de donner du sang à Montréal après la publication du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Malgré le témoignage de Robert M. qu’il n’a jamais vu ce dépliant avant qu’on le lui montre à son interrogatoire de novem-

Borins J. found that “[Robert M.] tried his best to avoid acknowledging that he received, and read, the AIDS pamphlets available in the Montreal clinic” (para. 40).

Borins J. held that “if the CRCS had published an AIDS pamphlet in September 1983 which was similar to the May 1, 1984, pamphlet, and if it had been given to [Robert M.] on September 12, 1983 at the Manulife clinic, he would have donated blood” (para. 41). He would have done so because he thought that he was in good health and believed that his blood would be tested.

Borins J. felt that the *Walker* case could be decided without determining negligence, as the case failed on causation. See para. 45:

In regard to donor screening, assuming, without deciding, that when Robert M. donated blood on September 12, 1983 the CRCS was negligent in not having instituted a donor screening programme which focused on asking the donor symptom-specific questions, the [Walkers] have not satisfied me that this would have resulted in the deferral of Robert M., who was in good health at that time.

In addition to dismissing the *Walker* action on a failure to prove causation, Borins J. found that the alternate claim based on strict liability in tort also failed.

Borins J. declined to decide whether the CRCS was similar to a manufacturer of whole blood or plasma. He concluded that the principle of strict liability in tort is not available to the Walkers regardless of how one characterizes the role of the CRCS in the collecting, processing and distribution of blood and blood substances.

Borins J. based his findings on several factors. The infected donations were obtained prior to the general use in Canada of the ELISA test in

bre 1992 (par. 35), le juge Borins dit que [TRADUCTION] « [Robert M.] a fait ce qu’il a pu pour éviter de reconnaître qu’il avait reçu et lu les dépliants sur le SIDA qui étaient disponibles au centre de collecte de sang de Montréal » (par. 40).

Le juge Borins déclare que [TRADUCTION] « si la Croix-Rouge canadienne avait publié un dépliant sur le SIDA en septembre 1983 semblable à celui du 1^{er} mai 1984 et s’il [...] avait été remis [à Robert M.] le 12 septembre 1983 au centre de collecte de sang du Centre Manulife, il aurait tout de même donné de son sang » (par. 41), parce qu’il se croyait en bonne santé et pensait que son sang serait analysé.

Le juge Borins estime qu’il peut trancher l’affaire *Walker* sans rendre de conclusion en matière de négligence, car aucun lien de causalité n’a été établi (au par. 45) :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la sélection des donneurs, si je présume, sans pour autant trancher la question, que lorsque Robert M. a donné du sang le 12 septembre 1983, la Croix-Rouge canadienne a fait preuve de négligence en n’ayant pas instauré de programme de sélection des donneurs axé principalement sur des questions précisément liées à des symptômes à poser aux éventuels donneurs, je dois conclure que les Walker ne m’ont pas convaincu que Robert M., qui était en bonne santé à cette époque-là, n’aurait pas donné de son sang.

En plus de rejeter l’action *Walker* au motif que le lien de causalité n’a pas été établi, le juge Borins estime que la demande subsidiaire, fondée sur la responsabilité délictuelle stricte, doit également être rejetée.

Le juge Borins refuse de trancher la question de savoir si la Croix-Rouge canadienne s’apparente à un fabricant de sang entier ou de plasma. Il juge que les Walker ne peuvent invoquer le principe de la responsabilité délictuelle stricte, peu importe la façon dont on caractérise le rôle de la Croix-Rouge canadienne dans la collecte, le traitement et la distribution de sang et substances sanguines.

Le juge Borins fonde ses motifs sur plusieurs facteurs. Les dons contaminés ont été obtenus avant l’utilisation générale du test ELISA au

46

47

48

49

50

November 1985. He cited Sopinka J.'s comments in *Ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674, that blood, in some ways, is an inherently dangerous substance, in contrast to the commercial world, where a manufacturer has control over the goods. He examined case law in the United States and noted that although strict liability had become the norm for defective products, blood and blood products had been excepted from that rule in order to ensure that they continued to be available to the public. Borins J. concluded that on policy grounds, it would be wrong to find the CRCS strictly liable in tort for the infected blood received by Mrs. Walker on October 1, 1983.

B. *Ontario Court of Appeal* (1999), 43 O.R. (3d) 461

51 The court dismissed the CRCS's appeal in the *Osborne* and *M* actions, but allowed the Walkers' appeal.

(1) CRCS's Appeal of the *Osborne* and *M* Actions

52 As the CRCS had agreed that it owed a duty of care to recipients of its blood and blood products, the issue before the Court of Appeal was the appropriate standard of care.

53 The trial judge had found that the CRCS May 1, 1984 pamphlet fell below the applicable standard of care, having regard to the practices in place in the United States. Before the Court of Appeal, it was argued that the trial judge could not reasonably reach that conclusion when the only two medical experts, Barker and Allen, testified that the steps taken by the CRCS met the appropriate standard of care. As stated above, the medical experts testified that the "good health" question in the CRCS's May 1984 pamphlet was a reasonable

Canada en novembre 1985. Il cite les remarques du juge Sopinka dans l'arrêt *Ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674, que le sang est, à certains égards, une substance essentiellement dangereuse, contrairement aux biens commerciaux, que le fabricant contrôle. Il examine la jurisprudence américaine et souligne que même si la responsabilité stricte est devenue la norme applicable pour les produits défectueux, le sang et les produits sanguins sont soustraits à l'application de cette règle pour qu'ils continuent d'être disponibles pour le public. Le juge Borins estime qu'en raison de considérations de principe, il serait erroné de statuer que la responsabilité délictuelle stricte de la Croix-Rouge canadienne est engagée du fait que M^{me} Walker a reçu du sang contaminé le 1^{er} octobre 1983.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 43 O.R. (3d) 461

La Cour d'appel rejette l'appel de la Croix-Rouge canadienne dans *Osborne* et *M*, mais accueille l'appel des Walker.

(1) L'appel de la Croix-Rouge canadienne dans *Osborne* et *M*

Comme la Croix-Rouge canadienne reconnaît qu'elle a une obligation de diligence envers les receveurs du sang et des produits sanguins qu'elle fournit, la question que doit trancher la Cour d'appel est de savoir quelle est la norme de diligence applicable.

Selon le juge de première instance, le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne ne satisfait pas à la norme de diligence applicable, compte tenu des pratiques en vigueur aux États-Unis. On soutient devant la Cour d'appel que le juge de première instance n'a pu raisonnablement parvenir à cette conclusion, car les deux seuls experts en médecine qui ont témoigné, soit Barker et Allen, ont déclaré que les mesures prises par la Croix-Rouge canadienne répondent à la norme de diligence applicable. Comme je l'ai déjà dit, selon le témoignage des experts en médecine, la question sur la « bonne santé » figurant dans le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne remplace

alternative to asking symptom-specific questions to potential blood donors.

The Court of Appeal rejected that argument and held that the trial judge was entitled to conclude that the “good health” question was insufficient to meet the requisite standard of care (at p. 468):

[Borins J.’s] finding that the pamphlet was inadequate did not turn on any disagreement with the experts on a medical issue, but rather on his evaluation of whether the message conveyed by the pamphlet was sufficient to deter those at high risk of having the HIV virus from donating blood. The finding that the pamphlet did not meet that purpose turned on his evaluation of how that pamphlet would be read and understood by possible donors and not on the application of any medical expertise.

(2) The Walker Appeal

The trial judge declined to determine whether the CRCS had been negligent in the *Walker* case as the action failed on causation. The Court of Appeal did determine that issue. It found that the respondent CRCS was in breach of its duty of care because, during the relevant time frame, the CRCS failed to take adequate or any measures to screen persons known to pose a high risk of transmitting the HIV virus. The CRCS knew or ought to have known that its failure to implement adequate screening measures could result in the transmission of HIV infected blood to recipients.

The remaining issue was causation. The Court of Appeal overruled the trial judge on the ground that he was incorrect in dismissing that action on the failure to show causation. According to the trial judge, the Walkers bore the additional onus of showing that had proper screening measures been in place, Robert M. would have been deterred from donating. The Walkers’ claim failed at trial because they did not succeed in meeting this onus.

raisonnablement les questions portant précisément sur les symptômes qu’on aurait posées aux éventuels donateurs de sang.

La Cour d’appel rejette cet argument et dit que le juge de première instance pouvait conclure que la question sur la « bonne santé » était insuffisante pour satisfaire à la norme de diligence applicable (à la p. 468) :

[TRADUCTION] [L]a conclusion [du juge Borins] que le dépliant est inadéquat repose non pas sur une divergence d’opinion entre lui et les experts au sujet d’une question médicale, mais plutôt sur son appréciation de la question de savoir si le message que transmet le dépliant suffit pour dissuader les individus particulièrement vulnérables au VIH de donner du sang. La conclusion que le dépliant n’atteint pas cet objectif est fondée sur son appréciation de la façon dont les éventuels donateurs liraient et comprendraient ce dépliant, et non sur l’application d’une expertise médicale.

(2) L’appel Walker

Le juge de première instance refuse de trancher la question de savoir si la Croix-Rouge canadienne a été négligente dans l’affaire *Walker*, au motif qu’aucun lien de causalité n’a été établi. La Cour d’appel a, par contre, tranché cette question. Elle conclut que l’intimée la Croix-Rouge canadienne n’a pas respecté son obligation de diligence, car, au cours de la période visée, elle n’a pas pris de mesures convenables, ni même aucune mesure, pour filtrer les personnes dont le risque de transmission du VIH est élevé. La Croix-Rouge canadienne savait, ou aurait dû savoir, que du sang contaminé par le VIH risque d’être transmis à des receveurs du fait qu’elle n’a pas pris les mesures de sélection appropriées.

L’autre question litigieuse est celle du lien de causalité. La Cour d’appel infirme la décision du juge de première instance au motif qu’il a eu tort de rejeter cette action parce qu’aucun lien de causalité n’a été établi. Selon le juge de première instance, il incombe également aux Walker d’établir que si des mesures de sélection convenables avaient été prises, Robert M. aurait été exclu. L’action des Walker a été rejetée en première instance, car ils n’ont pas réussi à le prouver.

54

55

56

57

In allowing the *Walker* appeal, the Court of Appeal relied on *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634. In that case, it was found that the manufacturer, Dow, was negligent in failing to adequately warn doctors of the possibility that its breast implants could rupture. However, the plaintiff did not have to prove that if warned, the doctor would have communicated that warning to the plaintiff. La Forest J. stated at para. 60:

Simply put, I do not think a manufacturer should be able to escape liability for failing to give a warning it was under a duty to give, by simply presenting evidence tending to establish that even if the doctor had been given the warning, he or she would not have passed it on to the patient, let alone putting an onus on the plaintiff to do so. Adopting such a rule would, in some cases, run the risk of leaving the plaintiff with no compensation for her injuries. She would not be able to recover against a doctor who had not been negligent with respect to the information that he or she did have; yet she also would not be able to recover against a manufacturer who, despite having failed in its duty to warn, could escape liability on the basis that, had the doctor been appropriately warned, he or she still would not have passed the information on to the plaintiff. Our tort law should not be held to contemplate such an anomalous result. [Emphasis in original.]

58

The Court of Appeal applied the principles in *Hollis, supra*, to the *Walker* case. Given that the Walkers bore the onus of proving causation, it held that the necessary causal link was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures at the time Robert M. donated the fatal HIV-tainted blood to the plaintiff Walker. There was no evidence of conduct on the part of Robert M. that would have made the CRCS's failure to adequately screen high risk donors irrelevant. It was not open to the CRCS to dislodge the presumptive causal link by showing that proper screening measures would have proved ineffective

En accueillant l'appel *Walker*, la Cour d'appel se fonde sur l'arrêt *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, dans lequel notre Cour conclut que le fabricant, Dow, a fait preuve de négligence en omettant de convenablement mettre les médecins en garde contre la possibilité de rupture de ses implants mammaires. Cependant, la demanderesse n'était pas tenue d'établir que s'il avait été mis en garde, le médecin lui aurait communiqué cette mise en garde. Voici ce que dit le juge La Forest, au par. 60 :

En termes simples, j'estime qu'un fabricant ayant omis la mise en garde qu'il avait l'obligation de faire ne devrait pas pouvoir se dégager de sa responsabilité simplement par une preuve tendant à établir que même si le médecin avait reçu la mise en garde, il ne l'aurait pas transmise à son patient, et encore moins en imposant cette charge à la demanderesse. L'adoption d'une telle règle entraînerait, dans certains cas, le risque que la demanderesse ne soit pas indemnisée pour le préjudice subi. Elle n'aurait aucun recours contre un médecin qui n'aurait pas fait preuve de négligence en ce qui concerne les renseignements qu'il avait effectivement à sa disposition, et elle n'aurait non plus aucun recours contre un fabricant qui, même s'il a manqué à son obligation de mise en garde, pourrait échapper à sa responsabilité en faisant valoir que, si le médecin avait été adéquatement mis en garde, il n'aurait pas transmis l'information à la demanderesse. Notre droit de la responsabilité délictuelle ne devrait pas être interprété comme envisageant un résultat aussi inusité. [Souligné dans l'original.]

La Cour d'appel applique les principes de l'arrêt *Hollis*, précité, à l'affaire *Walker*. Ainsi, comme il incombe aux Walker d'établir le lien de causalité, elle conclut qu'on doit présumer que le lien causal nécessaire est établi une fois qu'il est démontré que la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où Robert M. a fait le don de sang mortel contaminé par le VIH à la demanderesse Walker. Aucune preuve n'établit un comportement tel de la part de Robert M. qu'il aurait rendu non pertinente l'omission de la Croix-Rouge canadienne de filtrer convenablement les donneurs à risque élevé. La Croix-Rouge canadienne ne peut pas contester le lien causal présumé en établissant que des mesures de sélection conve-

in deterring Robert M. because of his own negligence.

The Court of Appeal concluded that had the trial judge applied the correct causal analysis, he would have found the necessary causal link and, given the Court of Appeal's finding of negligence, the appeal was allowed.

IV. Issues

A. *Standard of Care*

Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge was correct to find that the CRCS May 1, 1984 pamphlet was inadequate in the *Osborne* and *M* appeals, despite the evidence of two medical experts to the contrary?

B. *Causation*

Did the Court of Appeal err in finding that the necessary causal link in the *Walker* appeal was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures at the time of Robert M.'s donation and that it was not open to the CRCS to dislodge that presumptive causal link?

V. Analysis

A. *The AIDS Crisis*

The trial judge set out the history and the knowledge of AIDS that was developing in the United States to determine the standard of care required in safeguarding the Canadian blood supply (see paras. 134 to 152). A summary of which is useful to demonstrate the uniqueness of the time frame in these appeals, and to highlight the difference between the American and Canadian responses to the emerging AIDS crisis.

nables n'auraient pas suffi à dissuader Robert M. à cause de sa négligence.

La Cour d'appel conclut que si le juge de première instance avait appliqué la bonne analyse causale, il aurait conclu à l'existence du lien causal nécessaire, et, vu sa conclusion de négligence, accueille l'appel.

IV. Les questions en litige

A. *La norme de diligence*

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant, dans le cadre des appels *Osborne* et *M*, que le juge de première instance avait eu raison de dire que le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne était inadéquat, malgré le témoignage contraire de deux experts en médecine?

B. *Le lien de causalité*

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant, dans l'appel *Walker*, qu'on devait présumer que le lien causal nécessaire avait été établi une fois qu'il avait été démontré que la Croix-Rouge canadienne avait manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donateurs à l'époque où Robert M. a fait le don de sang en cause, et que la Croix-Rouge canadienne ne pouvait pas contester ce lien causal présumé?

V. L'analyse

A. *La crise du SIDA*

Le juge de première instance a décrit l'histoire et la connaissance du SIDA qui se développait aux États-Unis afin de déterminer la norme de diligence requise pour protéger les réserves sanguines canadiennes (voir par. 134-152). Il est utile de résumer cette description pour démontrer le caractère unique de la période visée par les pourvois et faire ressortir la différence entre les réactions américaine et canadienne face à la crise émergente du SIDA.

59

60

61

62

- 63 The first AIDS cases were diagnosed in North America in June and July of 1981. As more cases surfaced, it appeared that AIDS was especially prevalent among certain groups, namely homosexual males, intravenous drug users, and recently-immigrated Haitians. It was not until January 1984 that the medical community asserted with certainty that AIDS was transmissible by blood.
- 64 In July 1982, three cases of *Pneumocystis carinii* pneumonia were diagnosed in hemophiliacs, raising the possibility that AIDS might be blood borne.
- 65 In December 1982, the Centers for Disease Control and Prevention reported a case of “Possible Transfusion-Associated AIDS (TAA) — California”. In that case, an infant, who did not fit into any of the previously noted high risk categories for AIDS, received blood platelets from transfusions. The infant contracted AIDS and the transfusions he received became the focus of the medical community’s attention.
- 66 In January 1983, a Workgroup to Identify Opportunities for the Prevention of AIDS was convened. At that meeting, based on the emerging information about AIDS, a consensus was reached for the proposition that members of high risk groups for AIDS should somehow be excluded from donating blood. The report indicates that “no consensus was reached as to the best method for doing this”.
- 67 The Workgroup rejected the idea of screening out male homosexuals, as that procedure would be “intrusive”, “unethical” and might “institutionalize a stigma on groups already prone to prejudice and persecution”. Further, the Workgroup questioned whether such a procedure would be effective, given the possibility that many potential donors would be reluctant to disclose that they were
- Les premiers cas de SIDA ont été diagnostiqués en Amérique du Nord en juin et juillet 1981. Au fur et à mesure que d’autres cas faisaient surface, le SIDA paraissait particulièrement répandu au sein de certains groupes, soit les homosexuels, les consommateurs de drogues injectables et les immigrants haïtiens récents. Ce n’est qu’en janvier 1984 que la communauté médicale déclarait sans ambages que le SIDA était transmissible par le sang.
- En juillet 1982, trois cas de pneumonie à *Pneumocystis carinii* ont été diagnostiqués chez des hémophiles, ce qui soulevait la possibilité que le SIDA se transmette par le sang.
- En décembre 1982, les Centers for Disease Control and Prevention ont fait état d’un cas de [TRADUCTION] « SIDA possiblement lié à une transfusion — Californie ». Il s’agissait d’un bébé qui n’appartenait pas à l’une ou l’autre des catégories d’individus particulièrement vulnérables au SIDA déjà définies et qui avait reçu des plaquettes sanguines par transfusions. Le bébé a contracté le SIDA, et les transfusions qu’il a reçues sont devenues le centre d’attention de la communauté médicale.
- En janvier 1983, a lieu une réunion du groupe de travail chargé de trouver des moyens de prévenir le SIDA (*Workgroup to Identify Opportunities for the Prevention of AIDS*), au cours de laquelle il est décidé à l’unanimité, d’après les renseignements émergents sur le SIDA, de proposer que les personnes appartenant à des groupes particulièrement vulnérables au SIDA devraient par quelque moyen être exclus pour des dons de sang. Selon le rapport, [TRADUCTION] « il n’y a pas consensus quant à la meilleure méthode à appliquer pour atteindre cet objectif ».
- Le groupe de travail rejette l’idée d’exclure les hommes homosexuels, car une telle procédure serait [TRADUCTION] « indiscreète » et « contraire à l’éthique », et risquerait « d’institutionnaliser un stigmate que portent des groupes d’individus exposés aux préjugés et à la persécution ». En outre, il s’interroge sur l’efficacité d’une telle méthode, vu la possibilité que plusieurs éventuels donneurs

homosexual, or might conclude that they were not at risk for contracting or carrying the disease. No recommendations were made at this meeting on how to screen high risk donors.

On January 13, 1983, the ARC, the American Association of Blood Bankers, and the Council of Community Blood Banks issued a "Joint Statement on AIDS Related to Transfusion" ("Joint Statement"). The Joint Statement concluded that evidence was inconclusive that AIDS was transmissible by blood. It recommended more thorough screening for symptoms of AIDS in potential donors; however, it did not recommend that donors be screened on the basis of their sexual preference. It further noted that only 10 of 800 reported AIDS cases, diagnosed to date, were possibly blood-related, while approximately 10 million transfusions had been performed in the lapse of one year from 1982.

On March 4, 1983, the American Public Health Service Committee issued its promised recommendations for donor screening. The committee recommended that, prior to donating blood, donors be given pamphlets describing high risk groups so that they could self-screen based on the information in the pamphlets. The Bureau of Biologics of the Food and Drug Administration (FDA) recommended improved educational programs for blood bank personnel so that they could better assist donors in recognizing the symptoms of AIDS. These guidelines were promptly implemented by the ARC.

The ARC prepared a pamphlet in March 1983 for use at its donor clinics entitled "An important message to all blood donors".

Donors were required to sign an acknowledgment that they had read the ARC 1983 pamphlet concerning AIDS, and to acknowledge their under-

hésitent à révéler qu'ils sont homosexuels ou encore en arrivent à la conclusion qu'ils ne risquent pas de contracter ou porter la maladie. Aucune recommandation n'est faite à cette réunion sur la façon de filtrer les donneurs à risque élevé.

Le 13 janvier 1983, la Croix-Rouge américaine, l'American Association of Blood Bankers et le Council of Community Blood Banks font une déclaration conjointe sur le lien entre le SIDA et les transfusions sanguines (« la déclaration conjointe »). Selon cette déclaration conjointe, la preuve de transmission du SIDA par le sang n'est pas concluante. Elle recommande un examen plus poussé qui permettrait de déceler, le cas échéant, des symptômes du SIDA chez les éventuels donneurs; cependant, elle ne recommande pas que la sélection des donneurs soit fondée sur l'orientation sexuelle. Elle fait en outre remarquer que seuls dix des 800 cas de SIDA signalés jusque-là sont peut-être liés au sang, alors qu'environ dix millions de transfusions ont eu lieu l'année précédente.

Le 4 mars 1983, l'American Public Health Service Committee fait les recommandations promises en matière de sélection des donneurs. Il recommande qu'on remette aux donneurs, avant qu'ils ne donnent de leur sang, des dépliants décrivant les groupes à risque élevé, afin qu'ils puissent eux-mêmes juger s'ils peuvent donner du sang, d'après les renseignements contenus dans les dépliants. Le Bureau of Biologics de la Food and Drug Administration (FDA) recommande pour sa part qu'on améliore les programmes de formation des membres du personnel des banques de sang pour qu'ils soient plus en mesure d'aider les donneurs à reconnaître les symptômes du SIDA. La Croix-Rouge américaine suit sans délai ces lignes directrices.

La Croix-Rouge américaine publie en mars 1983 le dépliant « An important message to all blood donors » pour ses centres de collecte de sang.

Les donneurs doivent signer une attestation selon laquelle ils ont lu le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine au sujet du SIDA et

68

69

70

71

standing that members of high risk groups had been asked to refrain from donating blood.

B. *Canada's Response*

72 The CRCS's response to the Joint Statement of January 1983 is usefully compared to the ARC response. The CRCS became aware of the Joint Statement shortly after it was released. On February 7, 1983, the CRCS and the Canadian Hemophilia Society met. The latter recommended expanding the CRCS donor questionnaire to include "questions more specifically related to the symptomatology of AIDS" (para. 149 (emphasis deleted)).

73 On March 10, 1983, the National Office of the CRCS issued a press release advising "members of groups identified as high risk of carrying Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) not to give blood. These groups are: Patients diagnosed with AIDS, sexual partners of AIDS patients, persons with AIDS symptoms, sexually-active homosexual or bisexual men with multiple partners, recent Haitian immigrants, current or past drug abusers, and sexual partners of individuals at high risk for AIDS" (para. 147 (emphasis deleted)).

74 The CRCS also indicated it was to expand the steps taken to protect blood recipients from the possible transmission of AIDS through blood by expanding the current screening process for blood donors to include specific questions to detect potential donors with symptoms of AIDS or who might be carriers of AIDS. In the March 10, 1983 press release, the CRCS assured that it was "doing everything possible under current conditions of knowledge to protect recipients of blood and blood products from any possible threat to their health" and promised to "continue to monitor new developments, in association with other agencies in Canada and the United States, and [to] revise its

reconnaître qu'ils comprennent que les personnes appartenant à l'un ou l'autre des groupes à risque élevé sont invitées à s'abstenir de donner du sang.

B. *La réaction du Canada*

Il est utile de comparer la réaction de la Croix-Rouge canadienne à la déclaration conjointe de janvier 1983 à celle de la Croix-Rouge américaine. La Croix-Rouge canadienne est au courant de la déclaration conjointe peu après sa publication. Le 7 février 1983, a lieu une rencontre entre la Croix-Rouge canadienne et la Société canadienne de l'hémophilie. Cette dernière recommande qu'on ajoute au questionnaire de la Croix-Rouge canadienne [TRADUCTION] « des questions portant plus précisément sur la symptomatologie du SIDA » (par. 149 (soulignement omis)).

Le 10 mars 1983, le Bureau national de la Croix-Rouge canadienne émet un communiqué de presse informant les [TRADUCTION] « membres des groupes particulièrement vulnérables au syndrome d'immunodéficience acquis (SIDA) de ne pas donner de sang : les personnes qui ont reçu un diagnostic de SIDA, les partenaires sexuels des sidéens, les personnes présentant des symptômes du SIDA, les hommes homosexuels ou bisexuels ayant des rapports sexuels avec plusieurs partenaires, les Haïtiens récemment immigrés, les personnes qui ont consommé ou qui consomment actuellement de la drogue et les partenaires sexuels des personnes particulièrement vulnérables au SIDA » (par. 147 (soulignement omis)).

La Croix-Rouge canadienne fait aussi savoir qu'elle doit prendre des mesures supplémentaires pour protéger les receveurs de sang contre la transmission possible du SIDA par le sang en resserrant le processus de sélection des donneurs alors en vigueur de manière à y inclure des questions précises visant à filtrer les éventuels donneurs présentant des symptômes du SIDA ou susceptibles d'être porteurs de cette maladie. Dans le communiqué du 10 mars 1983, elle assure qu'elle [TRADUCTION] « fait tout son possible dans l'état actuel des connaissances pour protéger les receveurs de sang et de produits sanguins contre tout risque pour leur santé » et promet de « continuer à suivre

position promptly should medical or other scientific findings indicate that a different course of action is warranted” (para. 147 (emphasis deleted)).

It is significant to note that Borins J. stated at para. 148:

It is clear that in identifying “persons with AIDS symptoms” as a discrete high risk group, and in committing itself to extending its current donor screening process to “include specific questions to detect potential donors with symptoms of AIDS or who might be carriers of AIDS”, the CRCS had adopted the recommendations of the Joint Statement and the FDA, as reflected in ARC pamphlet.

On April 15, 1983, the National Advisory Committee and Blood Transfusion Services met. After what was described as a “spirited debate”, it was decided not to ask symptom-specific questions of potential donors, but instead to modify the existing donor questionnaire by adding the preamble with a “good health” aspect. The revised preamble read as follows (at para. 150):

Thank you for your gift of blood. In order to protect you and the recipient of your blood, it is important that you be in good health. Please read these questions carefully each time you give. If your answer is yes to any question, notify the nurse.

A yes answer does not necessarily disqualify you as a donor. [Emphasis added.]

The decision not to ask symptom-specific questions of potential donors was apparently made with disregard for the advice of the CRCS’s own medical staff. The Medical Directors of the CRCS met on March 24-25, 1983, where the general consensus reached was that it would be appropriate to ask donors symptom-specific questions. There was no satisfactory explanation as to why the National

le cours des événements, de concert avec d’autres organismes au Canada et aux États-Unis et [de] revoir sans délai sa position si des découvertes médicales ou d’autres découvertes scientifiques indiquent qu’un changement d’approche s’impose » (par. 147 (soulignement omis)).

Il importe de noter les propos du juge Borins (au par. 148) :

[TRADUCTION] En mettant les « personnes qui ont des symptômes du SIDA » dans un groupe à risque élevé distinct et en s’engageant à pousser plus loin sa méthode de sélection des donneurs de manière à « inclure des questions précises destinées à filtrer les éventuels donneurs présentant des symptômes du SIDA ou susceptibles d’être porteurs de cette maladie », la Croix-Rouge canadienne a adopté les recommandations de la déclaration conjointe et de la FDA, qui se retrouvent dans le dépliant de la Croix-Rouge américaine.

Le 15 avril 1983, le Comité consultatif national et les Services transfusionnels se réunissent. Après ce qui semble être un « débat animé », on décide de ne pas poser aux éventuels donneurs des questions portant précisément sur les symptômes, mais plutôt de modifier le questionnaire remis aux donneurs en y ajoutant le préambule comportant un aspect sur la « bonne santé ». Voici la version modifiée du préambule (au par. 150) :

Nous vous remercions de votre don de sang. Pour votre protection et celle des malades susceptibles de recevoir votre sang, il est essentiel que vous soyez en bonne santé. Veuillez lire attentivement les questions suivantes chaque fois que vous offrez votre sang. Si vous répondez oui à l’une des questions, allez voir l’infirmière. . .

Une réponse affirmative ne vous élimine pas nécessairement comme donneur. [Je souligne.]

La décision de ne pas poser de questions portant précisément sur les symptômes aux éventuels donneurs est, semble-t-il, prise sans égard à l’avis du personnel médical de la Croix-Rouge canadienne. Les directeurs médicaux de la Croix-Rouge canadienne se réunissent les 24 et 25 mars 1983; l’opinion générale est alors qu’il faudrait poser ces questions aux donneurs. On ne fournit aucune

75

76

77

Advisory Committee and Blood Transfusion Services decided not to follow the advice of its own medical staff, and instead retained the “good health” approach.

78 As early as April 1983, the CRCS also decided to implement a donor-screening pamphlet, albeit not symptom-specific. However, this was not done for over a year (May 1, 1984).

79 Finally, in November 1985, the CRCS revised its 1984 pamphlet to describe a typical member of the group of high-risk donors as a person who was “a male and [has] had sex with another male since 1977” (para. 144). The CRCS began testing all blood donations for the presence of HIV antibodies using the ELISA test in November 1985. In May 1986 the CRCS introduced the first brochure that asked symptom-specific questions about HIV.

C. Osborne and M

80 The issue is whether the trial judge was entitled to find that the donor screening procedures of the CRCS May 1984 pamphlet, which was in use when Everett made his blood donations on December 17, 1984 and March 25, 1985, were inadequate. The trial judge rejected the opinions of the only two experts who testified on this issue, Allen and Barker. As noted earlier, these experts testified that the “good health” question provided an adequate alternative to symptom-specific questions in the CRCS May 1984 pamphlet. The trial judge found that the CRCS’s “good health” questions were not an effective substitute for symptom-specific questions about AIDS as they were based on a false premise (at para. 160):

explication satisfaisante à l’égard de la décision du Comité consultatif national et des Services transfusionnels de ne pas suivre l’avis de leur propre personnel médical et d’adopter plutôt l’approche de la « bonne santé ».

Dès avril 1983, la Croix-Rouge canadienne décide également de publier un dépliant de sélection des donneurs, qui ne comporterait toutefois pas de questions précises sur les symptômes. Cependant, elle attend plus d’un an avant d’agir (1^{er} mai 1984).

Enfin, en novembre 1985, la Croix-Rouge canadienne révisé son dépliant de 1984 afin d’y décrire un membre type du groupe de donneurs à risque élevé comme étant tout [TRADUCTION] « homme qui a eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 » (par. 144). En novembre 1985, à l’aide du test ELISA, elle commence à tester systématiquement les dons sanguins pour déterminer s’ils contiennent des anticorps anti-VIH. En mai 1986, elle lance le premier dépliant à poser des questions portant précisément sur des symptômes du VIH.

C. Osborne et M

La question litigieuse est de savoir si le juge de première instance pouvait conclure que les méthodes de sélection des donneurs suivies par la Croix-Rouge canadienne par voie du dépliant de mai 1984, utilisé à l’époque des dons de sang d’Everett du 17 décembre 1984 et du 25 mars 1985, sont insuffisantes. Le juge de première instance rejette les avis des deux seuls experts qui ont témoigné à ce sujet, Allen et Barker. Comme je l’ai déjà mentionné, ces experts ont témoigné que la question sur la « bonne santé » pouvait remplacer valablement des questions portant précisément sur les symptômes dans le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Le juge de première instance conclut que les questions de la Croix-Rouge canadienne sur la « bonne santé » ne peuvent remplacer efficacement des questions portant précisément sur les symptômes du SIDA, car elles sont fondées sur une prémisse erronée (au par. 160) :

A donor cannot know if he or she is in “good health” unless told what would constitute “bad health” in the context of the *purpose* of the “good health” question. The American procedure did this by identifying the signs and symptoms of bad health from the perspective of the object it was seeking to achieve by donor screening. Nowhere is the false premise better illustrated than in the case of Everett, who had swollen lymph glands for several years. A person’s good health is often subjective. A person may experience a particular condition for a long period of time, but because of the long period during which he or she has experienced it, believe that it is his or her normal condition. Such a person may believe that he or she is in good health. This illustrates why a “good health” question is not a substitute for the symptom specific questions. [Emphasis in original.]

Borins J. found that the CRCS May 1984 pamphlet contained a basic contradiction (at para. 161):

On the one hand, donors were told not to donate if they were not “feeling generally well”. On the other hand, donors were told that “some apparently healthy persons” were infected with viruses. Yet other than indicating those people at high risk for AIDS, nothing was said about health indicators of HIV infection. To use a “good health” question and nothing more to ask a person if he believed he had AIDS, would have been like asking Mr. Osborne if he thought he had AGBS, without telling him its signs and symptoms.

I agree with the Court of Appeal in upholding the trial judge’s conclusions in the *Osborne* and *M* cases. The trial judge was not asked to assess complex scientific or highly technical matters. Simply, the issue was whether the general health question was sufficient to deter the infected donor from donating blood. The issue is not how an expert would respond to the donor screening questions in the questionnaire, but how a lay person would respond (see also *Ter Neuzen, supra*, at p. 701).

[TRADUCTION] Un donneur ne peut savoir s’il est en « bonne santé » à moins qu’on lui dise ce qui constituerait une « mauvaise santé » dans le contexte de l’objectif visé par la question sur la « bonne santé ». Or, c’est ce que fait la méthode américaine en décrivant les signes et symptômes d’une mauvaise santé du point de vue de l’objectif qu’elle visait à atteindre par la sélection des donneurs. Rien n’illustre mieux la prémisse erronée que le cas d’Everett, dont les ganglions lymphatiques avaient été enflés depuis plusieurs années. La bonne santé d’une personne est souvent subjective. Une personne peut avoir un état de santé particulier pendant longtemps, mais parce qu’elle se trouve dans cet état depuis si longtemps, elle peut croire qu’il s’agit de son état de santé normal. Il se peut qu’une telle personne se considère en bonne santé. Cela démontre qu’une question sur la « bonne santé » ne peut remplacer les questions portant précisément sur des symptômes. [En italique dans l’original.]

Le juge Borins conclut que le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne comporte une contradiction fondamentale (au par. 161) :

[TRADUCTION] D’une part, on dit à l’éventuel donneur de s’abstenir de donner du sang s’il n’est pas certain « de [se] sentir bien ». D’autre part, on lui dit que « des personnes apparemment en bonne santé » peuvent être porteuses de virus. Pourtant, à part la mention des personnes particulièrement vulnérables au SIDA, on ne parle aucunement des indicateurs de santé permettant de détecter une infection par le VIH. Se contenter de poser une question sur la « bonne santé » pour savoir si la personne croit qu’elle a le SIDA équivaudrait à demander à M. Osborne s’il croyait avoir l’AGBS sans lui dire quels en sont les signes et les symptômes.

Je suis d’accord avec la Cour d’appel, qui a maintenu les conclusions du juge de première instance dans *Osborne* et *M*. On ne demandait pas au juge de première instance d’apprécier des questions scientifiques complexes ou extrêmement techniques. La question litigieuse qu’il devait trancher était simplement de savoir si la question sur l’état de santé général suffisait pour dissuader le donneur contaminé de donner de son sang. Il ne s’agit pas de savoir comment un expert répondrait aux questions de sélection des donneurs contenues dans le questionnaire, mais plutôt comment un profane y répondrait (voir également l’arrêt *Ter Neuzen*, précité, p. 701).

81

82

83

I agree with the reasoning of the Court of Appeal at p. 468:

Nor is the factual issue at the heart of Justice Borins' conclusion that the screening procedures followed by the CRCS were inadequate, one that fell within the exclusive domain of medical experts. His finding that the pamphlet was inadequate did not turn on any disagreement with the experts on a medical issue, but rather on his evaluation of whether the message conveyed by the pamphlet was sufficient to deter those at high risk of having the HIV virus from donating blood. The finding that the pamphlet did not meet that purpose turned on his evaluation of how that pamphlet would be read and understood by possible donors and not on the application of any medical expertise.

D. Walker

84

The Court of Appeal confirmed Borins J.'s finding on the issue of negligence but disagreed with him on the issue of causation. On the question of negligence the Court of Appeal stated at p. 471:

1. That the CRCS was in breach of its duty in failing, by September 1983, to have in place at its donor clinics a program designed to screen out individuals known to pose a high risk of transmitting the HIV virus; and
2. That the CRCS knew or ought to have known that its failure to implement adequate screening measures could result in the transmission of HIV-infected blood to innocent recipients such as Mrs. Walker.

85

The Court of Appeal relied on *Hollis, supra*, to determine causation on the basis that, as the Walkers bore the onus of proving causation, the necessary causal link was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures when Robert M. donated the HIV-tainted blood that proved fatal to Walker. There was no evidence of extraneous conduct on the part of Robert M. which would have made the CRCS's failure to adequately screen high risk donors irrelevant. Therefore, they concluded that it was not open to

Je suis d'accord avec le raisonnement de la Cour d'appel (à la p. 468) :

[TRADUCTION] La question de fait au cœur de la conclusion du juge Borins que les méthodes de sélection de la Croix-Rouge canadienne sont inadéquates ne relève pas non plus exclusivement des experts médicaux. Sa conclusion que le dépliant est inadéquat repose non pas sur une divergence d'opinion entre lui et les experts au sujet d'une question médicale, mais plutôt sur son appréciation de la question de savoir si le message que transmet le dépliant suffit pour dissuader les individus particulièrement vulnérables au VIH de donner du sang. La conclusion que le dépliant n'atteint pas cet objectif est fondée sur son appréciation de la façon dont les éventuels donateurs liraient et comprendraient ce dépliant, et non sur l'application d'une expertise médicale.

D. Walker

La Cour d'appel confirme la conclusion du juge Borins en matière de négligence, mais n'est pas d'accord avec lui au sujet du lien de causalité. Voici ce qu'elle dit sur la question de la négligence (à la p. 471) :

[TRADUCTION]

1. la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation, car elle n'avait pas établi à ses centres de collecte de sang, au mois de septembre 1983, un programme visant à filtrer les individus dont le risque de transmission du VIH est élevé;
2. la Croix-Rouge canadienne savait, ou aurait dû savoir, qu'en raison de son manquement à l'obligation de prendre les mesures de sélection appropriées du sang contaminé par le VIH risque d'être transmis à des innocents, comme M^{me} Walker.

La Cour d'appel se fonde sur *Hollis, précité*, pour trancher la question du lien de causalité déclarant que, comme il incombe aux Walkers d'établir le lien de causalité, on doit présumer que le lien causal nécessaire a été établi une fois qu'il a été démontré que la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donateurs à l'époque où Robert M. a fait le don de sang mortel contaminé par le VIH à Walker. Aucune preuve n'établit un comportement par ailleurs tel de la part de Robert M. qu'il aurait rendu non pertinente l'omis-

the CRCS to dislodge the presumptive causal link by showing that proper screening measures would have proved ineffective in deterring Robert M. on the basis of any extraneous conduct. On this point I respectfully disagree.

The law of torts may, from time to time, reflect policy considerations which can impact, in part, on the burden of proof in a negligence action. The Court of Appeal here in *Walker* relied on *Hollis* to determine causation on the basis of a presumptive causal link. In my opinion, *Walker* can be distinguished from *Hollis* as it does not involve the “learned intermediary” rule”. In *Hollis*, the manufacturer discharged its duty of care to the consumer through an informed intermediary. The manufacturer was entitled to rely on the assumption that the learned intermediary would discharge this duty of care, and, once it relied on this assumption, the causal link was presumptively established. This permissible delegation of responsibility and the resulting reliance supports a presumptive causal link. However, in *Walker* there is no “learned intermediary” and, as such, a rebuttable presumption of causation is an inappropriate standard to apply.

With respect to negligent donor screening, the plaintiffs must establish the duty of care and the standard of care owed to them by the CRCS. The plaintiffs must also prove that the CRCS caused their injuries. The unique difficulties in proving causation make this area of negligence atypical. The general test for causation in cases where a single cause can be attributed to a harm is the “but-for” test. However, the but-for test is unwork-

sion de la Croix-Rouge canadienne de filtrer convenablement les éventuels donneurs à risque élevé. La Cour d’appel a donc conclu que la Croix-Rouge canadienne ne pouvait pas contester le lien causal présumé en établissant que des mesures de sélection convenables n’auraient pas dissuadé Robert M., compte tenu de sa conduite par ailleurs. Je regrette de ne pouvoir souscrire à ce point de vue.

Le droit de la responsabilité civile délictuelle peut parfois refléter des considérations de principe susceptibles d’avoir une incidence, en partie, sur le fardeau de la preuve dans une action en négligence. La Cour d’appel s’est fondée, dans la présente affaire *Walker*, sur l’arrêt *Hollis* pour établir le lien de causalité sur la base du lien causal présumé. À mon avis, on peut distinguer l’affaire *Walker* de celle de *Hollis* vu qu’elle ne fait pas intervenir la « règle de l’intermédiaire compétent ». Dans *Hollis*, le fabricant devait remplir son obligation de diligence envers le consommateur par l’entremise d’un intermédiaire compétent. Il avait le droit de supposer que l’intermédiaire compétent remplirait cette obligation de diligence, et s’il se fondait sur cette supposition, le lien causal était établi par présomption. Cette délégation de responsabilité autorisée et la supposition qui en résulte confirme la validité de la présomption d’un lien causal. Cependant, dans *Walker*, il n’y a pas d’« intermédiaire compétent » et la présomption réfutable de l’existence du lien de causalité n’est pas une norme appropriée.

En ce qui concerne la question de la négligence dans la sélection des donneurs, les demandeurs doivent établir l’obligation de diligence et la norme de diligence que la Croix-Rouge canadienne devait respecter à leur égard. Ils doivent également démontrer que la Croix-Rouge canadienne a causé leur préjudice. Les difficultés singulières que présente l’établissement du lien de causalité rendent atypique ce domaine de la négligence. Le critère général en matière de lien de causalité qu’il convient d’appliquer dans les cas où une cause unique peut être attribuée à un préjudice est le critère du facteur déterminant. Cependant, ce critère ne s’applique pas dans certaines situations,

able in some situations, particularly where multiple independent causes may bring about a single harm.

88

In cases of negligent donor screening, it may be difficult or impossible to prove hypothetically what the donor would have done had he or she been properly screened by the CRCS. The added element of donor conduct in these cases means that the but-for test could operate unfairly, highlighting the possibility of leaving legitimate plaintiffs uncompensated. Thus, the question in cases of negligent donor screening should not be whether the CRCS's conduct was a necessary condition for the plaintiffs' injuries using the "but-for" test, but whether that conduct was a sufficient condition. The proper test for causation in cases of negligent donor screening is whether the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury. In the present case, it is clear that it did. "A contributing factor is material if it falls outside the *de minimis* range" (see *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at para. 15). As such, the plaintiff retains the burden of proving that the failure of the CRCS to screen donors with tainted blood materially contributed to Walker contracting HIV from the tainted blood.

89

The trial judge found that the *Walker* action failed on causation because Robert M. was not deterred from donating blood when the CRCS May 1984 pamphlet was in existence. Borins J. stated at para. 41:

On the basis of the view that I hold of Robert M.'s evidence, I have reached the conclusion that if the CRCS had published an AIDS pamphlet in September 1983 which was similar to the May 1, 1984, pamphlet, and if it had been given to him on September 12, 1983 at the Manulife clinic, he would have donated blood. He would have done so because he was in good health and believed that his blood would be tested. I am satisfied that the May 1, 1984 brochure was available to him in

en particulier lorsque plusieurs causes distinctes peuvent donner lieu à un seul préjudice.

Dans les affaires de négligence dans la sélection des donneurs, il peut être difficile, voire impossible d'établir de façon hypothétique ce que le donneur aurait fait s'il avait été convenablement filtré par la Croix-Rouge canadienne. Vu l'élément supplémentaire de la conduite du donneur dans ces affaires, il se pourrait que le critère du facteur déterminant entraîne un résultat injuste, niant à des demandeurs légitimes toute indemnisation. En conséquence, la question à trancher dans les affaires de négligence en matière de sélection des donneurs ne consiste pas à déterminer, selon le critère du facteur déterminant, si la conduite de la Croix-Rouge canadienne est une condition nécessaire du préjudice des demandeurs, mais plutôt à savoir si cette conduite en est une condition suffisante. Le critère à appliquer au lien de causalité, en matière de négligence dans la sélection des donneurs, est de savoir si la négligence du défendeur a « contribué de façon appréciable » à la survenance du préjudice. En l'espèce, il est clair que c'est le cas. « Un facteur concourant est important s'il a eu une incidence plus que minimale » (voir *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 15). Il incombe donc toujours à la demanderesse d'établir que l'omission de la Croix-Rouge canadienne de filtrer les donneurs dont le sang était contaminé a contribué de façon appréciable au fait que M^{me} Walker a eu le VIH après avoir reçu du sang contaminé.

Le juge de première instance a conclu qu'il convenait de rejeter l'action *Walker* au regard du lien de causalité vu que Robert M. n'avait pas été dissuadé de donner de son sang, même après la publication du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Voici ce que dit le juge Borins au par. 41 :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'appréciation que j'ai faite du témoignage de Robert M., j'ai conclu que si la Croix-Rouge canadienne avait publié un dépliant sur le SIDA en septembre 1983 semblable à celui du 1^{er} mai 1984 et s'il lui avait été remis le 12 septembre 1983 au centre de collecte de sang du Centre Manulife, il aurait tout de même donné de son sang. Il l'aurait fait parce qu'il était en santé et croyait que son sang serait analysé. Je suis convaincu qu'on lui a remis le dépliant du

Montreal on at least some of the occasions he attended to make a donation, and that it did not deter him from donating blood at that clinic. This supports the view that I hold that if there had been a similar brochure available on September 12, 1983 at the Manulife clinic, it would not have deterred him on that occasion.

With respect, the trial judge asked himself the wrong question. Rather than asking whether Robert M. would have self-deferred or been excluded from donating blood on September 12, 1983 if he had seen the CRCS May 1984 pamphlet, he should have asked whether Robert M. would have self-deferred or been excluded if the CRCS had followed the appropriate standard of care as represented by the ARC March 1983 pamphlet. It is my opinion that the ARC March 1983 pamphlet represented the appropriate standard of care for a professional voluntary blood bank in North America at that time.

Borins J. noted the primacy of the ARC March 1983 pamphlet over the CRCS May 1984 pamphlet during a discussion of the standard of care to be used in the *Osborne* case. He noted that both pamphlets make reference to the newly described condition known as AIDS. However, the CRCS May 1984 pamphlet states that it is important that a donor be in “good health” and cautions the prospective donor to “be sure that you are feeling generally well”. However, the CRCS May 1984 pamphlet does not mention any signs or symptoms of AIDS. On the other hand, the ARC March 1983 pamphlet points out that although “some persons may feel in excellent health”, they may have viruses or infectious agents in their blood and informs donors that the ARC must rely on donors’ health histories to exclude individuals whose blood might contain AIDS. “The ARC then includes among the high risk groups those persons ‘with

1^{er} mai 1984 au moins à quelques occasions où il a donné du sang à Montréal et que cela ne l’a pas dissuadé de faire des dons de sang à ce centre de collecte. Cela confirme mon point de vue qu’un dépliant similaire qui lui aurait été remis le 12 septembre 1983 au centre de collecte du Centre Manulife ne l’aurait pas dissuadé de donner de son sang à cette occasion.

Avec égards, j’estime que le juge de première instance s’est posé la mauvaise question. En effet, au lieu de se demander si Robert M. se serait auto-exclu ou aurait été exclu le 12 septembre 1983 s’il avait vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne, il aurait dû se demander si Robert M. se serait auto-exclu ou aurait été exclu si la Croix-Rouge canadienne avait suivi la norme de diligence appropriée, représentée par le dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine. À mon avis, ce dépliant représentait la norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord, à cette époque.

Le juge Borins souligne la qualité supérieure du dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine comparativement à celui de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne dans l’analyse de la norme de diligence à appliquer dans *Osborne*. Il fait remarquer que les deux dépliants mentionnent la maladie récemment décrite qu’on appelait le SIDA. Cependant, celui de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne indique qu’il est essentiel que le donneur soit en « bonne santé » et avertit l’éventuel donneur qu’il doit « être certain de [se] sentir bien », sans mentionner de signes ou symptômes du SIDA. Par contre, le dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine signale que, même si [TRADUCTION] « des personnes se sentent en excellente santé », il est possible qu’elles soient porteuses de virus ou d’autres agents infectieux dans leur sang, et il informe les donneurs que la Croix-Rouge américaine doit se fonder sur leurs antécédents de santé afin d’exclure les individus dont le sang peut être contaminé par le SIDA. [TRADUCTION] « La Croix-Rouge américaine inclut ensuite parmi les groupes à risque élevé le groupe des personnes “ayant des symptômes et signes qui semblent indiquer qu’elles sont atteintes du SIDA”,

signs and symptoms suggestive of AIDS', and lists the signs and symptoms. . . ." (para. 143).

92

Listing the signs and symptoms of AIDS in the CRCS May 1984 pamphlet (as was done in the ARC 1983 pamphlet) would not have excluded Robert M. as he had no signs or symptoms of AIDS on any occasion that he donated blood. Therefore, it is not surprising that the trial judge concluded at para. 45 that a donor screening programme which focussed on symptom-specific questions would not have deterred Robert M. from donating blood.

93

However, the true problem with the CRCS May 1984 pamphlet is the focus on being in "good health", a focus which Borins J. found to be inadequate in the *Osborne* case. Borins J. found that Robert M. likely would have donated blood because he believed that he was in good health and believed that his blood would be tested (para. 41). The earlier ARC 1983 pamphlet makes it clear that some persons may feel in excellent health but may be carrying viruses.

94

Another important difference is that, according to the trial judge, while the ARC 1983 pamphlet is clearly focussed on the AIDS problem, the CRCS May 1984 pamphlet is not.

95

Borins J. noted at para. 155: "In my view, the CRCS has provided no credible explanation why it did not make any AIDS risk information available to donors at clinic sites before May, 1984".

96

The trial judge applied the correct standard of care (the ARC 1983 pamphlet) in the *Osborne* action, but erred on the question of causation in the *Walker* action. The Court of Appeal seemed to rec-

énumérant les signes et symptômes . . . » (par. 143).

Une énumération des signes et symptômes du SIDA dans le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne (comme dans celui de 1983 de la Croix-Rouge américaine) n'aurait pas exclu Robert M., car il ne présentait aucun signe ni symptôme du SIDA à l'une ou l'autre des occasions où il avait donné du sang. Il n'est donc pas surprenant que le juge de première instance ait conclu au par. 45 qu'un programme de sélection des donneurs axé sur des questions précisément liées à des symptômes n'aurait pas dissuadé Robert M. de donner du sang.

Cependant, la véritable carence du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne est qu'il est axé sur la « bonne santé », ce que le juge Borins estime peu satisfaisant dans *Osborne*. Le juge Borins conclut que Robert M. aurait probablement donné de son sang, car il se croyait en bonne santé et pensait que son sang serait analysé (par. 41). Le dépliant publié par la Croix-Rouge américaine en 1983 mentionne clairement que certaines personnes peuvent se sentir en excellente santé, mais être porteuses de virus.

Une autre différence importante, selon le juge de première instance, est le fait que, contrairement au dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine, celui de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne n'est pas clairement centré sur le problème du SIDA.

Le juge Borins souligne au par. 155 : [TRADUCTION] « À mon avis, l'explication de la Croix-Rouge canadienne quant à la raison pour laquelle elle n'a pas, avant mai 1984, mis à la disposition des donneurs aux centres de collecte de sang des renseignements sur le risque du SIDA n'est pas crédible ».

Le juge de première instance a appliqué la norme de diligence appropriée (le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine) dans *Osborne*, mais il a commis une erreur sur la question du lien de

ognize this discrepancy in the trial judge's reasons. The Court of Appeal stated at pp. 474-75:

In coming to this conclusion, the trial judge placed considerable emphasis on the fact that Robert M. continued to donate blood after May 1, 1984, even though by that time, the CRCS had introduced a new pamphlet at its donor clinics which referred to AIDS and cautioned certain high risk donors, including homosexuals with multiple partners such as Robert M., not to donate blood.

Although the trial judge did not find that Robert M. had read the new pamphlet on any of the five occasions after May 1, 1984 when he donated blood, he concluded, at least implicitly, that even if he had, Robert M. would not have been deterred because of his mistaken belief that he could donate so long as he was in good health and that his blood would, in any event, be tested.

Much as the Walkers contest these findings, and questionable though they may be, we think they were available on the evidence and we are not in a position to interfere with them. What troubles us is not so much the findings of the trial judge as they relate to Robert M., but the further finding, implicit in his ultimate conclusion, that the donor screening measures implemented by the CRCS in May 1984 were adequate to prevent homosexual males with multiple partners, like Robert M., who did not have AIDS-specific symptoms, from donating blood.

Without going into detail, suffice it to say that, in our view, there are two constituent elements against which the adequacy of donor screening measures in place at CRCS clinics after May 1, 1984 should have been tested. The first, the informational component, involves a consideration of the nature and extent of the information made available to potential donors. The second, the awareness component, relates to the measures taken to ensure that this critical information is brought to the attention of potential donors and fully understood by them.

We do not propose to say more about the subject, other than to note that it would appear that the trial judge did not follow this approach. Had he done so, he may well have concluded that the donor screening measures implemented by the CRCS in May 1984 were

causalité dans *Walker*. La Cour d'appel semble reconnaître cette anomalie des motifs du juge de première instance (aux p. 474-475) :

[TRADUCTION] En parvenant à cette conclusion, le juge de première instance a beaucoup insisté sur le fait que Robert M. avait continué de donner du sang après le 1^{er} mai 1984, même si la Croix-Rouge canadienne avait alors commencé à utiliser dans ses centres de collecte de sang un nouveau dépliant qui mentionne le SIDA et invite certains donneurs à risque élevé, dont les homosexuels ayant plusieurs partenaires, tel Robert M., à s'abstenir de donner du sang.

Même si le juge de première instance n'a pas conclu que Robert M. avait lu le nouveau dépliant à l'une ou l'autre des cinq occasions où il a donné du sang après le 1^{er} mai 1984, il a conclu, du moins implicitement, que même s'il l'avait fait, Robert M. n'aurait pas été dissuadé vu qu'il croyait à tort qu'il pouvait donner du sang du moment qu'il était en bonne santé, et que son sang serait, de toute façon, analysé.

Bien que les Walker contestent ces conclusions et bien qu'elles puissent être douteuses, nous estimons qu'elles sont fondées sur la preuve et que nous ne pouvons les infirmer. Ce ne sont pas tant les conclusions du juge de première instance relatives à Robert M. qui suscitent chez nous des réserves, mais plutôt la conclusion supplémentaire, qui découle implicitement de sa conclusion ultime, que les mesures de sélection des donneurs appliquées par la Croix-Rouge canadienne en mai 1984 étaient suffisantes pour empêcher les homosexuels ayant plusieurs partenaires, comme Robert M., qui ne présentaient pas de symptômes du SIDA, de donner du sang.

Sans entrer dans les détails, nous dirons simplement que, à notre avis, le caractère suffisant des mesures de sélection des donneurs en vigueur dans les centres de collecte de sang de la Croix-Rouge canadienne après le 1^{er} mai 1984 aurait dû être apprécié en fonction de deux éléments constituants. Le premier élément, soit la composante informationnelle, suppose l'examen de la nature et de la portée des renseignements fournis aux éventuels donneurs. Le second élément, soit la composante de la sensibilisation, porte sur les mesures prises pour que les éventuels donneurs prennent connaissance de ces renseignements cruciaux et les comprennent parfaitement.

Nous ne dirons rien d'autre à ce sujet, sinon que le juge de première instance paraît ne pas avoir suivi cette démarche. S'il l'avait fait, il aurait bien pu conclure que les mesures de sélection des donneurs prises par la Croix-Rouge canadienne en mai 1984 étaient insuffi-

inadequate and that proper screening measures would, more likely than not, have deterred Robert M. from donating. [Emphasis added.]

santes et que des mesures de sélection convenables auraient probablement dissuadé Robert M. de donner du sang. [Je souligne.]

97

Although the Court of Appeal declined to interfere with the findings of Borins J. on this issue, there is evidence in the record which demonstrates that the causal link was established. As stated above, the proper test for causation in negligent donor screening cases is whether the defendant's negligence materially contributed to the plaintiff's harm. Even using the strict but-for test, which is not required in these types of cases, causation is proved on the facts. The trial judge concluded, in response to a hypothetical question, that Robert M. would not have been deferred or excluded from donating blood on September 12, 1983 had he seen the CRCS May 1, 1984 pamphlet. That would not have been the case had Robert M. seen the ARC 1983 pamphlet. Robert M. told the trial judge that had he seen, or been given, information on AIDS and the four high risk categories of people who were requested not to donate blood, he would have raised the issue with a nurse, since he fit into one of the risk groups — homosexual males who have multiple partners. The trial judge disbelieved him, expressing the thought that Robert M. did not raise the issue because he considered himself to be in good health. This was the very misconception which the CRCS's May 1, 1984 pamphlet failed to warn against, while the ARC 1983 pamphlet did so expressly.

Bien que la Cour d'appel ait refusé d'infirmer les conclusions du juge Borins sur cette question, il ressort de la preuve au dossier que le lien causal avait été établi. Comme il a déjà été mentionné, le critère à appliquer au lien de causalité en matière de négligence dans la sélection des donneurs est de savoir si la négligence de la défenderesse a contribué de façon appréciable au préjudice du demandeur. Même si on applique le critère strict du facteur déterminant, ce qui n'est pas nécessaire dans ces types d'affaires, le lien de causalité est établi d'après les faits. Le juge de première instance a conclu, en réponse à une question hypothétique, que Robert M. n'aurait pas été dissuadé ou empêché de donner du sang le 12 septembre 1983 s'il avait vu le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Ce n'aurait pas été le cas s'il avait vu le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine. Il a dit au juge de première instance que s'il avait vu ou si on lui avait fourni des renseignements sur le SIDA et les quatre catégories de personnes à risque élevé à qui on demandait de s'abstenir de donner du sang, il se serait informé auprès de l'infirmière, étant donné qu'il appartenait à l'un des ces groupes, soit les homosexuels ayant plusieurs partenaires. Le juge de première instance ne l'a pas cru, disant que Robert M. n'a pas soulevé la question, car il se considérait en bonne santé. C'est précisément contre cette idée fausse que le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne n'a pas fait de mise en garde, alors que le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine le faisait expressément.

98

As a result, the CRCS's appeal in the *Walker* action should be dismissed. The Court of Appeal erred in this case by imposing liability on the basis of an inference of causation. When the proper standard of care is applied in this appeal (that is, the requirements of the ARC pamphlet of March 1983) the causal link is established.

Le pourvoi de la Croix-Rouge canadienne dans l'action *Walker* est donc rejeté. La Cour d'appel a commis une erreur en l'espèce en attribuant la responsabilité d'après une inférence de causalité. En effet, en appliquant la norme de diligence appropriée dans le pourvoi, soit les exigences du dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine, on établit le lien causal.

99

I adopt the reasoning of Sopinka J. in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, where he considered

J'adopte le raisonnement du juge Sopinka dans *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, dans lequel il

the causation requirement with respect to malpractice cases at pp. 326-27:

The question that this Court must decide is whether the traditional approach to causation is no longer satisfactory in that plaintiffs in malpractice cases are being deprived of compensation because they cannot prove causation where it in fact exists.

Causation is an expression of the relationship that must be found to exist between the tortious act of the wrongdoer and the injury to the victim in order to justify compensation of the latter out of the pocket of the former. Is the requirement that the plaintiff prove that the defendant's tortious conduct caused or contributed to the plaintiff's injury too onerous? Is some lesser relationship sufficient to justify compensation? I have examined the alternatives arising out of the *McGhee* [[1973] 1 W.L.R. 1] case. They were that the plaintiff simply prove that the defendant created a risk that the injury which occurred would occur. Or, what amounts to the same thing, that the defendant has the burden of disproving causation. If I were convinced that defendants who have a substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives. In my opinion, however, properly applied, the principles relating to causation are adequate to the task. Adoption of either of the proposed alternatives would have the effect of compensating plaintiffs where a substantial connection between the injury and the defendant's conduct is absent. Reversing the burden of proof may be justified where two defendants negligently fire in the direction of the plaintiff and then by their tortious conduct destroy the means of proof at his disposal. In such a case it is clear that the injury was not caused by neutral conduct. It is quite a different matter to compensate a plaintiff by reversing the burden of proof for an injury that may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone. [Emphasis added.]

Although the trial judge rejected Robert M.'s evidence and found that he tried his best to avoid acknowledging that he received, and read, the CRCS May 1984 pamphlet available in the Montreal clinic, that was the wrong question for the trial

examine l'exigence en matière de lien de causalité dans les affaires de faute professionnelle (aux p. 326-327) :

La question que notre Cour doit trancher est de savoir si la façon traditionnelle d'aborder la causalité n'est plus satisfaisante du fait que les demandeurs dans les affaires de faute professionnelle sont privés d'indemnisation parce qu'ils sont incapables de démontrer l'existence du lien de causalité lorsqu'il existe effectivement.

La causalité est une expression du rapport qui doit être constaté entre l'acte délictueux et le préjudice subi par la victime pour justifier l'indemnisation de celle-ci par l'auteur de l'acte délictueux. L'exigence que le demandeur démontre que la conduite délictueuse du défendeur a causé le préjudice du demandeur ou y a contribué est-elle trop onéreuse? Un rapport moins important est-il suffisant pour justifier une indemnisation? J'ai examiné les possibilités qui découlent de l'arrêt *McGhee* [[1973] 1 W.L.R. 1]. Le demandeur devait simplement démontrer que le défendeur avait créé un risque que le préjudice qui s'est produit se produise. Ou, ce qui revient au même, le défendeur avait le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité. Si j'étais convaincu que des défendeurs qui ont un lien important avec le préjudice subi échappaient à toute responsabilité parce que les demandeurs sont dans l'impossibilité de démontrer l'existence du lien de causalité en vertu des principes qui sont actuellement appliqués, je n'hésiterais pas à adopter une de ces solutions. Toutefois, j'estime que, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. L'adoption de l'une ou l'autre des solutions proposées aurait pour effet d'indemniser le demandeur en l'absence d'un rapport important entre le préjudice subi et la conduite du défendeur. Le renversement du fardeau de la preuve peut être justifié lorsque deux défendeurs ont, par négligence, fait feu dans la direction du demandeur et lorsque leur conduite délictueuse élimine ensuite les moyens de preuve dont il dispose. Dans un tel cas, il est clair que le préjudice n'a pas été causé par une conduite neutre. Il en va tout à fait différemment pour ce qui est d'indemniser un demandeur par le renversement du fardeau de la preuve en ce qui a trait à un préjudice qui peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne. [Je souligne.]

Bien que le juge de première instance ait rejeté le témoignage de Robert M. et conclu qu'il avait tenté de son mieux d'éviter de reconnaître qu'il avait reçu et lu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne qui était disponible au

judge to ask. The proper question is whether Robert M. would have been excluded had he been shown the ARC 1983 pamphlet, which meets the appropriate standard of care. It is worth noting that there is no suggestion of malicious conduct on the part of Robert M. such that he was incapable of being screened as a blood donor.

VI. Disposition

101 The CRCS's appeals of the *Osborne, M* and *Walker* actions are dismissed with costs. The hospitals named in the style of cause are not parties in these actions.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Solicitors for the respondents Walker et al.: Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Solicitors for the respondents Osborne et al.: Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Solicitor for the respondents A.A.M. et al.: Kenneth Arenson, Toronto.

centre de collecte de sang de Montréal, il n'a pas posé la bonne question : Robert M. aurait-il été exclu si on lui avait montré le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine, qui satisfait à la norme de diligence appropriée? Notons que rien n'indique de la part de Robert M. une conduite à ce point malveillante qu'il n'aurait pas pu être écarté par le processus de sélection des donneurs de sang.

VI. Le dispositif

Les pourvois de la Croix-Rouge canadienne dans *Osborne, M* et *Walker* sont rejetés avec dépens. Les hôpitaux nommés dans l'intitulé de la cause ne sont pas parties aux pourvois.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs de l'appelante : MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Procureurs des intimés Walker et autres : Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Procureurs des intimés Osborne et autres : Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Procureur des intimés A.A.M. et autres : Kenneth Arenson, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Marijana Ruzic *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Canadian Council of Churches and the Canadian Council for Refugees *Interveners*

INDEXED AS: R. v. RUZIC

Neutral citation: 2001 SCC 24.

File No.: 26930.

2000: June 13; 2001: April 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Criminal Code providing for defence of compulsion by threats — Provision requiring that threat be of immediate death or bodily harm from a person who is present when offence is committed — Whether immediacy and presence requirements of provision infringe principles of fundamental justice — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 17.

Criminal law — Defences — Duress — Criminal Code providing for defence of compulsion by threats — Provision requiring that threat must be of immediate death or bodily harm from a person who is present when offence is committed — Whether trial judge right in allowing common law defence of duress to go to jury — Whether trial judge adequately instructed jury on defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 17.

The accused was tried before a judge and jury on charges of unlawfully importing two kilograms of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Marijana Ruzic *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario, le Conseil canadien des Églises et le Conseil canadien pour les réfugiés *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. RUZIC

Référence neutre : 2001 CSC 24.

N° du greffe : 26930.

2000 : 13 juin; 2001 : 20 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Code criminel prévoyant un moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces — Disposition exigeant qu'il y ait des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise — Les exigences d'immédiateté et de présence violent-elles les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17.

Droit criminel — Moyens de défense — Contrainte — Code criminel prévoyant un moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces — Disposition exigeant qu'il y ait des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise — Le juge du procès a-t-il eu raison de permettre que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit soumis à l'appréciation du jury? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur ce moyen de défense? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17.

L'accusée a subi son procès devant un juge et un jury après avoir été accusée d'importation illégale de deux

heroin into Canada, contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, and of possession and use of a false passport contrary to s. 368 of the *Criminal Code*. The accused admitted having committed both offences but claimed that she was then acting under duress and should thus be relieved from any criminal liability. She testified that a man in Belgrade, where she lived in an apartment with her mother, had threatened to harm her mother unless she brought the heroin to Canada. She also said that she did not seek police protection because she believed the police in Belgrade were corrupt and would do nothing to assist her. The accused conceded that her claim of duress did not meet the immediacy and presence requirements of s. 17 of the *Code*, which provides a defence for a person "who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed". She successfully challenged the constitutionality of s. 17 under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, raised the common law defence of duress and was acquitted. The Crown appealed the acquittal on the charge of importing heroin, but the Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Subject to constitutional review, Parliament retains the power to restrict access to a criminal defence or to remove it altogether. The question for the courts is whether restricting the defence accords with *Charter* rights. Statutory defences are not owed special deference by reviewing courts. Determining when to absolve a person for otherwise criminal behaviour is a value-laden exercise, but statutory defences do not warrant more deference simply because they are the product of difficult moral judgments.

Although moral involuntariness does not negate the *actus reus* or *mens rea* of an offence, it is a principle which, like physical involuntariness, deserves protection under s. 7 of the *Charter*. It is a principle of fundamental justice that only voluntary conduct — behaviour that is the product of a free will and controlled body, unhindered by external constraints — should attract the

kilogrammes d'héroïne au Canada, en contravention du par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, et de possession et d'utilisation d'un faux passeport, en contravention de l'art. 368 du *Code criminel*. L'accusée a reconnu avoir commis les deux infractions, mais a soutenu qu'elle avait alors agi sous l'effet de la contrainte et qu'elle devait donc être exonérée de toute responsabilité criminelle. Elle a témoigné qu'à Belgrade, où elle partageait un appartement avec sa mère, un homme avait menacé de s'en prendre à sa mère si elle refusait de livrer l'héroïne au Canada. Elle a également dit qu'elle n'avait pas demandé la protection de la police, car elle croyait que la police de Belgrade était corrompue et ne ferait rien pour l'aider. L'accusée a reconnu que son argument de la contrainte ne satisfaisait pas aux exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 du *Code*, qui prévoit un moyen de défense pouvant être invoqué par la personne « qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise ». Elle a été acquittée après avoir contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 17, au regard de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et invoqué le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. La Cour d'appel a rejeté l'appel que le ministère public a interjeté contre l'acquittement relatif à l'accusation d'importation d'héroïne.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Sous réserve d'un contrôle de conformité avec la Constitution, le législateur conserve le pouvoir de limiter ou d'éliminer complètement l'accès à un moyen de défense en matière criminelle. Les tribunaux doivent se demander si la limitation de l'accès au moyen de défense respecte les droits garantis par la *Charte*. Le tribunal saisi du moyen d'inconstitutionnalité n'est pas tenu de faire preuve d'une retenue particulière en ce qui concerne les moyens de défense prévus par la loi. La détermination des cas dans lesquels il convient d'excuser une personne qui a adopté un comportement par ailleurs criminel met certes en jeu certaines valeurs, mais les moyens de défense prévus par la loi ne justifient pas une plus grande retenue du seul fait qu'ils résultent de jugements moraux complexes.

Bien que le caractère involontaire au sens moral n'annule ni l'*actus reus* ni la *mens rea* d'une infraction, il s'agit d'un principe qui, à l'instar du caractère involontaire au sens physique, mérite d'être protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Un principe de justice fondamentale veut que seule la conduite volontaire — le comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne qui a la maîtrise

penalty and stigma of criminal liability. Depriving a person of liberty and branding him or her with the stigma of criminal liability would infringe the principles of fundamental justice if the person did not have any realistic choice.

Section 17 of the *Code* breaches s. 7 of the *Charter* because it allows individuals who acted involuntarily to be declared criminally liable. The section limits the defence of duress to a person who is compelled to commit an offence under threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed. The plain meaning of s. 17 is quite restrictive in scope. The phrase “present when the offence is committed”, coupled with the immediacy criterion, indicates that the person issuing the threat must be either at the scene of the crime or at whatever other location is necessary to make good on the threat without delay should the accused resist. Practically speaking, a threat of harm will seldom qualify as immediate if the threatener is not physically present at the scene of the crime. The immediacy and presence requirements, taken together, clearly preclude threats of future harm. While s. 17 may capture threats to third parties, the immediacy and presence criteria continue to impose considerable obstacles to relying on the defence in hostage or other third party situations. The underinclusiveness of s. 17 infringes s. 7 of the *Charter*. The Crown made no attempt before this Court to justify the immediacy and presence criteria according to the s. 1 analysis and has therefore failed to satisfy its onus under s. 1. In any event, the criteria would likely not meet the proportionality branch of the s. 1 analysis. In particular, these requirements seemingly do not minimally impair the accused’s s. 7 rights.

The common law defence of duress was never completely superseded by s. 17 of the *Code*, and remains available to parties to an offence. The common law defence has freed itself from the constraints of immediacy and presence and thus appears more consonant with the values of the *Charter*. The common law of duress, as restated by this Court in *Hibbert*, recognizes that an accused in a situation of duress not only enjoys rights, but also has obligations towards others and society. As a fellow human being, the accused remains subject to a

de son corps, en l’absence de toute contrainte extérieure — entraîne l’imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque. Priver une personne de sa liberté et la marquer du stigmate de la responsabilité criminelle contreviendrait aux principes de justice fondamentale dans le cas où aucun choix réaliste ne s’offrait à elle.

L’article 17 du *Code* viole l’art. 7 de la *Charte* puisqu’il permet de déclarer criminellement responsables des individus qui ont agi involontairement. Cet article prévoit que le moyen de défense fondé sur la contrainte ne peut être invoqué que par quelqu’un qui a commis une infraction sous l’effet de menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles proférées par une personne présente lors de l’infraction. Le sens ordinaire de l’art. 17 a une portée très restrictive. L’expression « présente lorsque l’infraction est commise », conjuguée au critère d’immédiateté, indique que l’auteur des menaces doit se trouver sur les lieux du crime ou encore à tout autre endroit où il lui sera possible de mettre ses menaces à exécution immédiatement si la personne qu’il menace refuse d’obtempérer. En pratique, des menaces de préjudice sont rarement considérées comme immédiates si leur auteur n’est pas physiquement présent sur les lieux du crime. Les exigences d’immédiateté et de présence, prises ensemble, excluent nettement les menaces de préjudice futur. Même si l’art. 17 peut viser les menaces contre des tiers, les critères d’immédiateté et de présence entravent toujours considérablement l’accès à ce moyen de défense dans le cas de prises d’otages ou d’autres situations impliquant des tiers. La portée trop limitative de l’art. 17 viole l’art. 7 de la *Charte*. Le ministère public n’a pas tenté devant notre Cour de justifier les exigences d’immédiateté et de présence dans le cadre d’une analyse fondée sur l’article premier et il ne s’est donc pas acquitté de l’obligation qui lui incombe en vertu de cette disposition. Quoi qu’il en soit, ces exigences ne satisferaient probablement pas au critère de proportionnalité requis par une analyse fondée sur l’article premier. En particulier, ces exigences ne semblent pas porter le moins possible atteinte aux droits que l’art. 7 garantit à l’accusée.

L’article 17 du *Code* n’a jamais complètement remplacé le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, qui peut toujours être invoqué par la personne qui a participé à une infraction. Le moyen de défense de common law échappe désormais aux restrictions d’immédiateté et de présence et paraît donc s’accorder davantage avec les valeurs de la *Charte*. Comme notre Cour l’a réitéré dans l’arrêt *Hibbert*, les règles de common law sur la contrainte reconnaissent qu’un accusé soumis à une contrainte ne possède pas seule-

basic duty to adjust his or her conduct to the importance and nature of the threat. The law includes a requirement of proportionality between the threat and the criminal act to be executed, measured on the objective-subjective standard of the reasonable person similarly situated. The accused should be expected to demonstrate some fortitude and to put up a normal resistance to the threat. The threat must be to the personal integrity of the person. In addition, it must deprive the accused of any safe avenue of escape in the eyes of a reasonable person, similarly situated.

The Court of Appeal and the trial judge were right in allowing the common law defence of duress to go to the jury, and the trial judge adequately instructed the jury on the defence. In the future, when the common law defence of duress is raised, the trial judge should instruct the jury clearly on the components of this defence including the need for a close temporal connection between the threat and the harm threatened. The jury's attention should also be drawn to the need for the application of an objective-subjective assessment of the safe avenue of escape test. Nevertheless, the trial judge's charge, viewed in its entirety, contained all the elements required by the common law rules on duress. The criterion of the safe avenue of escape was well explained as was the objective component of this test. The law does not require an accused to seek the official protection of police in all cases. The requirement of objectivity must itself take into consideration the special circumstances in which the accused found herself as well as her perception of them. The trial judge drew the jury's attention both to that objective component and to the subjective elements of the defence. As to the immediacy of the threat, the trial judge brought home to the jury the fact that the threat had to be a real threat affecting the accused at the time of the offence. This instruction at least implied that the jury had to consider the temporal connection between the threat and the harm threatened, although it would have been preferable to say so in so many express words. There was no misdirection either on the burden of proof. The accused must certainly raise the defence and introduce some evidence about it. Once this is done, the burden of proof shifts to the Crown under the general rule of criminal evidence.

ment des droits, mais a également des obligations envers autrui et la société. L'accusé assume, envers les autres êtres humains, l'obligation fondamentale d'adapter sa conduite en fonction de la gravité et de la nature des menaces proférées. Le droit applicable comporte une exigence de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel à accomplir, évaluée en fonction de la norme à la fois objective et subjective de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire. On doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées. Les menaces doivent viser l'intégrité de la personne. De plus, elles doivent priver l'accusé de tout moyen de s'en sortir sans danger, selon la norme de la personne raisonnable placée dans une situation similaire.

La Cour d'appel et le juge du procès ont eu raison de permettre que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit soumis à l'appréciation du jury, qui a reçu du juge du procès des directives suffisantes à son sujet. À l'avenir dans les cas d'utilisation du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, le juge du procès devrait donner au jury des directives claires sur ses éléments constitutifs, dont la nécessité d'un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer. L'attention du jury devrait être également attirée sur la nécessité de procéder à une appréciation à la fois objective et subjective du critère du moyen de s'en sortir sans danger. Néanmoins, l'exposé au jury comprenait, dans l'ensemble, tous les éléments requis par les règles de common law en matière de contrainte. Le critère du moyen de s'en sortir sans danger a été bien expliqué de même que l'élément objectif de ce critère. La loi n'exige pas que l'accusé demande la protection de la police dans tous les cas. L'exigence d'objectivité doit elle-même tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouvait l'accusée et de la façon dont elle percevait cette situation. Le juge du procès a attiré l'attention du jury tant sur cet élément objectif que sur les éléments subjectifs du moyen de défense. Au sujet de l'immédiateté des menaces, le juge du procès a fait comprendre au jury que les menaces devaient être des menaces réelles qui ont influencé l'accusée au moment où elle a commis l'infraction. Cette directive impliquait tout au moins que le jury devait prendre en considération le lien temporel entre les menaces et le préjudice que l'on menaçait de causer, quoiqu'il eût été préférable de le dire aussi expressément. Il n'y a également eu aucune directive erronée concernant le fardeau de la preuve. L'accusée doit certainement invoquer le moyen de défense et produire des éléments de preuve à ce sujet. Une fois qu'elle

It must be shown, beyond a reasonable doubt, that the accused did not act under duress.

a fait cela, le fardeau de la preuve incombe par la suite au ministère public en vertu de la règle générale de preuve en matière criminelle. Il doit établir hors de tout doute raisonnable que l'accusée n'a pas agi sous l'effet de la contrainte.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; **referred to:** *R. v. Parris* (1992), 11 C.R.R. (2d) 376; *R. v. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. Martin*, [1989] 1 All E.R. 652; *R. v. Abdul-Hussain*, [1998] E.W.J. No. 4183 (QL); *Re A (Children) (Siamese Twins Decision)*, [2000] E.W.J. No. 4875 (QL); *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771; *R. v. Gotts*, [1992] 1 All E.R. 832; *Lynch v. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland*, [1975] 1 All E.R. 913; *R. v. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. v. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL); *R. v. Graham*, [1982] 1 All E.R. 801; *R. v. Hudson*, [1971] 2 Q.B. 202; *R. v. Hurley and Murray*, [1967] V.R. 526; *R. v. McCafferty*, [1974] 1 N.S.W.L.R. 89; *R. v. Dawson*, [1978] V.R. 536; *R. v. Abusafiah* (1991), 24 N.S.W.L.R. 531; *R. v. Palazoff* (1986), 43 S.A.S.R. 99; *R. v. Lawrence*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 122; *R. v. Brown* (1986), 43 S.A.S.R. 33; *R. v. Williamson*, [1972] 2 N.S.W.L.R. 281; *Osborne v. Goddard* (1978), 21 A.L.R. 189; *United States v. Jennell*, 749 F.2d 1302 (1984); *United States v. Contento-Pachon*, 723 F.2d 691 (1984); *United States v. Marengi*, 893 F. Supp. 85 (1995); *Esquibel v. State*, 576 P.2d 1129 (1978); *People v. Harmon*, 232 N.W.2d 187 (1975); *State v. Toscano*, 378 A.2d 755 (1977); *Rhode Island Recreation Center v. Aetna Casualty &*

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; **arrêts mentionnés :** *R. c. Parris* (1992), 11 C.R.R. (2d) 376; *R. c. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. Martin*, [1989] 1 All E.R. 652; *R. c. Abdul-Hussain*, [1998] E.W.J. No. 4183 (QL); *Re A (Children) (Siamese Twins Decision)*, [2000] E.W.J. No. 4875 (QL); *R. c. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771; *R. c. Gotts*, [1992] 1 All E.R. 832; *Lynch c. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland*, [1975] 1 All E.R. 913; *R. c. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. c. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL); *R. c. Graham*, [1982] 1 All E.R. 801; *R. c. Hudson*, [1971] 2 Q.B. 202; *R. c. Hurley and Murray*, [1967] V.R. 526; *R. c. McCafferty*, [1974] 1 N.S.W.L.R. 89; *R. c. Dawson*, [1978] V.R. 536; *R. c. Abusafiah* (1991), 24 N.S.W.L.R. 531; *R. c. Palazoff* (1986), 43 S.A.S.R. 99; *R. c. Lawrence*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 122; *R. c. Brown* (1986), 43 S.A.S.R. 33; *R. c. Williamson*, [1972] 2 N.S.W.L.R. 281; *Osborne c. Goddard* (1978), 21 A.L.R. 189; *United States c. Jennell*, 749 F.2d 1302 (1984); *United States c. Contento-Pachon*, 723 F.2d 691 (1984); *United States c. Marengi*, 893 F. Supp. 85 (1995); *Esquibel c. State*, 576 P.2d 1129 (1978); *People c. Harmon*, 232 N.W.2d 187 (1975); *State c. Toscano*, 378 A.2d 755 (1977);

Surety Co., 177 F.2d 603 (1949); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24. *Constitution Act, 1982*, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 8(3), 17 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 40(2) (Sch. I, item 1)], 368.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1 [rep. 1996, c. 19, s. 94], s. 5(1).

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Findlay, Mark, Stephen Odgers and Stanley Yeo. *Australian Criminal Justice*, 2nd ed. Melbourne: Oxford University Press, 1999.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
 Gillies, Peter. *Criminal Law*, 4th ed. Sydney: LBC Information Services, 1997.
 Hall, Jerome. *General Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1960.
 Klimchuk, Dennis. "Moral Innocence, Normative Involuntariness, and Fundamental Justice" (1998), 18 C.R. (5th) 96.
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1986.
 O'Connor, Desmond, and Paul A. Fairall. *Criminal Defences*, 3rd ed. Sydney: Butterworths, 1996.
 Parent, Hugues. "Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien" (2000), 45 *McGill L.J.* 975.
 Parent, Hugues. *Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.
 Shaffer, Martha. "Scrutinizing Duress: The Constitutional Validity of Section 17 of the Criminal Code" (1998), 40 *Crim. L.Q.* 444.
 Smith, Sir John. *Smith & Hogan: Criminal Law*, 9th ed. London: Butterworths, 1999.

Rhode Island Recreation Center c. Aetna Casualty & Surety Co., 177 F.2d 603 (1949); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 8(3), 17 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 40(2) (ann. I, n^o 1)], 368.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1 [abr. 1996, ch. 19, art. 94], art. 5(1).

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Éditions Thémis, 1999.
 Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
 Findlay, Mark, Stephen Odgers and Stanley Yeo. *Australian Criminal Justice*, 2nd ed. Melbourne : Oxford University Press, 1999.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston : Little, Brown, 1978.
 Gillies, Peter. *Criminal Law*, 4th ed. Sydney : LBC Information Services, 1997.
 Hall, Jerome. *General Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Indianapolis : Bobbs-Merrill, 1960.
 Klimchuk, Dennis. « Moral Innocence, Normative Involuntariness, and Fundamental Justice » (1998), 18 C.R. (5th) 96.
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1986.
 O'Connor, Desmond, and Paul A. Fairall. *Criminal Defences*, 3rd ed. Sydney : Butterworths, 1996.
 Parent, Hugues. « Histoire de l'acte volontaire en droit pénal anglais et canadien » (2000), 45 *R.D. McGill* 975.
 Parent, Hugues. *Responsabilité pénale et troubles mentaux : Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.
 Shaffer, Martha. « Scrutinizing Duress : The Constitutional Validity of Section 17 of the Criminal Code » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 444.
 Smith, Sir John. *Smith & Hogan : Criminal Law*, 9th ed. London : Butterworths, 1999.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 1, 164 D.L.R. (4th) 358, 112 O.A.C. 201, 128 C.C.C. (3d) 97, 18 C.R. (5th) 58, 55 C.R.R. (2d) 85, [1998] O.J. No. 3415 (QL), addendum reported at 41 O.R. (3d) 39, 165 D.L.R. (4th) 574, 115 O.A.C. 361, 128 C.C.C. (3d) 481, [1998] O.J. No. 4732 (QL), dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of unlawful importation of heroin. Appeal dismissed.

Croft Michaelson and Morris Pistyner, for the appellant.

Frank Addario and Leslie Pringle, for the respondent.

Gary T. Trotter and John McInnes, for the intervenor the Attorney General for Ontario.

Marlys Edwardh and Jill Copeland, for the intervenors the Canadian Council of Churches and the Canadian Council for Refugees.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. — On April 29, 1994 Marijana Ruzic, a Yugoslav citizen, landed at Pearson Airport in Toronto carrying two kilograms of heroin strapped to her body and a false Austrian passport. When the heroin was found on her, she was arrested, charged and tried for possession and use of a false passport and unlawful importation of narcotics. At trial, Ruzic successfully challenged the constitutionality of s. 17 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, raised the common law defence of duress and was acquitted by a jury. The Crown appealed the acquittal without success to the Ontario Court of Appeal. This appeal now raises, as a core issue, the constitutional validity, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedom*, of s. 17 of the *Criminal Code* and more precisely of some of the conditions restricting the admissibility of the defence of duress. For reasons differing in

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 1, 164 D.L.R. (4th) 358, 112 O.A.C. 201, 128 C.C.C. (3d) 97, 18 C.R. (5th) 58, 55 C.R.R. (2d) 85, [1998] O.J. No. 3415 (QL), addendum publié à 41 O.R. (3d) 39, 165 D.L.R. (4th) 574, 115 O.A.C. 361, 128 C.C.C. (3d) 481, [1998] O.J. No. 4732 (QL), qui a rejeté l'appel que le ministère public avait interjeté contre l'acquiescement de l'accusée relativement à une accusation d'importation illégale d'héroïne. Pourvoi rejeté.

Croft Michaelson et Morris Pistyner, pour l'appelante.

Frank Addario et Leslie Pringle, pour l'intimée.

Gary T. Trotter et John McInnes, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Marlys Edwardh et Jill Copeland, pour les intervenants le Conseil canadien des Églises et le Conseil canadien pour les réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL — À son arrivée à l'aéroport Pearson de Toronto le 29 avril 1994, Marijana Ruzic, une citoyenne de la Yougoslavie, portait deux kilogrammes d'héroïne attachés à son corps et un faux passeport autrichien. Après la découverte de l'héroïne qu'elle transportait, elle fut arrêtée et accusée de possession et d'utilisation d'un faux passeport et d'importation illégale d'un stupéfiant. À son procès, M^{me} Ruzic fut acquittée par un jury après avoir contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 17 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et invoqué le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. La Cour d'appel de l'Ontario rejeta l'appel que le ministère public avait interjeté contre cet acquiescement. La principale question litigieuse que soulève le présent pourvoi est celle de la constitutionnalité, au regard de l'art. 7 de la *Charte canadienne des*

part from those of the Court of Appeal, I will suggest that s. 17 of the *Criminal Code* be declared unconstitutional in part, that the acquittal of the respondent Ruzic be upheld and that the appeal be dismissed.

I. Facts

2 The respondent Marijana Ruzic was born in Belgrade in the former Yugoslavia. She was 21 years old when she entered Canada. When heroin was discovered on her, she was charged with three offences, two of which proceeded to trial: possession and use of a false passport contrary to s. 368 of the *Criminal Code*, and unlawful importation of a narcotic contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1.

3 Ms. Ruzic admitted having committed both offences but claimed that she was then acting under duress and should thus be relieved from any criminal liability. She testified that, two months before her arrival in Canada, a man named Mirko Mirkovic approached her while she was walking her dog in the streets of Belgrade, where she lived in an apartment with her mother. She described him as a “warrior” and believed he was paid to kill people in the war. An expert witness testified at trial that, in 1994, large paramilitary groups roamed Belgrade and engaged in criminal and mafia-like activities. The same expert maintained that people living in Belgrade during that period did not feel safe. They believed the police could not be trusted. There was a real sense that the rule of law had broken down.

4 From there began a series of encounters between Mirkovic and the respondent while she was walking her dog. Each time he approached her, he knew more about her, although she had shared no details of her life with him. He phoned her at home. He

droits et libertés, de l’art. 17 du *Code criminel* et, plus précisément, de certaines conditions qui limitent l’admissibilité du moyen de défense fondé sur la contrainte. Pour des motifs qui diffèrent partiellement de ceux de la Cour d’appel, je suis d’avis que l’art. 17 du *Code criminel* doit être déclaré inconstitutionnel en partie, que l’acquiescement de l’intimée Ruzic doit être maintenu et que le pourvoi doit être rejeté.

I. Les faits

L’intimée Marijana Ruzic est née à Belgrade, en ex-Yougoslavie. Elle avait 21 ans à son arrivée au Canada. Lorsqu’on a découvert l’héroïne qu’elle transportait sur elle, elle fut accusée de trois infractions, dont deux donnèrent lieu à un procès, soit l’infraction de possession et d’utilisation d’un faux passeport prévue à l’art. 368 du *Code criminel*, et celle d’importation illégale d’un stupéfiant prévue au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1.

Madame Ruzic reconnut avoir commis les deux infractions, mais soutint qu’elle avait alors agi sous l’effet de la contrainte et qu’elle devait donc être exonérée de toute responsabilité criminelle. Elle témoigna que, deux mois avant son arrivée au Canada, un dénommé Mirko Mirkovic l’avait approchée alors qu’elle promenait son chien dans les rues de Belgrade, où elle partageait un appartement avec sa mère. Elle le décrit comme un « guerrier » qui, selon elle, était payé pour tuer des gens pendant la guerre. Un témoin expert affirma au procès qu’en 1994 d’importants groupes paramilitaires parcouraient les rues de Belgrade et se livraient à des activités criminelles semblables à celles de la mafia. Le même expert soutint que les habitants de Belgrade ne se sentaient pas en sécurité pendant cette période. Ils croyaient qu’on ne pouvait pas faire confiance à la police. Ils avaient vraiment le sentiment que l’état de droit n’existait plus.

C’est ainsi que débuta une série de rencontres entre Mirkovic et l’intimée pendant qu’elle promenait son chien. Chaque fois qu’il l’abordait, il en savait plus long à son sujet, bien qu’elle ne lui eût jamais donné des précisions concernant sa vie. Il

told her he knew her every move. Ms. Ruzic alleged that his behaviour became more and more intimidating, escalating to threats and acts of physical violence. On one occasion, he burned her arm with a lighter. On another, he stuck a syringe into her arm and injected her with a substance that smelled like heroin and made her nauseous. She indicated that these physical assaults were coupled with sexual harassment and finally threats against her mother.

On April 25, 1994, Mirkovic phoned the respondent and instructed her to pack a bag and meet him at a hotel in central Belgrade. Once there, he allegedly strapped three packages of heroin to her body and indicated that she was to take them to a restaurant in Toronto. He gave her the false passport, a bus ticket from Belgrade to Budapest and some money. He told her to fly from Budapest to Athens, and then from Athens to Toronto. When she protested, he warned her that, if she failed to comply, he would harm her mother.

Ms. Ruzic arrived in Budapest on April 26. Late that evening, she boarded a plane to Athens, where she arrived early the next day. She then purchased a ticket to Toronto. She missed that flight, exchanged her ticket for the next available flight, and left for Toronto two days later, on April 29.

During the two months prior to her journey to Canada, Ms. Ruzic testified that she did not tell her mother or anyone else about Mirkovic. She was afraid he would harm whoever she told. She did not seek police protection because she believed the police in Belgrade were corrupt and would do nothing to assist her. She maintained that she followed Mirkovic's instructions out of fear for her mother's safety. She made no attempt while in Budapest or Athens to seek the assistance of police or other government officials. Similarly, before her arrest, she did not ask any Canadian authorities for help. She asserted that she believed the only way

lui téléphonait à la maison. Il lui disait qu'il était au courant de toutes ses allées et venues. Madame Ruzic prétendit que le comportement de Mirkovic était devenu de plus en plus intimidant et avait dégénéré en menaces et en violence physique. Un jour, il lui brûla le bras avec un briquet. Une autre fois, il la piqua au bras avec une seringue et lui injecta une substance qui sentait l'héroïne et qui donna des nausées. L'intimée affirma que, en plus de ces agressions physiques, Mirkovic l'avait harcelée sexuellement et avait fini par proférer des menaces contre sa mère.

Le 25 avril 1994, Mirkovic téléphona à l'intimée et lui ordonna alors de faire sa valise et de le rencontrer à un hôtel du centre de Belgrade. Après son arrivée à cet endroit, il aurait attaché trois pochettes d'héroïne à son corps et lui aurait indiqué qu'elle devait les livrer à un restaurant de Toronto. Il lui remit un faux passeport, un billet d'autobus de Belgrade à Budapest, et une somme d'argent. Il lui ordonna de prendre l'avion à Budapest pour se rendre à Athènes et de là, à Toronto. Devant ses protestations, il la prévint que si elle n'obtempérait pas, il s'en prendrait à sa mère.

Madame Ruzic arriva à Budapest le 26 avril. En fin de soirée, elle prit l'avion pour Athènes, où elle arriva tôt le lendemain. Elle acheta alors un billet d'avion pour se rendre à Toronto. Elle rata son vol, échangea son billet pour prendre le prochain vol disponible et s'envola pour Toronto deux jours plus tard, le 29 avril.

Madame Ruzic témoigna qu'au cours des deux mois avant son voyage au Canada, elle n'avait parlé de Mirkovic ni à sa mère ni à personne d'autre. Elle craignait qu'il s'en prenne aux personnes avec qui elle communiquerait. Elle ne demanda pas la protection de la police car elle croyait que la police de Belgrade était corrompue et ne ferait rien pour l'aider. Elle prétendit avoir suivi les ordres de Mirkovic parce qu'elle craignait pour la sécurité de sa mère. Elle n'essaya pas d'obtenir l'aide de la police ou d'autres représentants du gouvernement à Budapest et à Athènes. Elle ne demanda pas non plus aux autorités canadiennes

5

6

7

she could protect her mother was to obey Mirkovic's orders.

II. Constitutional and Statutory Provisions

8

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

8. . . .

(3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of Parliament except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of Parliament.

17. A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused for committing the offence if the person believes that the threats will be carried out and if the person is not a party to a conspiracy or association whereby the person is subject to compulsion, but this section does not apply where the offence that is committed is high treason or treason, murder, piracy, attempted murder, sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm, aggravated sexual assault, forcible abduction, hostage taking, robbery, assault with a weapon or causing bodily harm, aggravated assault, unlawfully causing bodily harm, arson or an offence under sections 280 to 283 (abduction and detention of young persons).

de l'aider, avant son arrestation. Elle déclara qu'elle croyait que la seule façon de protéger sa mère était d'obéir aux ordres de Mirkovic.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

8. . . .

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi fédérale ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

17. Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte. Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infraction de lésions corporelles, les voies de fait graves, l'infraction illégale de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne).

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)*

Ms. Ruzic was tried before Herold J. and a jury. Her main line of defence was that she acted under duress. She conceded that her claim of duress did not meet the immediacy and presence requirements of s. 17 of the *Criminal Code*. Mirkovic's threats were not of "immediate" death or bodily harm and he was not "present" when she committed the offence. Furthermore, the threats were directed at her mother. She accordingly challenged the constitutionality of s. 17 under s. 7 of the *Charter*, in order to raise the common law defence of duress that, in her mind, did not incorporate the requirements of immediacy and presence.

Herold J. accepted her submissions, holding that s. 17 of the *Criminal Code* infringes s. 7 of the *Charter* and cannot be justified under s. 1. Rather than setting out the grounds for his conclusion in any detail, he adopted the reasoning of two previous judgments in which s. 17 was found unconstitutional: *R. v. Parris* (1992), 11 C.R.R. (2d) 376 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *per* Thomas J., and *R. v. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675 (C.A.), *per* Fish J.A. He then instructed the jury on the common law defence of duress, which is preserved by virtue of s. 8(3) of the *Criminal Code*. The jury acquitted Ms. Ruzic on both charges. The Crown appealed the acquittal on the charge of importing heroin to the Court of Appeal for Ontario.

B. *Ontario Court of Appeal* (1998), 41 O.R. (3d) 1

Writing for the Court of Appeal, Laskin J.A. upheld the trial judge's finding that the immediacy and presence requirements in s. 17 infringe s. 7 of the *Charter*. First, he maintained that it would violate the principles of fundamental justice to convict a person whose actions are morally involuntary. He held that this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and subsequent cases

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*

Madame Ruzic submit son procès devant le juge Herold et un jury. Elle invoqua la contrainte comme principal moyen de défense. Elle reconnut que son argument de la contrainte ne satisfaisait pas aux exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 du *Code criminel*. Mirkovic n'avait pas proféré des menaces de mort « immédiate » ou de lésions corporelles et il n'était pas « présent » lorsqu'elle a commis l'infraction. En outre, les menaces étaient proférées contre sa mère. Elle contesta donc la constitutionnalité de l'art. 17 au regard de l'art. 7 de la *Charte*, afin d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte qui, selon elle, ne comportait pas les exigences d'immédiateté et de présence.

Le juge Herold lui donna raison en concluant que l'art. 17 du *Code criminel* viole l'art. 7 de la *Charte* et n'est pas justifiable au regard de l'article premier. Au lieu d'exposer en détail les motifs de sa conclusion, il adopta le raisonnement de deux décisions dans lesquelles l'art. 17 avait été jugé inconstitutionnel : *R. c. Parris* (1992), 11 C.R.R. (2d) 376 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Thomas, et *R. c. Langlois*, [1993] R.J.Q. 675 (C.A.), le juge Fish. Il donna ensuite au jury des directives sur le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, qui est maintenu en vertu du par. 8(3) du *Code criminel*. Le jury acquitta M^{me} Ruzic relativement aux deux accusations. Le ministère public interjeta appel, devant la Cour d'appel de l'Ontario, contre l'acquittement relatif à l'accusation d'importation d'héroïne.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1998), 41 O.R. (3d) 1

S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Laskin confirma la conclusion du juge du procès que les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 violent l'art. 7 de la *Charte*. Premièrement, il affirma qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale de condamner une personne dont les actes sont moralement involontaires. Il conclut que, dans le *Renvoi: Motor*

9

10

11

had recognized, as a principle of fundamental justice, the requirement that the morally blameless should not be punished. He likened moral voluntariness to moral blameworthiness. Those who act in a morally involuntary fashion, he stated, are not morally blameworthy for what they do. It follows that it would be contrary to s. 7 of the *Charter* to attach criminal liability to their conduct. In the alternative, he found such similarity between moral blamelessness and moral involuntariness that it would be as unfair to punish morally involuntary conduct as it would be unjust to punish morally blameless behavior.

Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486, et d'autres arrêts subséquents, notre Cour avait reconnu que l'exigence que la personne moralement sans reproche ne soit pas punie est un principe de justice fondamentale. Il assimila le caractère volontaire au sens moral à la culpabilité morale. Il ajouta que la personne qui agit de façon moralement involontaire n'est pas moralement coupable de ses actes. Il s'ensuit qu'il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte* de considérer que la conduite d'une telle personne engage sa responsabilité criminelle. De façon subsidiaire, il jugea qu'il existait une telle similitude entre le caractère irréprochable au sens moral et le caractère involontaire au sens moral qu'il serait aussi inéquitable de punir une conduite moralement involontaire que de punir un comportement moralement irréprochable.

12

Second, Laskin J.A. held that the immediacy and presence restrictions in s. 17 are poor measures of moral voluntariness. They deny access to the defence to an accused who is threatened with future injury. In addition, they render the defence unavailable to persons whose family members are the target of the threatened harm. As he explained at p. 32:

Deuxièmement, le juge Laskin décida que les restrictions d'immédiateté et de présence que comporte l'art. 17 permettent mal d'apprécier le caractère volontaire d'un acte, au sens moral. Elles empêchent l'accusé qui est menacé d'un préjudice futur d'invoquer ce moyen de défense. De plus, elles empêchent la personne dont les membres de la famille font l'objet des menaces de préjudice d'invoquer ce moyen de défense. Comme il l'a expliqué, à la p. 32 :

The underlying problem with the immediacy and presence restrictions is that they do not adequately capture all morally involuntary conduct. *Perka* and *Hibbert* hold that the essence of involuntary conduct is the absence of a realistic choice or a safe avenue of escape. The mother whose child is abducted, or Mr. Langlois whose family is threatened, or Ms. Ruzic who lives where the police cannot help her or her mother, or the battered spouse who cannot leave her abusive relationship, do not have a realistic choice but to commit a criminal offence, even though the threatened harm is not immediate and the threatener is not present when the offence is committed.

[TRADUCTION] Le problème que posent les restrictions d'immédiateté et de présence est qu'elles ne visent pas suffisamment l'ensemble des conduites moralement involontaires. Dans les arrêts *Perka* et *Hibbert*, on conclut que la conduite involontaire découle essentiellement de l'absence de choix réaliste ou de moyen de s'en sortir sans danger. La mère qui se fait ravir son enfant, M. Langlois dont la famille est menacée, M^{me} Ruzic qui vit dans un endroit où la police ne peut venir en aide ni à elle ni à sa mère ou encore la conjointe battue qui ne peut mettre fin à une relation violente n'a d'autre choix réaliste que de commettre une infraction criminelle, même s'il n'y a aucune menace de préjudice immédiat et si l'auteur des menaces n'est pas présent lorsque l'infraction est commise.

He concluded that the immediacy and presence requirements contravene s. 7 of the *Charter* because they permit the conviction of persons whose conduct is morally involuntary.

Il conclut que les exigences d'immédiateté et de présence contreviennent à l'art. 7 de la *Charte* du fait qu'elles permettent de condamner des personnes dont la conduite est moralement involontaire.

Laskin J.A. also endorsed an alternative basis for finding that s. 17 violates s. 7. It is that the immediacy and presence restrictions risk punishing persons contrary to the principle of fundamental justice that the deprivation of a right must not be arbitrary or unfair. In his view, these criteria conflict with Parliament's purpose in providing the defence in the first place, which is to excuse acts that are morally involuntary.

Third, Laskin J.A. held that the violation of s. 7 was not saved by s. 1. He specified three reasons for so finding: the appellant made no submissions regarding s. 1, there are no decisions of this Court in which a breach of s. 7 has been justified, and the immediacy and presence requirements in s. 17 do not satisfy the proportionality component of the s. 1 analysis. He declared s. 17 of no force or effect to the extent that it prevents an accused from relying on the common law defence of duress. He then added that this declaration applied only to those offences not listed in s. 17 as an excluded offence.

Last, Laskin J.A. concluded that Herold J. did not misdirect the jury on the elements of the common law defence of duress. The trial judge was not required to use the word "immediate" or "imminent" in his explanation of that defence. The operative test was whether the accused had a safe avenue of escape, assessed on a reasonableness standard taking into account the personal circumstances of the accused. While the trial judge might have described the objective nature of the standard more clearly, Laskin J.A. surmised that his instructions, on this question, did not amount to a reversible error.

IV. Issues

Lamer C.J. stated the following constitutional questions:

Le juge Laskin accepta également un motif subsidiaire de conclure que l'art. 17 viole l'art. 7, à savoir que les restrictions d'immédiateté et de présence risquent d'avoir pour effet de punir des personnes contrairement au principe de justice fondamentale selon lequel la privation d'un droit ne doit être ni arbitraire ni inéquitable. À son avis, ces critères vont à l'encontre de l'objectif que le législateur visait au départ en établissant ce moyen de défense et qui est d'excuser des actes moralement involontaires.

Troisièmement, le juge Laskin statua que la violation de l'art. 7 n'était pas justifiée au regard de l'article premier. Il donna trois raisons de tirer cette conclusion : l'appelante n'a avancé aucun argument au sujet de l'article premier, il n'existe aucun arrêt de notre Cour dans lequel une violation de l'art. 7 a été justifiée et les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 ne satisfont pas au critère de proportionnalité de l'analyse fondée sur l'article premier. Il déclara l'art. 17 inopérant dans la mesure où il empêche un accusé d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Il ajouta que ce jugement déclaratoire ne s'appliquait qu'aux infractions qui ne sont pas énumérées à l'art. 17 en tant qu'infractions exclues.

Enfin, le juge Laskin conclut que le juge Herold n'avait pas donné au jury des directives erronées sur les éléments du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Le juge du procès n'était pas tenu d'utiliser les mots « immédiat » ou « imminent » en expliquant ce moyen de défense. Le critère applicable était de savoir si, selon la norme du caractère raisonnable, l'accusé disposait d'un moyen de s'en sortir sans danger compte tenu de sa situation personnelle. Le juge Laskin tint pour acquis que, même si le juge du procès avait pu décrire plus clairement la nature objective de la norme, ses directives sur ce point ne constituaient pas une erreur donnant lieu à révision.

IV. Les questions litigieuses

Le juge en chef Lamer a énoncé les questions constitutionnelles suivantes :

13

14

15

16

- | | |
|---|---|
| <p>1. Do the requirements in s. 17 of the <i>Criminal Code</i>, R.S.C. 1985, c. C-46, that a threat must be of immediate death or bodily harm and from a person who is present when the offence is committed infringe the rights of an accused person as guaranteed by s. 7 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>2. If the answer to Question 1 is yes, is the said infringement of the s. 7 rights a reasonable limit that can be demonstrably justified under s. 1 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>3. Does s. 17 of the <i>Criminal Code</i>, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of an accused person as guaranteed by s. 7 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> by precluding access to the defence of duress where the threat is to a third party?</p> <p>4. If the answer to Question 3 is yes, is the said infringement of the s. 7 rights a reasonable limit that can be demonstrably justified under s. 1 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> | <p>1. L'exigence de l'art. 17 du <i>Code criminel</i>, L.R.C. 1985, ch. C-46, qu'il y ait contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 est-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>3. L'article 17 du <i>Code criminel</i>, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>, en empêchant d'invoquer la contrainte comme moyen de défense lorsque les menaces sont proférées contre un tiers?</p> <p>4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 est-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> |
|---|---|

17

The first and central question before us is thus framed in the same way that it was in the courts below: do the immediacy and presence requirements in s. 17 of the *Criminal Code* infringe s. 7 of the *Charter*, and, if so, can they be justified under s. 1? This question raises several subsidiary matters:

- Are statutory defences owed special defence by reviewing courts?
- Is it a principle of fundamental justice that only morally voluntary conduct can attract criminal liability?
- Do the immediacy and presence requirements in s. 17 infringe this principle? Is a broader interpretation of s. 17 possible as argued by the appellant, in order to avoid a declaration of unconstitutionality?

La question initiale et primordiale dont nous sommes saisis est donc formulée de la même manière que devant les tribunaux d'instance inférieure : les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 du *Code criminel* violent-elles l'art. 7 de la *Charte*, et, dans l'affirmative, sont-elles justifiables au regard de l'article premier? Cette question soulève plusieurs questions subsidiaires :

- Le tribunal saisi du moyen d'inconstitutionnalité doit-il faire preuve d'une retenue particulière en ce qui concerne les moyens de défense prévus par la loi?
- Existe-t-il un principe de justice fondamentale selon lequel seule la conduite moralement volontaire peut engager la responsabilité criminelle?
- Les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 contreviennent-elles à ce principe? Peut-on, comme l'a soutenu l'appelante, donner une interprétation large de l'art. 17 afin d'éviter une déclaration d'inconstitutionnalité?

- What can the common law tell us on the defence of duress?
- Qu'en est-il de la common law au sujet du moyen de défense fondé sur la contrainte?
- If there is a violation of s. 7, can it be justified under s. 1?
- S'il y a violation de l'art. 7, cette violation est-elle justifiable au regard de l'article premier?
- As an alternative question, do the immediacy and presence requirements in s. 17 infringe the principle that constitutional rights should not be restricted in a manner that is arbitrary or unfair?
- Subsidiairement, les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 contreviennent-elles au principe selon lequel les droits constitutionnels ne doivent pas être limités de façon arbitraire ou inéquitable?

At issue also is whether s. 17 of the *Criminal Code* infringes s. 7 of the *Charter* by precluding access to the defence of duress where the threatened harm is directed not at the accused, but at a third party. The appellant puts forth a third issue, which is whether the trial judge's exposition of the common law defence of duress to the jury was defective.

Before examining each issue, it should be noted that s. 17 of the *Criminal Code* places another restriction on the defence. It lists 22 offences, ranging from murder and sexual assault to less serious crimes such as robbery and arson, which are excluded from the scope of the defence. Importation of narcotics, and possession and use of a false passport, do not appear on this list. Thus, this appeal does not concern the constitutional validity of the list of excluded offences.

V. Analysis

A. *Are Statutory Defences Owed Special Deference by Reviewing Courts?*

The appellant argued in the Court below that statutory defences are not subject to *Charter* scrutiny. Laskin J.A. rejected this submission. The argument was recast somewhat before this Court. At the hearing, the appellant now appeared to con-

Il s'agit également de savoir si l'art. 17 du *Code criminel* viole l'art. 7 de la *Charte* en empêchant un accusé d'invoquer la contrainte comme moyen de défense lorsque les menaces de préjudice sont proférées non pas contre lui, mais contre un tiers. L'appelante pose une troisième question qui consiste à déterminer si le juge du procès a mal exposé au jury le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte.

Avant d'examiner chacune de ces questions, il y a lieu de souligner que l'art. 17 du *Code criminel* impose une autre restriction au moyen de défense fondé sur la contrainte. Il énumère 22 infractions, qui vont du meurtre et de l'agression sexuelle à des crimes moins graves comme le vol qualifié et le crime d'incendie, à l'égard desquelles le moyen de défense ne peut être invoqué. L'importation de stupéfiants et la possession et l'utilisation d'un faux passeport ne figurent pas dans cette liste. Le présent pourvoi ne porte donc pas sur la constitutionnalité de la liste des infractions exclues.

V. Analyse

A. *Le tribunal saisi du moyen d'inconstitutionnalité doit-il faire preuve d'une retenue particulière en ce qui concerne les moyens de défense prévus par la loi?*

L'appelante a fait valoir devant la Cour d'appel que les moyens de défense prévus par la loi ne peuvent pas faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Le juge Laskin a rejeté cet argument, qui a été repris jusqu'à un certain point devant notre

18

19

20

cede that the scope of s. 17 is susceptible to *Charter* review, but maintained that the courts should assume a posture of deference when undertaking such an assessment. The prosecution contends it belongs to Parliament to decide when otherwise criminal conduct should be excused, because determining who can rely on the statutory defence of duress and in what circumstances is an inherently policy-driven exercise. The appellant asserts that the legislature is best placed to determine what constitutes “morally involuntary” conduct for the purpose of invoking s. 17, given the difficult value judgments involved in defining duress. The appellant submits that the appropriate standard of review would restrict courts to consider simply whether the restrictions on the defence are irrational or arbitrary. As a corollary of its approach, the Crown did not seek to justify s. 17 under s. 1 of the *Charter*. Before the Court, it argued rather that, if properly construed, s. 17 would not even infringe the *Charter*.

Cour. À l’audience, l’appelante a paru admettre que la portée de l’art. 17 peut faire l’objet d’un examen fondé sur la *Charte*, mais elle a maintenu que les tribunaux devaient faire preuve de retenue en effectuant celui-ci. Selon la poursuite, il appartient au législateur de décider dans quels cas une conduite par ailleurs criminelle peut être excusée. En effet, la question de savoir qui peut invoquer la contrainte comme moyen de défense prévu par la loi, et dans quelles circonstances, fait appel de par sa nature même à des considérations de politique générale. D’après l’appelante, puisque la définition de la contrainte fait intervenir des jugements de valeur complexes, le législateur demeure le mieux placé pour déterminer ce qui constitue une conduite « moralement involontaire » permettant d’invoquer l’art. 17. L’appelante soutient que, selon la norme de contrôle appropriée, les tribunaux devraient s’en tenir à la question de savoir si les restrictions imposées au moyen de défense sont irrationnelles ou arbitraires. En conséquence, le ministère public n’a pas cherché à justifier l’art. 17 au regard de l’article premier de la *Charte*. Il a plutôt fait valoir devant notre Cour que, s’il était interprété correctement, l’art. 17 ne violerait même pas la *Charte*.

21

It bears emphasizing that a statutory defence, like any other legislative provision, is not immune from *Charter* scrutiny. Section 24 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* command the judiciary to review the work of the legislature, according to the standards enshrined in those documents. As Iacobucci J. stated in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at pp. 566-67:

Il vaut la peine de souligner qu’un moyen de défense prévu par la loi, à l’instar de toute autre disposition législative, n’est pas à l’abri d’un contrôle fondé sur la *Charte*. L’article 24 de la *Charte* et l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* obligent le pouvoir judiciaire à examiner le travail du pouvoir législatif selon les normes consacrées dans ces documents. Comme l’a écrit le juge Iacobucci dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, p. 566-567 :

Democratic values and principles under the *Charter* demand that legislators and the executive take these into account; and if they fail to do so, courts should stand ready to intervene to protect these democratic values as appropriate. As others have so forcefully stated, judges are not acting undemocratically by intervening when there are indications that a legislative or executive decision was not reached in accordance with the democratic principles mandated by the *Charter*. . . .

Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l’obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la *Charte* et, s’ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à intervenir pour protéger comme il se doit ces valeurs et principes. Comme certains auteurs l’ont affirmé avec vigueur, les juges n’agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d’ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la *Charte* . . .

Soon after the *Charter* came into force, Lamer J. (as he then was) pointed out in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 496-97, that courts have not only the power but the duty to evaluate the substantive content of legislation for *Charter* compliance. In the realm of criminal law, the courts routinely review the definition of criminal offences to ensure conformity with *Charter* rights. This has included the *mens rea* element of an offence: e.g., *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154. These powers and responsibilities extend equally to statutory defences. Courts would be abdicating their constitutional duty by abstaining from such a review. Defences and excuses belong to the legislative corpus that the *Charter* submits to constitutional review by the courts.

Subject to constitutional review, Parliament retains the power to restrict access to a criminal defence or to remove it altogether. As Cory J. indicated for the majority in *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, a withdrawal of a criminal defence will not automatically breach s. 7 of the *Charter*. Among other things, *Finta* raised the question whether the removal of the defence of obedience to or authority of *de facto* law for war crimes and crimes against humanity infringed s. 7. Cory J. observed, at p. 865, that restricting the availability of a defence “will not generally violate s. 7 when a defence is inconsistent with the offence proscribed, in that it would excuse the very evil which the offence seeks to prohibit or punish”. Likewise, in *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, the removal of drunkenness as a defence to a charge of impaired driving was deemed consistent with s. 7.

Peu après l'entrée en vigueur de la *Charte*, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a souligné, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 496-497, que les tribunaux ont non seulement le pouvoir mais également le devoir d'apprécier le contenu d'une mesure législative afin d'en assurer la conformité avec la *Charte*. En droit criminel, les tribunaux examinent couramment la définition d'infractions criminelles pour s'assurer qu'elles sont conformes aux droits garantis par la *Charte*. Est notamment visée la *mens rea* d'une infraction : par exemple, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. Ces pouvoirs et responsabilités s'appliquent également aux moyens de défense prévus par la loi. S'ils s'abstenaient de faire un tel examen, les tribunaux renonceraient au devoir qui leur incombe en vertu de la Constitution. Les moyens de défense et les excuses font partie de l'ensemble des règles juridiques que la *Charte* assujettit au contrôle judiciaire de conformité avec la Constitution.

Sous réserve d'un contrôle de conformité avec la Constitution, le législateur conserve le pouvoir de limiter ou d'éliminer complètement l'accès à un moyen de défense en matière criminelle. Comme le juge Cory l'a indiqué au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, le retrait d'un moyen de défense en matière criminelle ne viole pas automatiquement l'art. 7 de la *Charte*. L'arrêt *Finta* traitait notamment de la question de savoir si le retrait du moyen de défense fondé sur l'obéissance à la loi *de facto* ou sur l'autorité de cette loi, dans le cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, violait l'art. 7. Le juge Cory a fait remarquer, à la p. 865, que restreindre la disponibilité d'un moyen de défense « ne viole pas [de façon générale] l'art. 7 lorsque le moyen de défense entre en conflit avec l'infraction prévue en ce qu'il excuserait le mal même que l'infraction vise à interdire ou à punir ». De même, dans l'arrêt *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, l'élimination du moyen de défense fondé sur l'ivresse dans le cas d'une accusation de conduite avec facultés affaiblies a été jugée compatible avec l'art. 7.

24

The circumstances in this appeal are quite different from those in *Finta* and *Penno*. There is no suggestion that the defence of duress is inconsistent with the offences with which Ms. Ruzic was charged. Section 17 would not excuse the “very evil” that those offences seek to punish. In my view, the relevance of *Finta* and *Penno* to the present appeal is that limitations on a criminal defence may very well be consistent with s. 7 of the *Charter*. Thus, the issue is not whether the legislature may restrict or remove a criminal defence. It certainly can. The question for the courts is whether restricting the defence of duress accords with *Charter* rights.

25

The appellant urges the Court to take a significantly more restrained approach to reviewing statutory defences. At this point, the appellant seems to be asserting that an attitude of strong deference would be appropriate, even at the first stage of the constitutional analysis, while assessing whether an infringement of the *Charter* has taken place, prior to the justification stage under s. 1. The appellant has failed to make a convincing case for the adoption of such a standard. Determining when to absolve a person for otherwise criminal behaviour is a value-laden exercise. However, statutory defences do not warrant more deference simply because they are the product of difficult moral judgments. The entire body of criminal law expresses a myriad of policy choices. Statutory offences are every bit as concerned with social values as statutory defences.

26

The issue of deference to the legislature’s policy choices is ordinarily considered at the s. 1 stage of a *Charter* analysis. Yet, even at the infringement stage of the inquiry, the legislature is acknowledged some latitude in its work. This is reflected, for example, in the interpretive presumption of constitutionality. This principle is based on the

Les circonstances du présent pourvoi diffèrent considérablement de celles des affaires *Finta* et *Penno*. Rien n’indique que le moyen de défense fondé sur la contrainte est incompatible avec les infractions reprochées à M^{me} Ruzic. L’article 17 n’excuserait pas le « mal même » que ces infractions visent à punir. À mon avis, les arrêts *Finta* et *Penno* sont pertinents relativement au présent pourvoi en ce sens que les limites imposées à un moyen de défense en matière criminelle peuvent se concilier avec l’art. 7 de la *Charte*. Ainsi, la question n’est pas de décider si le législateur peut limiter ou éliminer l’accès à un moyen de défense en matière criminelle. Il le peut sûrement. Les tribunaux doivent plutôt se demander si la limitation de l’accès au moyen de défense fondé sur la contrainte respecte les droits garantis par la *Charte*.

L’appelante invite la Cour à adopter une attitude nettement plus prudente lorsqu’elle examine des moyens de défense prévus par la loi. À cette étape de son argumentation, elle semble soutenir que les tribunaux devraient exercer une grande retenue même en examinant une allégation de violation de la *Charte*, dès la première étape de l’analyse de la conformité avec la Constitution, avant de passer à la justification en vertu de l’article premier. L’appelante n’a présenté aucun argument convaincant en faveur de l’adoption d’une telle norme. La détermination des cas dans lesquels il convient d’excuser une personne qui a adopté un comportement par ailleurs criminel met certes en jeu certaines valeurs. Cependant, les moyens de défense prévus par la loi ne justifient pas une plus grande retenue du seul fait qu’ils résultent de jugements moraux complexes. L’ensemble du droit criminel traduit d’innombrables choix de politique générale. Les infractions prévues par la loi font tout autant intervenir des valeurs sociales que les moyens de défense prévus par la loi.

La question de la retenue à l’égard des choix de politique générale faits par le législateur se soulève habituellement à l’étape de la mise en œuvre de l’article premier lors d’une contestation fondée sur la *Charte*. Pourtant, même à l’étape où l’on vérifie l’existence d’une violation, on reconnaît que le législateur bénéficie d’une certaine latitude dans

notion that Parliament intends to adopt legislation that is consistent with the *Charter*: see R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at pp. 322-27; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 365-73. If a statutory provision is capable of an interpretation that is constitutional and one that is not, then the courts should choose the construction that conforms with the *Charter*: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 22 and 56. (See also generally *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.) There is no support in the case law, however, for the “irrational or arbitrary” threshold advocated by the appellant. I would accordingly reject it.

B. *Is it a Principle of Fundamental Justice That Only Morally Voluntary Conduct Can Attract Criminal Liability?*

Whether it is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that morally involuntary conduct should not be punished is a novel question before this Court. We are thus called upon to canvass once more the contents of the “principles of fundamental justice”, this time in the context of the defence of duress as framed by s. 17 of the *Criminal Code*.

The Court has on numerous occasions confirmed that the principles of fundamental justice “are to be found in the basic tenets of our legal system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 503 and 512. McLachlin J. (as she then was) added in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603, that they may be distilled from “the legal principles which have historically been reflected in the law of this and other similar states”. Whether a principle qualifies as a principle of fundamental justice depends on an analysis of its nature, sources, rationale and essential role within our evolving legal system: *Re B.C. Motor Vehicle Act*,

son travail. Cela se reflète, par exemple, dans la présomption de constitutionnalité appliquée en matière d’interprétation législative. Ce principe veut que le législateur entende adopter une mesure législative compatible avec la *Charte* : voir R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 322-327; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 463-473. Lorsqu’une disposition législative peut recevoir deux interprétations, l’une constitutionnelle et une autre qui ne l’est pas, les tribunaux doivent adopter celle qui est conforme à la *Charte* : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 22 et 56. (Voir également, de façon générale, *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.) La jurisprudence n’appuie cependant pas le critère des « restrictions irrationnelles ou arbitraires » préconisé par l’appelante. Je suis donc d’avis de le rejeter.

B. *Existe-t-il un principe de justice fondamentale selon lequel seule la conduite moralement volontaire peut engager la responsabilité criminelle?*

Notre Cour est saisie, pour la première fois, de la question de savoir si un principe de justice fondamentale visé par l’art. 7 de la *Charte* veut que la conduite moralement involontaire ne soit pas punie. Nous sommes donc appelés à réexaminer le contenu des « principes de justice fondamentale », cette fois dans le contexte du moyen de défense fondé sur la contrainte que prévoit l’art. 17 du *Code criminel*.

Notre Cour a, à maintes reprises, confirmé que les principes de justice fondamentale « se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique » : *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 503 et 512. Le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a ajouté dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 603, qu’ils peuvent être dégagés « depuis toujours des règles de droit au Canada et dans d’autres États semblables ». La décision d’inclure un principe parmi les principes de justice fondamentale dépend de l’analyse de sa nature, de ses sources comme de sa raison d’être et du rôle essentiel qu’il joue dans

supra, at p. 513. In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 590-91, Sopinka J. explained that the principles of fundamental justice must be capable of being articulated with some precision; they must be more than broad generalizations about our ethical or moral beliefs. He stated that they are the “principles upon which there is some consensus that they are vital or fundamental to our societal notion of justice” (p. 590).

29

The notion of moral voluntariness was first introduced in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, for the purpose of explaining the defence of necessity and classifying it as an excuse. It was borrowed from the American legal theorist George Fletcher’s discussion of excuses in *Rethinking Criminal Law* (1978). A person acts in a morally involuntary fashion when, faced with perilous circumstances, she is deprived of a realistic choice whether to break the law. By way of illustration in *Perka*, Dickson J. evoked the situation of a lost alpinist who, on the point of freezing to death, breaks into a remote mountain cabin. The alpinist confronts a painful dilemma: freeze to death or commit a criminal offence. Yet as Dickson J. pointed out at p. 249, the alpinist’s choice to break the law “is no true choice at all; it is remorselessly compelled by normal human instincts”, here of self-preservation. The Court in *Perka* thus conceptualized the defence of necessity as an excuse. An excuse, Dickson J. maintained, concedes that the act was wrongful, but withholds criminal attribution to the actor because of the dire circumstances surrounding its commission. He summarized the rationale of necessity in this way, at p. 250:

At the heart of this defence is the perceived injustice of punishing violations of the law in circumstances in

notre système juridique en évolution : *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 513. Dans l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591, le juge Sopinka a expliqué que les principes de justice fondamentale doivent pouvoir être énoncés avec une certaine précision et qu’ils doivent être plus que de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Il a affirmé que ces principes sont « le fruit d’un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » (p. 590-591).

La notion du caractère volontaire au sens moral a été utilisée pour la première fois dans l’arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, pour expliquer le moyen de défense fondé sur la nécessité et le classifier comme étant une excuse. Elle a été empruntée au théoricien juridique américain George Fletcher qui a analysé les excuses dans son ouvrage intitulé *Rethinking Criminal Law* (1978). Une personne agit de façon moralement involontaire lorsqu’une situation périlleuse ne lui laisse pas d’autre choix réaliste que d’enfreindre la loi. Par exemple, le juge Dickson a évoqué, dans l’arrêt *Perka*, la situation d’un alpiniste perdu qui, sur le point de mourir gelé, s’introduit par effraction dans un chalet de montagne isolé. L’alpiniste se trouve devant un dilemme pénible : ou bien il meurt de froid, ou bien il commet une infraction criminelle. Pourtant, comme l’a souligné le juge Dickson, à la p. 249, le choix de l’alpiniste d’enfreindre la loi « n’est nullement un choix véritable; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l’être humain », en l’occurrence l’instinct de survie. Notre Cour a donc, dans l’arrêt *Perka*, conceptualisé le moyen de défense fondé sur la nécessité en tant qu’excuse. Une excuse, selon le juge Dickson, reconnaît que l’acte était répréhensible, mais elle empêche d’en imputer la responsabilité criminelle à son auteur en raison des circonstances extrêmes dans lesquelles ce dernier l’a accompli. Le juge Dickson a résumé ainsi la raison d’être du moyen de défense fondé sur la nécessité (à la p. 250) :

Au cœur de ce moyen de défense, il y a le sentiment d’injustice que soulève la punition pour une violation de

which the person had no other viable or reasonable choice available; the act was wrong but it is excused because it was realistically unavoidable.

Extending its reasoning in *Perka* to the defence of duress, the Court found in *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, that it too rests on the notion of moral voluntariness. In the case of the defences of necessity and duress, the accused contends that he should avoid conviction because he acted in response to a threat of impending harm. The Court also confirmed in *Hibbert* that duress does not ordinarily negate the *mens rea* element of an offence. Like the defence of necessity, the Court classified the defence of duress as an excuse, like that of necessity. As such, duress operates to relieve a person of criminal liability only after he has been found to have committed the prohibited act with the relevant *mens rea*: see also *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539, at p. 544 (*per* McIntyre J.).

Thus duress, like necessity, involves the concern that morally involuntary conduct not be subject to criminal liability. Can this notion of “moral voluntariness” be recognized as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*? Let us examine possible avenues which have been put forward by the respondent towards such recognition.

1. Moral Voluntariness and Moral Blameworthiness

As we will see below, this Court has recognized on a number of occasions that “moral blameworthiness” is an essential component of criminal liability which is protected under s. 7 as a “principle of fundamental justice”. The respondent in the case at bar attempts to link the principles of “moral blameworthiness” and “moral voluntariness” as a means of securing the constitutional status of the defence of duress. Laskin J.A. in the Court below

la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable.

Appliquant au moyen de défense fondé sur la contrainte le raisonnement qu'elle avait tenu dans l'arrêt *Perka*, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, que ce moyen de défense repose également sur la notion du caractère volontaire au sens moral. Dans les cas où les moyens de défense fondés sur la nécessité et la contrainte sont invoqués, l'accusé prétend qu'il ne devrait pas être reconnu coupable parce qu'il a réagi à une menace de préjudice imminent. La Cour a également confirmé, dans l'arrêt *Hibbert*, que la contrainte n'annule pas habituellement la *mens rea* d'une infraction. Comme elle l'a fait à l'égard du moyen de défense fondé sur la nécessité, notre Cour a classé parmi les excuses le moyen de défense fondé sur la contrainte. Par conséquent, la contrainte exonère une personne de toute responsabilité criminelle seulement après qu'on a conclu qu'elle avait la *mens rea* pertinente lorsqu'elle a commis l'acte prohibé : voir également *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539, p. 544 (le juge McIntyre).

Ainsi, la contrainte, à l'instar de la nécessité, est invoquée pour éviter que la conduite moralement involontaire d'une personne engage sa responsabilité criminelle. Cette notion du « caractère volontaire au sens moral » peut-elle être reconnue comme un principe de justice fondamentale visé par l'art. 7 de la *Charte*? Examinons les divers moyens que l'intimée a proposés à cette fin.

1. Le caractère volontaire au sens moral et la culpabilité morale

Comme nous le verrons plus loin, notre Cour a reconnu à un certain nombre d'occasions que la « culpabilité morale » constitue un élément essentiel du régime de responsabilité criminelle que l'art. 7 protège en tant que « principe de justice fondamentale ». L'intimée tente, en l'espèce, de relier les principes de la « culpabilité morale » et du « caractère volontaire au sens moral » afin de constitutionnaliser le moyen de défense fondé sur

30

31

32

has followed this line of reasoning. However, the appellant argues that “moral blamelessness” only arises in the absence of either the *actus reus* or the *mens rea* of an offence. One who acts under duress, he contends, remains a morally responsible agent whose behaviour is not blame-free. Further, the appellant submits that moral involuntariness is too vague and amorphous a concept to constitute a principle of fundamental justice.

la contrainte. Le juge Laskin de la Cour d’appel a suivi ce raisonnement. Cependant, l’appelante soutient que le « caractère irréprochable au sens moral » n’existe qu’en l’absence de l’*actus reus* ou de la *mens rea* d’une infraction. La personne qui agit sous l’effet de la contrainte, soutient-elle, demeure un acteur moralement responsable dont le comportement n’est pas irréprochable. En outre, l’appelante prétend que le caractère involontaire au sens moral demeure un concept trop vague et nébuleux pour constituer un principe de justice fondamentale.

33 This controversy about the concepts of moral blamelessness and moral involuntariness brings us back to the foundations of criminal responsibility. In the analysis of duress and of its relationship with the tenets of the criminal justice system, is it appropriate to equate moral blamelessness with moral involuntariness?

Cette controverse à propos des concepts du caractère irréprochable au sens moral et du caractère involontaire au sens moral nous ramène aux fondements de la responsabilité criminelle. En analysant la contrainte et son lien avec les préceptes du système de justice criminelle, convient-il d’assimiler le caractère irréprochable au sens moral au caractère involontaire au sens moral?

34 Even before the advent of the *Charter*, it became a basic concern of the criminal law that criminal responsibility be ascribed only to acts that resulted from the choice of a conscious mind and an autonomous will. In other words, only those persons acting in the knowledge of what they were doing, with the freedom to choose, would bear the burden and stigma of criminal responsibility. Although the element of voluntariness may sometimes overlap both *actus reus* and *mens rea* (see *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, at pp. 73-75, per Cory J.), the importance of *mens rea* and of the quality of voluntariness in it underscores the fact that criminal liability is founded on the premise that it will be borne only by those persons who knew what they were doing and willed it. In a recent essay, Professor H. Parent summed up the nature of what has now become a guiding principle of Canadian criminal law:

Même avant l’avènement de la *Charte*, le souci de n’imputer une responsabilité criminelle que pour les actes résultant d’un choix libre et réfléchi était devenu fondamental en droit criminel. En d’autres termes, seules les personnes qui agissaient en connaissance de cause et librement voyaient leur responsabilité criminelle engagée et faisaient l’objet de la stigmatisation qui s’y rattachait. Bien que l’élément du caractère volontaire puisse parfois empiéter autant sur l’*actus reus* que sur la *mens rea* (voir *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, p. 73-75, le juge Cory), l’importance de la *mens rea* et de l’aspect volontaire qu’elle comporte témoigne du fait que la responsabilité criminelle repose sur la prémisse selon laquelle seules les personnes qui savaient ce qu’elles faisaient et qui ont agi de leur plein gré voient leur responsabilité criminelle engagée. Dans un essai récent, le professeur H. Parent a résumé la nature de ce qui est devenu un principe directeur du droit criminel canadien :

[TRANSLATION] What is meant by a so-called “moral” or “normative” voluntary act is nothing more or less than a voluntary act taken in its accepted meaning of a free and thought out action. At the semantic level, adding the attributes “moral” and “normative” to the

On entend par acte volontaire dit «moral» ou «normatif», ni plus ni moins que l’acte volontaire envisagé dans son acception classique d’action libre et réfléchi. Au plan sémantique, l’ajout des attributs «moral» et «normatif» à l’expression acte volontaire est rendu néces-

expression “voluntary act” has become necessary in light of the state of confusion that currently arises from the coexistence of the materialist and intellectualist approaches to the voluntary act in English and Canadian criminal law. In short, the requirement of a free and thought out act is still a fundamental axiom of our criminal law system. Although the moral element attached to the individual is not, as a general rule, formally expressed in the academic literature or in reported cases, its presence can be deduced from the standard application of criminal responsibility and the various causes of exoneration. [Emphasis added.]

(Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien (1999), at p. 271.)

See also: H. Parent, “Histoire de l’acte volontaire en droit pénal anglais et canadien” (2000), 45 *McGill L.J.* 975, at pp. 1013 ff. On the notion of *mens rea* generally, see G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4th ed. 1998), at pp. 357 ff.

An example of this approach may be found in the jurisprudence on the application and interpretation of offences purporting to impose an absolute responsibility on the accused. Even before the *Charter* came into force, through the use of techniques of interpretation, the Supreme Court had sought to restrict the application of the penal provisions of statutes that imposed absolute liability. The judgment of this Court in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, underscores this view that absolute responsibility was inconsistent with the correct understanding of the founding principles of criminal liability. Without requiring a full *mens rea*, the Court decided that, generally speaking, absent very clear and explicit language to the contrary, at least a defence of due diligence should be available to the accused. This form of penal responsibility had to be grounded on an element of voluntariness, the choice left to the accused being at least that of acting with due diligence, to avoid convicting innocents (p. 1313). Dickson J. also wrote (at p. 1310):

saire compte tenu de la confusion qui résulte actuellement de la coexistence en droit pénal anglais et canadien des approches matérialiste et intellectualiste de l’acte volontaire. En résumé, l’exigence d’un acte libre et réfléchi est encore aujourd’hui un axiome fondamental de notre système de droit pénal. Bien que l’élément moral se rattachant à l’individu ne soit pas, en règle générale, formellement exprimé dans les ouvrages de doctrine ou les rapports de jurisprudence, sa présence peut être déduite de l’application normale de la responsabilité pénale et des différentes causes d’exonération. [Je souligne.]

(Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien (1999), p. 271.)

Voir également H. Parent, « Histoire de l’acte volontaire en droit pénal anglais et canadien » (2000), 45 *R.D. McGill* 975, p. 1013 et suiv. Au sujet de la notion de *mens rea* en général, voir G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4^e éd. 1998), p. 357 et suiv.

On trouve un exemple de cette approche dans la jurisprudence relative à l’application et à l’interprétation des infractions censées imposer une responsabilité absolue à l’accusé. Même avant l’entrée en vigueur de la *Charte*, la Cour suprême avait tenté, par des techniques d’interprétation, de limiter l’application des dispositions législatives pénales qui imposaient une responsabilité absolue. L’arrêt de notre Cour *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, a souligné le point de vue selon lequel cette responsabilité absolue était incompatible avec une bonne compréhension des principes de base de la responsabilité criminelle. Sans exiger la *mens rea* proprement dite, la Cour a conclu qu’en général, en l’absence d’un texte contraire très clair et explicite, l’accusé devrait à tout le moins pouvoir invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Pour éviter que des innocents soient condamnés, cette forme de responsabilité pénale devait se fonder sur un élément de caractère volontaire, l’accusé conservant au moins le choix d’agir de façon raisonnablement diligente (p. 1313). Le juge Dickson a également écrit, à la p. 1310 :

In sharp contrast, "absolute liability" entails conviction on proof merely that the defendant committed the prohibited act constituting the *actus reus* of the offence. There is no relevant mental element. It is no defence that the accused was entirely without fault. He may be morally innocent in every sense, yet be branded as a malefactor and punished as such.

36

It is clear from Dickson J.'s reasons in *Sault Ste. Marie* that such a regime of absolute penal responsibility was deemed to breach the most basic principle of criminal liability and criminal law, and that criminal responsibility should be attributed only to an act that is the result of the deliberation of a free and conscious mind. This principle was recognized as one of the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter* in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. In that case, Lamer J. held the following, at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter*. . . .

37

That decision and the Court's subsequent judgment in *Vaillancourt*, *supra*, were explained by McIntyre J. in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 880:

In *Re B.C. Motor Vehicle Act* . . . and in *R. v. Vaillancourt* . . . it was held that the requirement for a minimum mental state before the attachment of criminal liability is a principle of fundamental justice. Criminal offences, as a general rule, must have as one of their elements the requirement of a blameworthy mental state. The morally innocent ought not to be convicted.

See also generally *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, and *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944. This idea may also be found in the reasons of Dickson J. in *Perka*, *supra*. With this background in mind, I turn to consider the respondent's first submission, which hinges on Laskin J.A.'s assimilation of moral voluntariness to moral blameworthiness.

Par contre la «responsabilité absolue» entraîne condamnation sur la simple preuve que le défendeur a commis l'acte prohibé qui constitue l'*actus reus* de l'infraction. Aucun élément moral n'est nécessaire. On ne peut plaider que l'accusé n'a commis aucune faute. Il peut être moralement innocent sous tous rapports et malgré cela être traité de criminel et puni comme tel.

Il ressort clairement des motifs du juge Dickson, dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, qu'il considérait qu'un tel régime de responsabilité pénale absolue violait le principe le plus fondamental de la responsabilité criminelle et du droit criminel, et que la responsabilité criminelle ne devait être imputée que pour un acte libre et réfléchi. Ce principe a été reconnu comme l'un des principes de justice fondamentale visé par l'art. 7 de la *Charte* dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Dans cette affaire, le juge Lamer a statué, à la p. 492 :

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* . . .

Cet arrêt de même que l'arrêt *Vaillancourt*, précité, que notre Cour a rendu subséquemment, ont été expliqués par le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 880 :

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* [. . .] et dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt* [. . .], il a été jugé que l'exigence d'un certain état mental minimal comme condition de la responsabilité criminelle est un principe de justice fondamentale. Un des éléments des infractions criminelles doit en règle générale être l'exigence d'un état mental coupable. Ceux qui sont moralement innocents ne devraient pas se voir déclarer coupables.

Voir également, de façon générale, *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, et *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944. Cette idée se trouve également dans les motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Perka*, précité. Ayant ce contexte à l'esprit, je vais examiner le premier argument de l'intimée, qui tient à l'assimilation par le juge Laskin du caractère volontaire au sens moral à la culpabilité morale.

It should be emphasized that this Court, in cases like *Sault Ste. Marie* and *Re B.C. Motor Vehicle Act*, has referred to moral innocence in the context of the discussion of the mental element of an offence. *Hibbert*, on the other hand, held that the defence of duress does not normally negate *mens rea*. Rather, it operates to excuse a wrongful act once the *actus reus* and *mens rea* components of the offence have been made out. Laskin J.A. conceded this point, but countered that moral blameworthiness is a broader concept, extending beyond the traditional elements of an offence. Both Laskin J.A. and the respondent rely heavily, in this respect, on Professor Martha Shaffer's article "Scrutinizing Duress: The Constitutional Validity of Section 17 of the Criminal Code" (1998), 40 *Crim. L.Q.* 444, in making this argument.

Professor Shaffer acknowledges in her article, at pp. 453-54, that moral blameworthiness is an ambiguous concept, the meaning of which this Court has not had occasion to discuss in any significant way. I am reluctant to do so here, particularly since, in my opinion, conduct that is morally involuntary is not always intrinsically free of blame. (See also *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1396-98.) Moral involuntariness is also related to the notion that the defence of duress is an excuse. Dickson J. maintained in *Perka* that an excuse acknowledges the wrongfulness of the accused's conduct. Nevertheless, the law refuses to attach penal consequences to it because an "excuse" has been made out. In using the expression "moral involuntariness", we mean that the accused had no "real" choice but to commit the offence. This recognizes that there was indeed an alternative to breaking the law, although in the case of duress that choice may be even more unpalatable — to be killed or physically harmed.

Let us consider again the situation of the lost alpinist: can we really say he is blameless for breaking into somebody else's cabin? The State refrains from punishing him not because his actions were innocent, but because the circum-

Il y a lieu de souligner que, dans des arrêts tels *Sault Ste-Marie* et *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, notre Cour a mentionné l'innocence morale en analysant l'élément moral d'une infraction. Par contre, dans l'arrêt *Hibbert*, on a statué que le moyen de défense fondé sur la contrainte n'annule pas habituellement la *mens rea*. Cet arrêt a plutôt pour effet d'excuser un acte répréhensible une fois que l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction ont été établis. Le juge Laskin a reconnu cela, mais il a ajouté que la culpabilité morale est un concept plus large dont la portée dépasse celle des éléments traditionnels d'une infraction. Le juge Laskin et l'intimée se fondent considérablement, à cet égard, sur l'article du professeur Martha Shaffer, intitulé « Scrutinizing Duress: The Constitutional Validity of Section 17 of the Criminal Code » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 444.

Le professeur Shaffer reconnaît, aux p. 453-454 de son article, que la culpabilité morale est un concept ambigu dont notre Cour n'a pas encore analysé la nature de manière significative. J'hésite à le faire en l'espèce étant donné surtout que j'estime qu'une conduite moralement involontaire n'est pas toujours irréprochable en soi (voir également *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1396-1398.) Le caractère involontaire au sens moral se trouve également lié à l'idée que le moyen de défense fondé sur la contrainte est une excuse. Le juge Dickson a maintenu dans l'arrêt *Perka* qu'une excuse reconnaît le caractère répréhensible de la conduite de l'accusé. Néanmoins, la loi refuse d'y assortir des conséquences pénales parce qu'une « excuse » a été fournie. En utilisant l'expression « caractère involontaire au sens moral », nous voulons dire que l'accusé n'avait pas d'autre choix « véritable » que de commettre l'infraction. On reconnaît ainsi qu'il existait en fait une autre solution que la violation de la loi, quoique, dans le cas de la contrainte, ce choix puisse se révéler encore plus désagréable — être assassiné ou subir des lésions corporelles.

Revenons au cas de l'alpiniste perdu : peut-on vraiment affirmer que son introduction par effraction dans le chalet d'autrui était un acte irréprochable? L'État s'abstient de le punir non pas parce que ses actes étaient innocents, mais parce que, dans

38

39

40

stances did not leave him with any other realistic choice than to commit the offence. As Fletcher, *supra*, puts it, at p. 798, excuses absolve the accused of personal accountability by focussing, not on the wrongful act, but on the circumstances of the act and the accused's personal capacity to avoid it. Necessity and duress are characterized as concessions to human frailty in this sense. The law is designed for the common man, not for a community of saints or heroes.

41

To equate moral involuntariness with moral innocence would amount to a significant departure from the reasoning in *Perka* and *Hibbert*. It would be contrary to the Court's conceptualization of duress as an excuse. Morally involuntary conduct is not always inherently blameless. Once the elements of the offence have been established, the accused can no longer be considered blameless. This Court has never taken the concept of blamelessness any further than this initial finding of guilt, nor should it in this case. The undefinable and potentially far-reaching nature of the concept of moral blamelessness prevents us from recognizing its relevance beyond an initial finding of guilt in the context of s. 7 of the *Charter*. Holding otherwise would inject an unacceptable degree of uncertainty into the law. It would not be consistent with our duty to consider as "principles of fundamental justice" only those concepts which are constrained and capable of being defined with reasonable precision. I would therefore reject this basis for finding that it is a principle of fundamental justice that morally involuntary acts should not be punished.

2. Moral Voluntariness and Voluntariness in the Physical Sense

42

The respondent's second approach, which relates moral voluntariness back to voluntariness in the physical sense, rests on firmer ground. It draws upon the fundamental principle of criminal

les circonstances, il n'avait pas d'autre choix réaliste que de commettre l'infraction. Comme l'écrit Fletcher, *op. cit.*, p. 798, l'excuse exonère l'accusé de toute responsabilité personnelle en mettant l'accent non pas sur l'acte répréhensible, mais sur les circonstances qui l'ont entouré et sur la capacité personnelle de l'accusé d'éviter de l'accomplir. Dans ce sens, la nécessité et la contrainte sont considérées comme une concession à la faiblesse humaine. La loi est conçue pour s'appliquer aux personnes ordinaires et non à une collectivité de saints ou de héros.

L'assimilation du caractère involontaire au sens moral à l'innocence morale représenterait une dérogation importante au raisonnement suivi dans les arrêts *Perka* et *Hibbert*. Cela irait à l'encontre de la conceptualisation, par notre Cour, de la contrainte en tant qu'excuse. La conduite moralement involontaire n'est pas toujours irréprochable en soi. Une fois les éléments d'une infraction établis, l'accusé ne peut plus être considéré comme étant sans reproche. Notre Cour n'a jamais utilisé le concept du caractère irréprochable de l'acte pour d'autres fins que la conclusion initiale de culpabilité, et elle ne devrait pas le faire non plus en l'espèce. Parce que le concept du caractère irréprochable au sens moral reste indéfinissable et qu'il risque d'avoir une grande portée, nous ne pouvons pas reconnaître que, dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*, il demeure pertinent à d'autres fins que la conclusion initiale de culpabilité. Une conclusion contraire introduirait une incertitude inacceptable dans le droit. Cette conclusion violerait notre obligation de ne classer que les concepts circonscrits et susceptibles d'être définis de façon raisonnablement précise parmi les « principes de justice fondamentale ». Je suis donc d'avis de rejeter ce motif de conclure qu'un principe de justice fondamentale veut que les actes moralement involontaires ne soient pas punis.

2. Le caractère volontaire au sens moral et le caractère volontaire au sens physique

Le deuxième argument de l'intimée, qui lie le caractère volontaire au sens moral au caractère volontaire au sens physique, possède un fondement plus solide. Il s'inspire du principe fondamental du

law that, in order to attract criminal liability, an act must be voluntary. Voluntariness in this sense has ordinarily referred to the *actus reus* element of an offence. It queries whether the actor had control over the movement of her body or whether the wrongful act was the product of a conscious will. Although duress does not negate ordinarily *actus reus per se* (just as it does not ordinarily negate *mens rea* as we have just seen), the principle of voluntariness, unlike that of “moral blamelessness”, can remain relevant in the context of s. 7 even after the basic elements of the offence have been established. Unlike the concept of “moral blamelessness”, duress in its “voluntariness” perspective can more easily be constrained and can therefore more justifiably fall within the “principles of fundamental justice”, even after the basic elements of the offence have been established.

Let us examine the notion of “voluntariness” and its interplay with duress more closely. As Dickson J. stated in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, at p. 522, “it is basic principle that absence of volition in respect of the act involved is always a defence to a crime. A defence that the act is involuntary entitles the accused to a complete and unqualified acquittal.” Dickson J.’s pronouncement was endorsed by the Court in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871. The principle of voluntariness was given constitutional status in *Daviault, supra*, at pp. 102-3, where Cory J. held for the majority that it would infringe s. 7 of the *Charter* to convict an accused who was not acting voluntarily, as a fundamental aspect of the *actus reus* would be absent. More recently, in *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, the crucial role of voluntariness as a condition of the attribution of criminal liability was again confirmed (at para. 1, *per* Binnie J., and paras. 155-58, *per* Bastarache J.) in an appeal concerning the defence of automatism.

droit criminel selon lequel un acte doit être volontaire pour que la responsabilité criminelle soit engagée. Le caractère volontaire dans ce sens renvoie habituellement à l’*actus reus* d’une infraction. On se demande alors si l’acteur contrôlait les mouvements de son corps ou encore si l’acte répréhensible était réfléchi. Bien que la contrainte n’annule pas habituellement l’*actus reus* même (tout comme elle n’annule pas habituellement la *mens rea*, comme nous venons de le voir), le principe du caractère volontaire, à la différence du « caractère irréprochable au sens moral », peut demeurer pertinent dans le contexte de l’art. 7 même après que l’existence des éléments fondamentaux de l’infraction a été établie. Contrairement au concept du « caractère irréprochable au sens moral », la contrainte, du point de vue du « caractère volontaire », peut être circonscrite plus facilement et peut donc relever plus légitimement des « principes de justice fondamentale », même après que l’existence des éléments fondamentaux de l’infraction a été établie.

Examinons de plus près la notion du « caractère volontaire » et son interaction avec la contrainte. Comme l’a rappelé le juge Dickson dans l’arrêt *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, p. 522, « il demeure un principe fondamental que l’absence de volonté à l’égard de l’acte visé constitue toujours un moyen de défense à un acte criminel. Alléguer en défense que l’acte est involontaire donne à l’accusé le droit d’être complètement et inconditionnellement acquitté. » La Cour a souscrit à cette affirmation du juge Dickson dans l’arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871. Le principe du caractère volontaire a été constitutionnalisé dans l’arrêt *Daviault*, précité, p. 102-103, où le juge Cory a conclu, au nom des juges majoritaires, qu’il serait contraire à l’art. 7 de la *Charte* de condamner un accusé qui n’a pas agi volontairement étant donné qu’un aspect fondamental de l’*actus reus* serait absent. Plus récemment, dans un arrêt concernant le moyen de défense fondé sur l’automatisme, à savoir *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, le rôle crucial du caractère volontaire en tant que condition d’imputation de la responsabilité criminelle a de nouveau été confirmé (par. 1, le juge Binnie, et par. 155-158, le juge Bastarache).

44

In introducing the concept of moral voluntariness in *Perka*, the Court specifically linked it to the more familiar notion of physical voluntariness discussed above. Dickson J. acknowledged that the two concepts are not identical. The lost alpinist, for instance, does not act in a literally involuntary fashion; he is physically capable of avoiding the criminal act. Fletcher, *supra*, at p. 803, puts forth another example, more pertinent to the defence of duress. Suppose someone puts a knife in the accused's hand and forces it into the victim's chest. The accused's body is literally overpowered, as is her will. Consider next the situation of someone who gives the accused a knife and orders her to stab the victim or else be killed herself. Unlike the first scenario, moral voluntariness is not a matter of physical dimension. The accused here retains conscious control over her bodily movements. Yet, like the first actor, her will is overborne, this time by the threats of another. Her conduct is not, in a realistic way, freely chosen.

En introduisant le concept du caractère volontaire au sens moral dans l'arrêt *Perka*, la Cour l'a expressément relié à celui mieux connu du caractère volontaire au sens physique mentionné plus haut. Le juge Dickson a reconnu que les deux concepts ne sont pas identiques. L'alpiniste perdu, par exemple, n'agit pas de façon vraiment involontaire; il est physiquement en mesure d'éviter d'accomplir l'acte criminel. Fletcher, *op. cit.*, p. 803, donne un autre exemple plus pertinent en ce qui concerne le moyen de défense fondé sur la contrainte. Supposons que quelqu'un mette un couteau dans la main de l'accusé et l'enfonce dans la poitrine de la victime. L'accusé se trouve alors littéralement subjugué physiquement et mentalement. Prenons maintenant le cas d'une personne qui donne un couteau à l'accusé et lui ordonne de poignarder la victime, sinon c'est lui qui mourra. Contrairement au premier scénario, le caractère volontaire au sens moral n'a pas de dimension physique. L'accusé dans ce cas-ci contrôle toujours consciemment ses mouvements. Pourtant, à l'instar du premier acteur, sa volonté est subjuguée, cette fois, par les menaces d'une autre personne. Sa conduite ne résulte pas de façon réaliste d'un libre choix.

45

What underpins both of these conceptions of voluntariness is the critical importance of autonomy in the attribution of criminal liability: *Perka*, *supra*, at pp. 250-51; Fletcher, *supra*, at p. 805. The treatment of criminal offenders as rational, autonomous and choosing agents is a fundamental organizing principle of our criminal law. Its importance is reflected not only in the requirement that an act must be voluntary, but also in the condition that a wrongful act must be intentional to ground a conviction. *Sault Ste. Marie, Re B.C. Motor Vehicle Act*, and *Vaillancourt* all stand for the proposition that a guilty verdict requires intentional conduct or conduct equated to it like recklessness or gross negligence. Like voluntariness, the requirement of a guilty mind is rooted in respect for individual autonomy and free will and acknowledges the importance of those values to a free and democratic society: *Martineau*, *supra*, at pp. 645-46. Criminal liability also depends on the capacity to choose — the ability to reason right from wrong. As McLachlin J. observed in *Chaulk*,

Ce qui sous-tend ces deux conceptions du caractère volontaire, c'est l'importance cruciale que l'autonomie revêt dans l'imputation de la responsabilité criminelle: *Perka*, précité, p. 250-251; Fletcher, *op. cit.*, p. 805. Un principe directeur fondamental de notre droit criminel veut que les auteurs d'une infraction criminelle soient considérés comme des personnes douées de raison et autonomes qui font des choix. L'importance de ce principe se reflète non seulement dans l'exigence qu'un acte soit volontaire, mais aussi dans la condition que l'acte répréhensible demeure intentionnel pour justifier une déclaration de culpabilité. Les arrêts *Sault Ste-Marie* et *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, de même que *Vaillancourt*, permettent tous d'affirmer que, pour qu'un verdict de culpabilité soit prononcé, il doit y avoir conduite intentionnelle ou conduite qui s'y apparente, comme l'insouciance ou la négligence grave. À l'instar du caractère volontaire, l'exigence d'intention coupable tient au respect de l'autonomie et du libre arbitre de l'individu et elle reconnaît l'import-

supra, at p. 1396, in the context of the insanity provisions of the *Criminal Code*, this assumption of the rationality and autonomy of human beings forms part of the essential premises of Canadian criminal law:

At the heart of our criminal law system is the cardinal assumption that human beings are rational and autonomous: G. Ferguson, “A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, at p. 140. This is the fundamental condition upon which criminal responsibility reposes. Individuals have the capacity to reason right from wrong, and thus to choose between right and wrong. Ferguson continues (at p. 140):

It is these dual capacities — reason and choice — which give moral justification to imposing criminal responsibility and punishment on offenders. If a person can reason right from wrong and has the ability to choose right or wrong, then attribution or responsibility and punishment is morally justified or deserved when that person consciously chooses wrong.

Punishing a person whose actions are involuntary in the physical sense is unjust because it conflicts with the assumption in criminal law that individuals are autonomous and freely choosing agents: see Shaffer, *supra*, at pp. 449-50. It is similarly unjust to penalize an individual who acted in a morally involuntary fashion. This is so because his acts cannot realistically be attributed to him, as his will was constrained by some external force. As Dennis Klimchuk states in “Moral Innocence, Normative Involuntariness, and Fundamental Justice” (1998), 18 C.R. (5th) 96, at p. 102, the accused’s agency is not implicated in her doing. In the case of morally involuntary conduct, criminal attribution points not to the accused but to the

tance de ces valeurs dans une société libre et démocratique : *Martineau*, précité, p. 645-646. La responsabilité criminelle dépend également de la capacité de choisir — la capacité de distinguer le bien du mal. Comme l’a fait remarquer le juge McLachlin dans l’arrêt *Chaulk*, précité, p. 1396, dans le contexte des dispositions du *Code criminel* relatives à l’aliénation mentale, ce postulat selon lequel les êtres humains sont doués de raison et autonomes fait partie des prémisses essentielles du droit criminel canadien :

Au cœur même de notre système pénal on trouve le postulat cardinal selon lequel les êtres humains sont doués de raison et sont autonomes: G. Ferguson, «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, à la p. 140. C’est la condition fondamentale de la responsabilité pénale. Les personnes ont la capacité de distinguer par la raison le bien du mal et donc la capacité de choisir entre le bien et le mal. Ferguson poursuit (à la p. 140):

[TRADUCTION] C’est cette double capacité — la raison et le choix — qui constitue la justification morale de l’imputation de la responsabilité criminelle et l’imposition de peines aux contrevenants. Si une personne peut distinguer le bien du mal et si elle a la capacité de choisir entre le bien et le mal, alors l’imputation de la responsabilité et l’imposition de peines sont moralement justifiées et méritées quand la personne choisit consciemment le mal.

Il est injuste de punir une personne dont les actes sont involontaires au sens physique, car cela contredit le postulat de droit criminel selon lequel les individus sont des acteurs autonomes choisissant librement : voir Shaffer, *loc. cit.*, p. 449-450. De la même façon, il est injuste de pénaliser une personne qui a agi d’une manière moralement involontaire. En effet, les actes qu’elle a accomplis ne peuvent pas, de façon réaliste, lui être imputés puisqu’une force extérieure inhibait sa volonté. Comme l’affirme Dennis Klimchuk dans « Moral Innocence, Normative Involuntariness, and Fundamental Justice » (1998), 18 C.R. (5th) 96, p. 102, l’accusé n’a pas choisi d’agir comme il l’a fait. Dans le cas d’une conduite moralement involontaire, l’imputation de la responsabilité criminelle devient fonction non pas de l’accusé, mais plutôt de l’urgence de la situation dans laquelle il se trou-

exigent circumstances facing him, or to the threats of someone else. Klimchuk explains at p. 104:

In short, normatively involuntary actions share with actions that are involuntary in the sense relevant to negating *actus reus* the exculpatorily relevant feature that renders the latter immune from criminal censure, namely, that involuntary actions resist imputation to the actor putatively responsible for their commission.

47 Although moral involuntariness does not negate the *actus reus* or *mens rea* of an offence, it is a principle which, similarly to physical involuntariness, deserves protection under s. 7 of the *Charter*. It is a principle of fundamental justice that only voluntary conduct — behaviour that is the product of a free will and controlled body, unhindered by external constraints — should attract the penalty and stigma of criminal liability. Depriving a person of liberty and branding her with the stigma of criminal liability would infringe the principles of fundamental justice if the accused did not have any realistic choice. The ensuing deprivation of liberty and stigma would have been imposed in violation of the tenets of fundamental justice and would thus infringe s. 7 of the *Charter*.

C. *Do the Immediacy and Presence Requirements in Section 17 Infringe the Principle of Involuntariness in the Attribution of Criminal Responsibility?*

48 It remains to be seen whether s. 17 respects this guiding principle of criminal justice that demands that society refrain from punishing morally involuntary action. The respondent argues that s. 17 of the *Criminal Code* does indeed infringe s. 7 of the *Charter* by reason of its underinclusiveness. The strictness of the immediacy and presence requirements in s. 17 means that individuals could be found guilty of involuntary actions.

49 Section 17 limits the defence of duress to a person who is compelled to commit an offence under threats of immediate death or bodily harm from a

vait ou encore des menaces qu'une autre personne lui a faites. Klimchuk explique, à la p. 104 :

[TRADUCTION] Bref, les actes involontaires sur le plan normatif partagent, avec les actes considérés comme involontaires pour annuler l'*actus reus*, une caractéristique disculpatoire commune qui contribue à soustraire ces derniers à toute sanction criminelle, soit que la responsabilité d'actes involontaires ne saurait être imputée à la personne qui les aurait accomplis.

Bien que le caractère involontaire au sens moral n'annule ni l'*actus reus* ni la *mens rea* d'une infraction, il s'agit d'un principe qui, à l'instar du caractère involontaire au sens physique, mérite d'être protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Un principe de justice fondamentale veut que seule la conduite volontaire — le comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne qui a la maîtrise de son corps, en l'absence de toute contrainte extérieure — entraîne l'imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque. Priver un accusé de sa liberté et le marquer du stigmate de la responsabilité criminelle contreviendrait aux principes de justice fondamentale dans le cas où aucun choix réaliste ne s'offrait à lui. La privation de liberté et la stigmatisation qui s'ensuivraient contreviendraient aux préceptes de justice fondamentale et, partant, à l'art. 7 de la *Charte*.

C. *Les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 contreviennent-elles au principe du caractère involontaire dans l'imputation de la responsabilité criminelle?*

Il reste à examiner si l'art. 17 respecte le principe directeur de la justice criminelle selon lequel la société ne doit pas punir les actes moralement involontaires. L'intimée prétend que l'art. 17 du *Code criminel* viole effectivement l'art. 7 de la *Charte* en raison de sa portée trop limitative. En raison de leur rigueur, les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 font en sorte que des individus pourraient être reconnus coupables d'avoir accompli des actes involontaires.

L'article 17 prévoit que le moyen de défense fondé sur la contrainte ne peut être invoqué que par un prévenu qui a commis une infraction sous

person who is present when the offence is committed. To counter the respondent's arguments, the appellant's key submission was that s. 17 is capable of being read down in a way that would make it less restrictive and more consistent with the *Charter*. The appellant argues that the immediacy and presence requirements do not dictate that the threatener be physically present at the scene of the crime. Rather, they require a temporal connection between the commission of the offence and the threatener's presence, in the sense that the threatener must be able to execute the threat immediately should the accused fail to comply. The respondent replies that the appellant's proposed interpretation would stretch the language of s. 17 beyond recognition. As counsel for one of the interveners put it during the hearing of this appeal, it would amount to construing presence as absence and immediate as sometime later.

The plain meaning of s. 17 is quite restrictive in scope. Indeed, the section seems tailor-made for the situation in which a person is compelled to commit an offence at gun point. The phrase "present when the offence is committed", coupled with the immediacy criterion, indicates that the person issuing the threat must be either at the scene of the crime or at whatever other location is necessary to make good on the threat without delay should the accused resist. Practically speaking, a threat of harm will seldom qualify as immediate if the threatener is not physically present at the scene of the crime.

The Court has in the past construed s. 17 in a narrow fashion. *R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114, and *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189, are the two leading cases on the interpretation of s. 17. The accused in *Carker* was an inmate at a prison in British Columbia. He damaged the plumbing fixtures in his cell during a prison riot and was charged with public mischief. At trial, he conceded that he committed the offence, but asserted that he was acting under the compulsion

l'effet de menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles proférées par une personne présente lors de l'infraction. Pour répondre aux arguments de l'intimée, l'appelante a principalement fait valoir que l'art. 17 peut recevoir une interprétation atténuée qui le rendrait moins restrictif et plus compatible avec la *Charte*. L'appelante soutient que les exigences d'immédiateté et de présence ne requièrent pas la présence physique de l'auteur des menaces sur les lieux du crime. Elles imposent plutôt l'existence d'un lien temporel entre la commission de l'infraction et la présence de l'auteur des menaces, en ce sens que ce dernier doit être en mesure de mettre ses menaces à exécution immédiatement si l'accusé ne lui obéit pas. L'intimée réplique que l'interprétation proposée par l'appelante dénaturerait complètement le texte de l'art. 17. Comme l'a souligné à l'audience l'avocat d'un intervenant, cela reviendrait à interpréter « présente » comme « absente » et « immédiate » comme « ultérieure ».

Le sens ordinaire de l'art. 17 garde une portée très restrictive. En fait, cet article semble spécialement conçu pour répondre à la situation dans laquelle une personne est forcée de commettre une infraction sous la menace d'un pistolet. L'expression « présente lorsque l'infraction est commise », conjuguée au critère d'immédiateté, indique que l'auteur des menaces doit se trouver sur les lieux du crime ou encore à tout autre endroit où il lui sera possible de mettre ses menaces à exécution immédiatement si la personne qu'il menace refuse d'obtempérer. En pratique, des menaces de préjudice sont rarement considérées comme immédiates si leur auteur n'est pas physiquement présent sur les lieux du crime.

Notre Cour a déjà interprété l'art. 17 de façon stricte. Les arrêts *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114, et *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, constituent les deux arrêts de principe en matière d'interprétation de l'art. 17. L'accusé dans l'affaire *Carker* était détenu dans une prison de la Colombie-Britannique. Il avait endommagé les installations sanitaires de sa cellule au cours d'une émeute et avait été inculpé de méfait public. Au procès, il a reconnu avoir commis l'infraction,

50

51

of threats by other prisoners that he would be physically injured or killed if he did not participate in the riot. Ritchie J. maintained that the defence of duress was not available to Mr. Carker, as the other prisoners were not present in his cell when he committed the offence but rather locked in their own cells. In addition, Ritchie J. found the threat was of future harm, as the prisoners, who were locked in separate cells, were unable to carry out their threat immediately, had Mr. Carker resisted.

mais il a soutenu qu'il avait agi sous l'effet de la contrainte exercée par les menaces d'autres détenus, qui lui avaient dit qu'ils le blesseraient ou le tueraient s'il ne participait pas à l'émeute. Le juge Ritchie a estimé que M. Carker ne pouvait pas invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte étant donné que les autres détenus ne se trouvaient pas dans sa cellule, mais étaient plutôt enfermés dans leurs propres cellules au moment de l'infraction. En outre, le juge Ritchie a conclu qu'il y avait eu menace de préjudice futur étant donné que les détenus, qui étaient enfermés dans des cellules distinctes, n'étaient pas en mesure de mettre à exécution leurs menaces immédiatement si M. Carker refusait d'obtempérer.

52

The Court's reasons in *Carker* reveal that the words "immediate" and "present" impose both temporal and spatial limitations on the defence. They indicate that the threat of harm must be contemporaneous with the commission of the offence, in the sense that it must be capable of immediate execution if the accused refuses to comply. In addition, *Carker* clearly implies that the threatener must be present at the scene of the crime. The following passage from Martland J.'s reasons in *Paquette*, at p. 193, appears to confirm this interpretation of s. 17 as requiring the threatener to be present both when and where the offence is committed:

In my opinion the application of s. 17 is limited to cases in which the person seeking to rely upon it has himself committed an offence. If a person who actually commits the offence does so in the presence of another party who has compelled him to do the act by threats of immediate death or grievous bodily harm, then, if he believes the threats would be carried out, and is not a party to a conspiracy whereby he is subject to such compulsion, he is excused for committing the offence. [Emphasis added.]

Carker and *Paquette* state clearly that s. 17 means the threatener must be physically present at the scene of the offence, at the time it takes place, otherwise the defence of duress is not available to the accused.

Il ressort des motifs de notre Cour, dans l'arrêt *Carker*, que les adjectifs « immédiate » et « présente » imposent à ce moyen de défense des limites à la fois temporelles et spatiales. Ils indiquent que les menaces de préjudice doivent être proférées au moment de la perpétration de l'infraction en ce sens qu'elles doivent pouvoir être mises à exécution immédiatement si l'accusé refuse d'obtempérer. De plus, l'arrêt *Carker* souligne clairement que l'auteur des menaces doit se trouver sur les lieux du crime. Le passage suivant des motifs du juge Martland, dans l'arrêt *Paquette*, p. 193, paraît confirmer que cette interprétation de l'art. 17 exige que l'auteur des menaces soit présent à la fois au moment et à l'endroit où l'infraction est commise :

À mon avis, l'art. 17 ne s'applique que lorsque la personne qui l'invoque a elle-même perpétré une infraction. Ainsi lorsqu'une personne commet une infraction sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles graves de la part d'une personne présente lors de la perpétration de l'infraction, elle est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croyait que les menaces seraient mises à exécution et si elle n'était partie à aucun complot par lequel elle était soumise à la contrainte. [Je souligne.]

D'après les arrêts *Carker* et *Paquette*, il est clair que l'art. 17 signifie que l'auteur des menaces doit être physiquement présent à l'endroit et au moment où l'infraction est commise. À défaut, l'accusé ne peut pas invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte.

I agree with the respondent that a threat will seldom meet the immediacy criterion if the threatener is not physically present at or near the scene of the offence. The immediacy and presence requirements, taken together, clearly preclude threats of future harm.

Neither the words of s. 17 nor the Court's reasons in *Carker* and *Paquette* dictate that the target of the threatened harm must be the accused. They simply require that the threat must be made to the accused. Section 17 may thus include threats against third parties. However, as discussed above, the language of s. 17 does not appear capable of supporting a more flexible interpretation of the immediacy and presence requirements. Even if the threatened person, for example, is a family member, and not the accused person, the threatener or his accomplice must be at or near the scene of the crime in order to effect the harm immediately if the accused resists. Thus, while s. 17 may capture threats against third parties, the immediacy and presence criteria continue to impose considerable obstacles to relying on the defence in hostage or other third party situations.

Thus, by the strictness of its conditions, s. 17 breaches s. 7 of the *Charter* because it allows individuals who acted involuntarily to be declared criminally liable. Having said that, it will be interesting to see how the common law addresses the problem of duress, especially with respect to the immediacy component. In that regard, we will have the opportunity to see how the common law on duress in Canada, Great Britain, Australia, and even in some U.S. jurisdictions is often more liberal than what s. 17 provides and takes better account of the principle of voluntariness. This will confirm the view that s. 17 is overly restrictive and therefore breaches s. 7 of the *Charter*. We recall that the principles of fundamental justice may be distilled from the "legal principles which have historically been reflected in the law of this and other similar states" (*Seaboyer, supra*, at p. 603). Exam-

Je suis d'accord avec l'intimée pour reconnaître que des menaces satisferont rarement au critère d'immédiateté si leur auteur n'est pas physiquement présent sur les lieux de l'infraction ou près de ceux-ci. Les exigences d'immédiateté et de présence, prises ensemble, excluent nettement les menaces de préjudice futur.

Ni le texte de l'art. 17 ni les motifs de notre Cour dans les arrêts *Carker* et *Paquette* n'exigent que les menaces de préjudice soient proférées contre l'accusé. Ils demandent uniquement que les menaces soient proférées à l'accusé. L'article 17 peut donc inclure des menaces contre des tiers. Cependant, comme nous l'avons vu, le libellé de l'art. 17 ne paraît pas susceptible d'étayer une interprétation plus souple des exigences d'immédiateté et de présence. Même si la personne menacée est, par exemple, un membre de la famille et non pas l'accusé lui-même, l'auteur des menaces ou son complice doit se trouver sur les lieux du crime ou près de ceux-ci afin de pouvoir causer le préjudice immédiatement si l'accusé refuse d'obtempérer. En conséquence, même si l'art. 17 peut viser les menaces contre des tiers, les critères d'immédiateté et de présence entravent toujours considérablement l'accès à ce moyen de défense dans le cas de prises d'otages ou d'autres situations impliquant des tiers.

Ainsi, en raison de la rigueur de ses conditions, l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* puisqu'il permet de déclarer criminellement responsables des individus qui ont agi involontairement. Cela dit, il sera intéressant d'étudier comment la common law aborde le problème de la contrainte, particulièrement sur le plan de l'immédiateté. À cet égard, nous aurons l'occasion de voir comment la common law en matière de contrainte au Canada, en Grande-Bretagne, en Australie et même dans certains ressorts américains s'avère souvent plus libérale que les règles de l'art. 17 et tient mieux compte du principe du caractère volontaire. Cela confirmera le point de vue selon lequel l'art. 17 reste trop restrictif et viole donc l'art. 7 de la *Charte*. Rappelons-nous que les principes de justice fondamentale « font partie depuis toujours des règles de droit au Canada et dans d'autres États

53

54

55

ining the common law of other states like Great Britain and Australia to confirm our interpretation of s. 7 will therefore be relevant. The analysis of duress in common law will also be useful as it will shed some light on the appropriate rules which had to be applied to the defence of the accused in the case at bar and which will now be applied in all other cases, once s. 17 of the *Criminal Code* is partially struck down.

D. *The Common Law of Duress*

1. The Canadian Common Law of Duress

56 In Canada, the common law defence of duress has freed itself from the constraints of immediacy and presence and thus appears more consonant with the values of the *Charter*. It was never completely superseded by the provision of the *Criminal Code*. The Court held in *Paquette* and *Hibbert*, *supra*, that the common law defence remained available, notwithstanding s. 17, to parties to an offence (as opposed to persons who committed an offence as principals).

57 In *Hibbert*, the Court reexamined and restated the rules governing the common law defence of duress. Writing for a unanimous Court, Lamer C.J. found that the problem of the defence of duress arises when a person is subjected to an external danger, in this case, intentional threats of physical harm or of death from a person, and commits a criminal act to avoid the threatened harm. In Lamer C.J.'s view, the defence of duress constitutes an excuse that does not ordinarily negate either criminal intent or *actus reus*. When it is open to the accused, it relieves him of the penal consequences and stigma of a finding of criminal liability.

58 After a thorough canvassing of the jurisprudence, Lamer C.J. identified the elements of the defence of duress. But prior to that, he pointed out

semblables » (*Seaboyer*, précité, p. 603). Il sera donc utile d'examiner la common law d'autres États comme la Grande-Bretagne et l'Australie pour confirmer le bien-fondé de notre interprétation de l'art. 7. L'analyse de la contrainte en common law verra son utilité confirmée du fait qu'elle permettra de clarifier les règles qui devaient être appliquées au moyen de défense de l'accusée en l'espèce et qui deviendront dorénavant applicables dans tous les autres cas, après l'invalidation partielle de l'art. 17 du *Code criminel*.

D. *La contrainte en common law*

1. La contrainte en common law canadienne

Au Canada, le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte échappe désormais aux restrictions d'immédiateté et de présence et paraît donc s'accorder davantage avec les valeurs de la *Charte*. La disposition du *Code criminel* ne l'a jamais complètement remplacé. Dans les arrêts *Paquette* et *Hibbert*, précités, notre Cour a conclu que, malgré l'art. 17, la personne qui a participé à une infraction (par opposition à l'auteur principal d'une infraction) peut toujours invoquer le moyen de défense de common law.

Dans l'arrêt *Hibbert*, la Cour a réexaminé et reformulé les règles régissant le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Le juge en chef Lamer a conclu, au nom de l'ensemble de notre Cour, que le problème du moyen de défense fondé sur la contrainte se pose lorsqu'une personne exposée à un danger extérieur, en l'occurrence des menaces intentionnelles de lésions corporelles ou de mort de la part d'une autre personne, commet un acte criminel pour éviter que ces menaces soient mises à exécution. Selon le juge en chef Lamer, le moyen de défense fondé sur la contrainte constitue une excuse qui n'annule habituellement ni l'intention criminelle ni l'*actus reus*. Il permet à l'accusé en mesure de l'invoquer d'échapper aux conséquences pénales et à la stigmatisation de l'imputation d'une responsabilité criminelle.

À la suite d'une analyse approfondie de la jurisprudence, le juge en chef Lamer a relevé les éléments du moyen de défense fondé sur la con-

that in *Paquette, supra*, the Court had already held that the common law defence of duress remained a part of the criminal law of Canada. The adoption of s. 17 had not abrogated it and it applied to participants to a criminal act, who did not fall under s. 17. Lamer C.J. acknowledged that the law relating to duress has been plagued, nonetheless, with some uncertainties and inconsistencies since the beginning of its development. This is understandable. Duress involves the resolution of conflicts between individual rights and duties to others or obligations as a citizen. The analysis and determination of the rules governing duress should not take place in a vacuum where courts would focus only on the position and rights of the threatened party. The rights of third parties, more particularly the intended victims, may also be involved. The interest of the State or society in the preservation of public order and the proper application of laws will also be engaged.

The assessment of a defence of duress at common law may carry with it a number of practical risks and problems relating to evidence. At times, as in the case at bar, proof of the defence may rest on little more than the accused's own evidence. Verification of a spurious claim of duress may prove difficult. Hence, courts should be alive to the need to apply reasonable, but strict standards for the application of the defence. In the end, much will depend on the evaluation of the evidence and on the soundness of the instructions given to jurors during a jury trial. In *Perka, supra*, and more recently in *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1, this Court outlined three essential elements which must be considered in assessing a defence of necessity. It held that such a defence must meet three clear and strict conditions in order to be left to a jury. These three conditions were identified as follows in *Latimer*: clear and imminent danger (para. 29), absence of any reasonable legal alternative to breaking the law (para. 30) and proportionality between harm inflicted and harm avoided, in the sense that the harm avoided must be either

trainte. Toutefois, il a préalablement souligné que notre Cour avait déjà statué, dans l'arrêt *Paquette*, précité, que ce moyen de défense de common law faisait toujours partie du droit criminel canadien. L'adoption de l'art. 17 n'avait pas eu pour effet de l'abolir et il s'appliquait aux personnes qui, bien que participantes à un acte criminel, ne tombaient pas sous le coup de l'art. 17. Le juge en chef Lamer a cependant reconnu que le droit en matière de contrainte a toujours été marqué par des incertitudes et des incohérences. Cela est compréhensible. La contrainte implique la résolution de conflits entre les droits d'un individu et les obligations qu'il a envers autrui ou celles qui lui incombent en tant que citoyen. L'analyse et la détermination des règles régissant la contrainte ne devraient pas se faire sur une table rase où les tribunaux se concentreraient uniquement sur la situation et les droits de la partie qui reçoit les menaces. Les droits de tiers, plus particulièrement ceux des victimes éventuelles, peuvent également être en cause. L'intérêt de l'État ou de la société dans le maintien de l'ordre public et l'application régulière de la loi interviennent également.

L'appréciation d'un moyen de défense de common law fondé sur la contrainte peut, en pratique, comporter un certain nombre de risques et de problèmes en matière de preuve. Il peut parfois arriver, comme c'est le cas en l'espèce, que la preuve de la défense repose presque exclusivement sur le témoignage de l'accusé. Il peut se révéler difficile de contrôler la mise en œuvre d'un moyen de défense fallacieux fondé sur la contrainte. Les tribunaux doivent donc être conscients de la nécessité de recourir à des normes raisonnables mais strictes pour appliquer ce moyen de défense. En définitive, l'évaluation de la preuve et la justesse des directives données aux jurés auront une grande incidence. Dans l'arrêt *Perka*, précité, et plus récemment dans l'arrêt *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, notre Cour a exposé trois éléments essentiels qu'il est indispensable de prendre en compte dans l'appréciation d'un moyen de défense fondé sur la nécessité. Elle a conclu qu'un tel moyen de défense doit remplir trois conditions claires et strictes pour pouvoir être soumis à l'appréciation d'un jury. Ces trois conditions ont été

comparable to or clearly greater than the harm inflicted (para. 31).

décrites de la façon suivante dans l'arrêt *Latimer* : l'existence d'un danger imminent et évident (par. 29), l'absence de solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi (par. 30) et l'existence de proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité, en ce sens que le mal évité doit être comparable au mal infligé ou être nettement plus grand (par. 31).

60

Like necessity, the common law rule of duress evolved from attempts at striking a proper balance between those conflicting interests of the accused, of the victims and of society. It also sought to establish a hierarchy between them, as a full reconciliation appears problematic in this area of the law. Operating so as to avoid imposing the burden of criminal responsibility on an accused for an involuntary act, as discussed above, the defence of duress does not negate either the *mens rea* or *actus reus* of the crime, and will excuse the accused although Lamer C.J. left open, in the case of some unspecified criminal offences, that it might also negate the criminal intent or raise doubts about its existence (see *Hibbert, supra*, at para. 45).

À l'instar de la nécessité, la règle de common law en matière de contrainte a d'abord consisté à tenter d'établir un équilibre convenable entre les intérêts opposés de l'accusé, de la victime et de la société. Elle a aussi consisté à tenter d'établir un ordre de priorité parmi ces intérêts, étant donné que leur conciliation totale paraît problématique dans ce domaine du droit. Le moyen de défense fondé sur la contrainte qui, comme nous l'avons vu, permet à un accusé d'éviter que sa responsabilité criminelle soit engagée pour un acte qu'il a accompli involontairement n'annule ni la *mens rea* ni l'*actus reus* du crime. Toutefois, ce moyen excuse l'accusé, bien que le juge en chef Lamer n'ait pas écarté la possibilité que, dans le cas de certaines infractions criminelles non précisées, il annule aussi l'intention criminelle ou soulève des doutes quant à son existence (voir *Hibbert*, précité, par. 45).

61

This particular excuse focuses on the search for a safe avenue of escape (see *Hibbert, supra*, at paras. 55 and 62), but rejects a purely subjective standard, in the assessment of the threats. The courts have to use an objective-subjective standard when appreciating the gravity of the threats and the existence of an avenue of escape. The test requires that the situation be examined from the point of view of a reasonable person, but similarly situated. The courts will take into consideration the particular circumstances where the accused found himself and his ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics. The process involves a pragmatic assessment of the position of the accused, tempered by the need to avoid negating criminal liability on the basis of a purely subjective and unverifiable excuse. A similar approach is also to be used in the application of the

Cette excuse particulière se concentre sur la recherche d'un moyen de s'en sortir sans danger (voir *Hibbert*, précité, par. 55 et 62), mais elle rejette l'application d'une norme purement subjective dans l'appréciation des menaces. Les tribunaux doivent appliquer une norme à la fois objective et subjective pour apprécier la gravité des menaces et déterminer si l'accusé avait un moyen de s'en sortir. Suivant cette norme, la situation doit être examinée du point de vue d'une personne raisonnable, mais qui se trouve dans une situation similaire. Les tribunaux prendront en considération la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles. Le processus comporte une appréciation pragmatique de la situation de l'accusé, tempérée par la nécessité d'éviter

defence of necessity (see *Latimer, supra*, at paras. 26 ff.).

The common law of duress, as restated by this Court in *Hibbert* recognizes that an accused in a situation of duress does not only enjoy rights, but also has obligations towards others and society. As a fellow human being, the accused remains subject to a basic duty to adjust his or her conduct to the importance and nature of the threat. The law includes a requirement of proportionality between the threat and the criminal act to be executed, measured on the objective-subjective standard of the reasonable person similarly situated. The accused should be expected to demonstrate some fortitude and to put up a normal resistance to the threat. The threat must be to the personal integrity of the person. In addition, it must deprive the accused of any safe avenue of escape in the eyes of a reasonable person, similarly situated.

Lamer C.J.'s reasons in *Hibbert* followed closely the thrust of the analysis of the defence of necessity by Dickson J. in *Perka, supra*. Dickson J.'s comments remain particularly relevant. They emphasize the seriousness of the threat to the integrity of the person that is necessary to open the defence of necessity to an accused. In the assessment of the nature of the circumstances that may trigger the defence of necessity, while writing for the majority of the Court, Dickson J. held that in order to apply the defence of necessity, evidence should be introduced of a clear and imminent peril at the point in time where complying with the law becomes demonstrably impossible (p. 251).

According to Lamer C.J. in *Hibbert*, the defences of duress and necessity share the same juristic principles. Nevertheless, they target two

d'écarter la responsabilité criminelle sur la foi d'une excuse purement subjective et invérifiable. Une méthode similaire doit aussi être adoptée pour appliquer le moyen de défense fondé sur la nécessité (voir *Latimer*, précité, par. 26 et suiv.).

Comme notre Cour l'a réitéré dans l'arrêt *Hibbert*, les règles de common law sur la contrainte reconnaissent qu'un accusé soumis à une contrainte ne possède pas seulement des droits, mais encourt également des obligations envers autrui et la société. L'accusé assume, envers les autres êtres humains, l'obligation fondamentale d'adapter sa conduite en fonction de la gravité et de la nature des menaces proférées. Le droit applicable comporte une exigence de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel à accomplir, évaluée en fonction de la norme à la fois objective et subjective de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire. On doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées. Les menaces doivent viser l'intégrité de la personne. De plus, elles doivent priver l'accusé de tout moyen de s'en sortir sans danger, selon la norme de la personne raisonnable placée dans une situation similaire.

Les motifs rédigés par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Hibbert* suivent de près l'idée maîtresse de l'analyse du moyen de défense fondé sur la nécessité que le juge Dickson a faite dans l'arrêt *Perka*, précité. Les observations du juge Dickson demeurent particulièrement pertinentes. Elles mettent l'accent sur la gravité des menaces à l'intégrité de la personne qui est nécessaire pour qu'un accusé invoque avec succès le moyen de défense fondé sur la nécessité. En appréciant la nature des circonstances susceptibles de déclencher l'application de ce moyen de défense, le juge Dickson a conclu, au nom de la Cour à la majorité, que le prévenu doit produire une preuve de l'existence d'un danger évident et imminent à un moment où l'obéissance à la loi est manifestement impossible (p. 251).

D'après le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *Hibbert*, le moyen de défense fondé sur la contrainte et celui fondé sur la nécessité reposent sur

62

63

64

different situations. In the case of necessity, the accused is a victim of circumstances. Duress finds its origin in man's wrongful acts. Moreover, Lamer C.J. drew some distinctions between the conditions of the defences of duress and of necessity. More particularly, Lamer C.J.'s reasons do not seem to have imported into the defence of duress an absolute immediacy requirement that would entirely duplicate the contents of s. 17 of the *Criminal Code*.

les mêmes principes juridiques. Néanmoins, ils visent deux situations différentes. Dans le cas de la nécessité, l'accusé est victime des circonstances. La contrainte a son origine dans les actes répréhensibles que des êtres humains accomplissent. En outre, le juge en chef Lamer a établi certaines distinctions entre les conditions applicables au moyen de défense fondé sur la contrainte et celles qui s'appliquent au moyen de défense fondé sur la nécessité. Plus particulièrement, les motifs du juge en chef Lamer ne semblent pas avoir intégré dans le moyen de défense fondé sur la contrainte une exigence absolue d'immédiateté qui correspondrait exactement au contenu de l'art. 17 du *Code criminel*.

65 The analysis in *Hibbert* remains focused on the concept of a safe avenue of escape. Although the common law defence traditionally covers situations of threats susceptible of "immediate" execution by the person present and uttering threats, this immediacy requirement has been interpreted in a flexible manner by Canadian jurisprudence and also as appears from the development of the common law in other Commonwealth countries, more particularly Great Britain and Australia. In order to cover, for example, threats to a third person, the immediacy test is interpreted as a requirement of a close connection in time, between the threat and its execution in such a manner that the accused loses the ability to act freely. A threat that would not meet those conditions, because, for example, it is too far removed in time, would cast doubt on the seriousness of the threat and, more particularly, on claims of an absence of a safe avenue of escape.

L'analyse dans l'arrêt *Hibbert* reste axée sur la notion du moyen de s'en sortir sans danger. Bien que le moyen de défense de common law vise traditionnellement des situations où l'auteur des menaces est présent et susceptible de les mettre à exécution « immédiatement », cette exigence d'immédiateté a été interprétée d'une manière souple dans la jurisprudence canadienne et comme en fait foi également l'évolution de la common law dans d'autres pays du Commonwealth, plus particulièrement en Grande-Bretagne et en Australie. Pour viser notamment les menaces proférées contre un tiers, le critère d'immédiateté est interprété comme exigeant la présence d'un lien temporel si étroit entre les menaces et leur mise à exécution que l'accusé devient incapable d'agir librement. Des menaces qui ne satisferaient pas à ces conditions parce que, par exemple, leur auteur les a proférées longtemps auparavant, contribueraient à mettre en doute leur propre gravité et, plus particulièrement, l'argument de l'absence de moyen de s'en sortir sans danger.

66 A recent case on the problem of duress is *Langlois, supra*. Writing for the Quebec Court of Appeal, Fish J.A. interpreted the defence of duress at common law as excluding the strict requirements of immediacy and presence which form an essential part of s. 17 (p. 689). Thus, in *Langlois*, the Quebec Court of Appeal upheld an acquittal based on the defence of duress in a drug trafficking case involving a prison guard. Fish J.A. held that

Le problème de la contrainte a récemment été abordé dans l'arrêt *Langlois*, précité. S'exprimant au nom de la Cour d'appel du Québec, le juge Fish a considéré que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte exclut les exigences strictes d'immédiateté et de présence qui constituent une partie essentielle de l'art. 17 (p. 689). Dans l'arrêt *Langlois*, la Cour d'appel du Québec a donc confirmé un acquittement fondé sur la

the common law defence was more flexible because it was not bound by the strict conditions imposed by s. 17 of the *Criminal Code* on the availability of the defence (at p. 689):

Notably, at common law, there is no requirement that the threats be made by a person who is present at the scene of the crime. It has been said that the threat must be “immediate” or “imminent” and that persons threatened must resort to the protection of the law if they can do so. While the defence is not available to those who have “an obvious safe avenue of escape”, I agree with Martin J.A. that the operative test is “whether the accused failed to avail himself or herself of some opportunity to escape or render the threat ineffective.” [References omitted.]

Laskin J.A.’s reasons in the case at bar have adopted a similar approach. Moreover, as we will see below, the judgments of the Quebec and Ontario Courts of Appeal on the question seem to describe correctly the state of the law in other Commonwealth countries. At the hearing, the appellant asserted that, particularly in England, the law remains unsettled if not conflicting in respect of the defence of duress. The law has evolved over time. Questions were left open or revisited by courts. In the end, though, we will see that the common law rules in England and Australia appear to accord with the principles discussed in *Hibbert* by our Court, and by the Canadian jurisprudence referred to above.

2. The English Common Law of Duress

The English common law formulation of the defence of duress now appears generally similar to its Canadian counterpart. Since the 1980s, the English Court of Appeal has recognized two species of duress: “duress by threats” and “duress of circumstances” (J. C. Smith, *Smith & Hogan: Criminal Law* (9th ed. 1999), at p. 242). Nevertheless, the jurisprudence views the assessment of

défense de contrainte dans une affaire de trafic de stupéfiants impliquant un gardien de prison. Le juge Fish a conclu que le moyen de défense de common law était plus souple vu qu’il ne se trouvait pas assujéti aux conditions strictes que l’art. 17 du *Code criminel* applique à la disponibilité de ce moyen de défense (à la p. 689) :

[TRADUCTION] En common law notamment, il n’y a aucune exigence que les menaces soient proférées par une personne présente sur les lieux du crime. On a dit que les menaces doivent être « immédiates » ou « imminentes » et que les personnes qui en font l’objet doivent recourir à la protection de la loi si elles peuvent le faire. Bien que le moyen de défense ne puisse pas être invoqué par la personne qui dispose d’« un moyen évident de s’en sortir sans danger », je conviens avec le juge Martin que le critère applicable est de « savoir si l’accusé a omis de saisir une occasion de s’en sortir ou d’échapper aux menaces. » [Renvois omis.]

Le juge Laskin adopte une méthode similaire dans les motifs qu’il a rédigés en l’espèce. De plus, comme nous le constaterons plus loin, les arrêts rendus à ce propos par les cours d’appel du Québec et de l’Ontario semblent décrire correctement l’état du droit dans d’autres pays du Commonwealth. À l’audience, l’appelante a fait valoir qu’en Angleterre notamment, le droit reste incertain, voire contradictoire, en ce qui concerne le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le droit a évolué avec le temps. Les tribunaux ont laissé certaines questions en suspens et en ont réexaminé d’autres. En fin de compte, cependant, nous verrons que les règles de common law en Angleterre et en Australie paraissent s’harmoniser avec les principes qui ont été analysés par notre Cour dans l’arrêt *Hibbert*, ainsi que dans la jurisprudence canadienne susmentionnée.

2. La contrainte en common law anglaise

De façon générale, la formulation du moyen de défense fondé sur la contrainte en common law anglaise paraît désormais semblable à celle que la common law canadienne reconnaît. Depuis les années 80, la Cour d’appel de l’Angleterre distingue deux types de contrainte : la [TRADUCTION] « contrainte résultant de menaces » et la « contrainte résultant des circonstances » (J. C. Smith,

both forms of duress as being essentially the same (*R. v. Martin*, [1989] 1 All E.R. 652 (C.A.)). Duress by threats is applicable where an accused is threatened by someone to commit a crime or else risk being physically injured or killed. Duress of circumstances, which is analogous to our defence of necessity, is available where an accused commits a crime to avert death or serious injury, but no person is demanding that he do so. The Court of Appeal's recent decision in *R. v. Abdul-Hussain*, [1998] E.W.J. No. 4183 (QL), indicates that the same principles apply to both varieties of duress (see also *Re A (Children)*, also known as the *Siamese Twins Decision*, [2000] E.W.J. No. 4875 (QL) (C.A.), at para. 203 (*per* Lord Justice Ward)).

69

The defence is available in respect of all crimes except murder, whether as a principal or as an aider/abettor (*R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.)), attempted murder (*R. v. Gotts*, [1992] 1 All E.R. 832 (H.L.)), and most forms of treason (*Lynch v. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland*, [1975] 1 All E.R. 913 (H.L.), and *Gotts*). In extreme circumstances, the defence may be available even to a charge of murder (see the *Siamese Twins Decision*, *supra*, at para. 348-58, *per* Lord Justice Brooke). The threat must be of death or serious physical harm to the accused or to a family member (*Martin*, *supra*; *Abdul-Hussain*, at para. 46). No modern case asserts that a threat of harm to an accused's property is enough to invoke the defence.

70

Like s. 17 of the *Criminal Code*, the English jurisprudence has precluded resort to the defence where the threats are made by a criminal organization which the accused voluntarily joined and knew might pressure him to engage in criminal

Smith & Hogan: Criminal Law (9^e éd. 1999), p. 242). Néanmoins, la jurisprudence considère que l'appréciation de l'une et l'autre forme de contrainte reste essentiellement la même (*R. c. Martin*, [1989] 1 All E.R. 652 (C.A.)). La contrainte résultant de menaces s'applique lorsque l'accusé est menacé de subir des lésions corporelles ou d'être assassiné, s'il ne commet pas un crime. La contrainte résultant des circonstances, qui est analogue à notre moyen de défense fondé sur la nécessité, peut être invoquée lorsque l'accusé a commis un crime pour éviter de mourir ou de subir un préjudice grave, mais sans que quelqu'un lui ait ordonné d'agir ainsi. Il ressort de l'arrêt récent de la Cour d'appel *R. c. Abdul-Hussain*, [1998] E.W.J. No. 4183 (QL), que les mêmes principes s'appliquent aux deux types de contrainte (voir également *Re A (Children)*, également connu sous le nom de *Siamese Twins Decision*, [2000] E.W.J. No. 4875 (QL) (C.A.), par. 203 (le lord juge Ward)).

L'accusé peut invoquer ce moyen de défense pour n'importe quel crime, sauf le meurtre, que ce soit en tant qu'auteur principal du crime ou de personne qui a aidé ou encouragé à le commettre (*R. c. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.)), la tentative de meurtre (*R. c. Gotts*, [1992] 1 All E.R. 832 (H.L.)), et la plupart des formes de trahison (*Lynch c. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland*, [1975] 1 All E.R. 913 (H.L.), et *Gotts*). Dans des circonstances extrêmes, ce moyen de défense peut être invoqué même à l'égard d'une accusation de meurtre (voir la *Siamese Twins Decision*, précitée, par. 348-358, le lord juge Brooke). La contrainte doit résulter de menaces de mort ou de lésions corporelles graves dirigées contre l'accusé ou contre un membre de sa famille (*Martin*, précité; *Abdul-Hussain*, par. 46). Aucune décision contemporaine ne mentionne que des menaces de dommages à la propriété du prévenu suffisent pour justifier l'utilisation de ce moyen de défense.

À l'instar de l'art. 17 du *Code criminel*, la jurisprudence anglaise ne permet pas d'invoquer la contrainte qui résulte des menaces proférées par une organisation criminelle à laquelle l'accusé s'est joint de son propre gré, en sachant qu'elle

activity (*R. v. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. v. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL)).

The House of Lords recently confirmed that the test for duress is an objective one: did the accused reasonably believe that the threat would be carried out if he did not commit the crime, and would a person of “reasonable firmness sharing the [accused’s] characteristics” have succumbed to the threat? (*Howe, supra, per Lord Mackay*, at p. 800, where he endorses the English Court of Appeal’s decision in *R. v. Graham*, [1982] 1 All E.R. 801, at p. 806). This test is arguably more stringent than s. 17 of the *Criminal Code*, which is entirely subjective and does not require that the accused’s belief be reasonable. It is also arguably more stringent than the common law formulation of the defence in Canada, which results in an objective-subjective standard, as in the case of the defence of necessity. As in Canada, the accused bears an evidential burden of laying a factual foundation for the defence of duress (if no such foundation may be inferred from the Crown’s case). Once the factual foundation is established, the Crown has the onus of disproving duress (*Smith & Hogan: Criminal Law, supra*, at p. 242).

The appellant and respondent voiced conflicting views about the existence of any immediacy requirement in the English law of duress. English courts seem to have opted for a flexible test that requires that there be a close temporal connection between threat and harm. The threat need not operate instantly, but must be a present one in the sense that it creates an immediate pressure to act (see *R. v. Hudson*, [1971] 2 Q.B. 202 (C.A.), at pp. 206-7). Until now, that flexible test has never been set aside. In *Abdul-Hussain, supra*, and in the *Siamese Twins Decision, supra*, it was reiterated that, although there must be an imminent peril of death or injury, this requirement does not require that the threat be of immediate harm. The common law accepts that there could be a lapse in time between

pourrait le forcer à se livrer à des activités criminelles (*R. c. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. c. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL)).

La Chambre des lords confirmait récemment que le critère applicable en matière de contrainte est un critère objectif : l’accusé croyait-il raisonnablement que les menaces seraient mises à exécution s’il ne commettait pas le crime, et une personne [TRADUCTION] « raisonnablement déterminée ayant les mêmes caractéristiques que l’accusé » aurait-elle cédé aux menaces? (*Howe, précité*, lord Mackay, p. 800, où il souscrit à l’arrêt de la Cour d’appel d’Angleterre *R. c. Graham*, [1982] 1 All E.R. 801, p. 806). On peut soutenir que ce critère est plus strict que celui de l’art. 17 du *Code criminel*. Ce dernier demeure entièrement subjectif et n’exige pas que la croyance de l’accusé soit raisonnable. On peut également estimer que ce critère est plus strict que la formulation du moyen de défense en common law canadienne, qui donne lieu à une norme à la fois objective et subjective comme dans le cas du moyen de défense fondé sur la nécessité. Comme au Canada, il incombe à l’accusé d’établir l’existence des faits qui justifient d’invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte (lorsque ces faits ne peuvent pas être déduits de la preuve du ministère public). Une fois l’existence de ces faits établie, le ministère public assume le fardeau d’établir l’absence de contrainte (*Smith & Hogan: Criminal Law, op. cit.*, p. 242).

L’appelante et l’intimée ont exprimé des opinions divergentes quant à l’existence d’une exigence d’immédiateté en droit anglais. Les tribunaux anglais semblent avoir opté pour un critère souple qui requiert la preuve d’un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice. Sans qu’il soit nécessaire de démontrer qu’elles peuvent être mises à exécution immédiatement, les menaces doivent avoir pour effet de créer une incitation immédiate à agir (voir *R. c. Hudson*, [1971] 2 Q.B. 202 (C.A.), p. 206-207). Ce critère souple n’a jamais été écarté jusqu’à maintenant. Dans l’arrêt *Abdul-Hussain* et la *Siamese Twins Decision*, précités, on a répété que, malgré la nécessité d’un danger imminent de mort ou de préjudice, la common law n’exige pas des menaces de préjudice

the threat and its execution, provided it neutralizes effectively the will of the accused.

immédiat. La common law accepte qu'un délai puisse s'écouler entre le moment où les menaces sont proférées et celui où elles sont mises à exécution, pourvu qu'elles neutralisent la volonté de l'accusé.

73

Thus, threats of future harm, depending on the circumstances, may be sufficient to raise the defence of duress. The English common law's approach to duress is somewhat different from its Canadian formulation in *Hibbert*. The analysis is not confined to the criterion of the safe avenue of escape, although it remains an important component of the defence. The crux of the English defence is whether the threat overbore the accused's will at the time he or she committed the offence. Did the threat actually cause the accused to act in the way he did, and would a reasonable person have acted similarly? In addition, as cases like *Abdul-Hussain* indicate, there must be a close temporal connection between the threat and the criminal act. However, the threat need not be capable of immediate execution in order to qualify.

Ainsi, les menaces de préjudice futur peuvent, selon les circonstances, suffire pour que le moyen de défense fondé sur la contrainte devienne recevable. La façon dont la common law anglaise interprète la contrainte diffère quelque peu de la formulation canadienne que l'on trouve dans l'arrêt *Hibbert*. L'analyse ne se limite pas au critère du moyen de s'en sortir sans danger, bien qu'il demeure un élément important du moyen de défense. Le moyen de défense reconnu en Angleterre porte essentiellement sur la question de savoir si la volonté de l'accusé était subjuguée par les menaces au moment où il a commis l'infraction. Les menaces ont-elles vraiment poussé l'accusé à agir comme il l'a fait, et une personne raisonnable aurait-elle agi de la même façon? De plus, comme l'indique notamment l'arrêt *Abdul-Hussain*, un lien temporel étroit doit exister entre les menaces et l'acte criminel. Cependant, il n'est pas nécessaire que les menaces puissent être mises à exécution immédiatement pour rendre ce moyen de défense recevable.

3. The Australian Common Law of Duress

3. La contrainte en common law australienne

74

There do not appear to be any Australian High Court decisions on the issue of duress. Because competence over criminal law belongs to the states and territories, some differences arise from jurisdiction to jurisdiction regarding the formulation of the defence. (See M. Findlay, S. Odgers and S. Yeo, *Australian Criminal Justice* (2nd ed. 1999), at pp. 7-8.) One textbook writer notes that there are relatively few reported cases dealing with the defence and that in some respects, the defence remains somewhat elusive in Australian common law. (See P. Gillies, *Criminal Law* (4th ed. 1997), at p. 341.)

La Haute Cour d'Australie ne paraît pas avoir statué sur la question de la contrainte. Parce que les États et les territoires détiennent la compétence législative en matière de droit criminel, la formulation du moyen de défense présente certaines divergences d'un ressort à l'autre. (Voir M. Findlay, S. Odgers et S. Yeo, *Australian Criminal Justice* (2^e éd. 1999), p. 7-8.) Un auteur fait remarquer que relativement peu de décisions publiées traitent de ce moyen de défense qui, à certains égards, reste quelque peu nébuleux en common law australienne. (Voir P. Gillies, *Criminal Law* (4^e éd. 1997), p. 341.)

75

Overall, the state courts appear to have followed quite closely the English courts' approach to the defence. (See *R. v. Hurley and Murray*, [1967] V.R. 526 (S.C.), at p. 543, adopted by some other

Dans l'ensemble, les tribunaux des États paraissent avoir suivi d'assez près la façon dont les tribunaux anglais abordent le moyen de défense. (Voir *R. c. Hurley and Murray*, [1967] V.R. 526 (S.C.),

state courts — e.g., *R. v. McCafferty*, [1974] 1 N.S.W.L.R. 89 (S.C.), at p. 90, and *R. v. Dawson*, [1978] V.R. 536 (S.C.), at p. 537.)

The accused must have been compelled to commit the crime under a threat of death or serious bodily harm. Also, the accused must have had no safe means of preventing the execution of the threat. The case law suggests that a threat to a third party also qualifies. (See *R. v. Abusafiah* (1991), 24 N.S.W.L.R. 531 (C.A.), at pp. 544-45; *R. v. Palazoff* (1986), 43 S.A.S.R. 99 (S.C.), at p. 106.) The accused must have “reasonably apprehended” that the threat would be executed. The circumstances must be such that a person of ordinary firmness would have succumbed to the threat. That reasonable person shall be considered as sharing the personal characteristics of the accused, such as age, sex and background. (See *Palazoff*, *supra*, at p. 109.)

The defence of duress is not available to a charge of murder in any of the Australian states. (See D. O’Connor and P. A. Fairall, *Criminal Defences* (3rd ed. 1996), at pp. 154-55.) As in England, an accused who has voluntarily joined a criminal enterprise or organization that she knows might pressure her by violent means into participating in criminal activity may not raise that defence. (See *Hurley and Murray*, *supra*, at p. 533; *R. v. Lawrence*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 122 (C.A.), at p. 130. See also O’Connor and Fairall, *supra*, at p. 160.)

As in Canada and England, where the defence of duress does not arise from the facts of the case the accused bears an evidentiary onus of introducing facts to support the defence. The Crown must then establish that the accused was not acting under duress. (See Gillies’ *Criminal Law*, *supra*, at p. 356. See also O’Connor and Fairall, *supra*, at pp. 162-63.)

p. 543, adopté par d’autres tribunaux d’États — par exemple, *R. c. McCafferty*, [1974] 1 N.S.W.L.R. 89 (S.C.), p. 90, et *R. c. Dawson*, [1978] V.R. 536 (S.C.), p. 537.)

L’accusé doit avoir été forcé de commettre le crime par des menaces de mort ou de lésions corporelles graves. De plus, il ne devait disposer d’aucun moyen sûr d’éviter la mise à exécution des menaces. La jurisprudence indique que les menaces proférées contre un tiers permettent aussi d’invoquer ce moyen de défense. (Voir *R. c. Abusafiah* (1991), 24 N.S.W.L.R. 531 (C.A.), p. 544-545; *R. c. Palazoff* (1986), 43 S.A.S.R. 99 (S.C.), p. 106.) L’accusé devait [TRADUCTION] « craindre raisonnablement » que les menaces soient mises à exécution. Les circonstances doivent être telles qu’une personne normalement déterminée aurait cédé aux menaces. Cette personne raisonnable doit être considérée comme ayant les mêmes caractéristiques personnelles que l’accusé, tels l’âge, le sexe et les antécédents. (Voir l’arrêt *Palazoff*, précité, p. 109.)

Dans tous les États australiens, le moyen de défense fondé sur la contrainte ne peut être opposé à une accusation de meurtre. (Voir D. O’Connor et P. A. Fairall, *Criminal Defences* (3^e éd. 1996), p. 154-155.) Comme en Angleterre, l’accusé qui a accepté de se joindre à une entreprise ou organisation criminelle en sachant qu’elle pourrait le forcer par des moyens violents à se livrer à des activités criminelles ne peut pas invoquer ce moyen de défense. (Voir *Hurley and Murray*, précité, p. 533; *R. c. Lawrence*, [1980] 1 N.S.W.L.R. 122 (C.A.), p. 130. Voir également O’Connor et Fairall, *op. cit.*, p. 160.)

Comme c’est le cas au Canada et en Angleterre, lorsque le moyen de défense fondé sur la contrainte ne ressort pas des faits de la cause, il incombe à l’accusé d’établir les faits permettant de l’invoquer. Le ministère public doit alors prouver que l’accusé n’agissait pas sous l’effet de la contrainte. (Voir l’ouvrage de Gillies intitulé *Criminal Law*, *op. cit.*, p. 356. Voir également O’Connor et Fairall, *op. cit.*, p. 162-163.)

76

77

78

79

Much like in English jurisprudence, some controversy arose about the relevancy, definition and function of the immediacy requirement in Australian law. The Full Supreme Court of Victoria in *Hurley and Murray* asserted that the threat of harm must be “present and continuing, imminent and impending” (p. 543). Since then, however, three state appellate courts have specifically endorsed the ruling in *Hudson* that threats of future harm may suffice: the Full Supreme Court of South Australia in *Palazoff, supra*, at p. 109, and *R. v. Brown* (1986), 43 S.A.S.R. 33; the Full Supreme Court of Victoria in *Dawson, supra*; and the New South Wales Court of Criminal Appeal in *R. v. Williamson*, [1972] 2 N.S.W.L.R. 281, at pp. 283 and 300.

80

Akin to the English Court of Appeal’s decision in *Abdul-Hussain*, at least one of the Australian cases suggests that proportionality is a component of the defence of duress. In *Osborne v. Goddard* (1978), 21 A.L.R. 189, at p. 195, the full Supreme Court of South Australia intimated that the severity of the crime is an important consideration in determining whether the accused’s failure to pursue a safe avenue of escape was reasonable.

4. The American Common Law of Duress

81

The appellant referred to some American authorities on the nature of the common law defence of duress, which according to him demonstrate that this defence is subject to stricter constraints in the United States, and in particular that a threat of future harm will not allow an accused to raise a defence of duress. (See W. R. LaFave and A. W. Scott, *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, at pp. 618-19; *United States v. Jennell*, 749 F.2d 1302 (9th Cir. 1984), at p. 1305; *United States v. Contento-Pachon*, 723 F.2d 691 (9th Cir. 1984), at pp. 693-94; *United States v. Marengi*, 893 F. Supp. 85 (D. Me. 1995), at p. 92; J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1960), at p. 447.)

Comme dans la jurisprudence anglaise, la pertinence, la définition et le rôle de l’exigence d’immédiateté en droit australien ont suscité une certaine controverse. Dans le jugement *Hurley and Murray*, la Cour suprême de Victoria, siégeant au complet, a statué que les menaces de préjudice doivent être [TRADUCTION] « présentes, continues et imminentes » (p. 543). Depuis ce jugement, cependant, trois cours d’appel d’États ont expressément souscrit à l’arrêt *Hudson* selon lequel des menaces de préjudice futur peuvent suffire : des formations complètes de la Cour suprême de l’Australie-Méridionale dans les décisions *Palazoff*, précitée, p. 109, et *R. c. Brown* (1986), 43 S.A.S.R. 33, et de la Cour suprême de Victoria dans la décision *Dawson*, précitée, et la Court of Criminal Appeal de la Nouvelle-Galles du Sud dans l’arrêt *R. c. Williamson*, [1972] 2 N.S.W.L.R. 281, p. 283 et 300.

À l’instar de l’arrêt *Abdul-Hussain* de la Cour d’appel de l’Angleterre, au moins une des décisions australiennes indique que la proportionnalité est un élément du moyen de défense fondé sur la contrainte. Dans la décision *Osborne c. Goddard* (1978), 21 A.L.R. 189, p. 195, la Cour suprême de l’Australie-Méridionale au complet a laissé entendre que la gravité du crime constitue un facteur important dans l’appréciation du caractère raisonnable de la décision d’un accusé de ne pas recourir à un moyen de s’en sortir sans danger.

4. La contrainte en common law américaine

L’appelante a mentionné des décisions et des ouvrages de doctrine américains portant sur la nature du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, qui, selon elle, démontrent que ce moyen de défense est assujéti à des restrictions plus strictes aux États-Unis et, en particulier, que des menaces de préjudice futur ne permettent pas à un accusé de l’invoquer. (Voir W. R. LaFave et A.W. Scott, *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, p. 618-619; *United States c. Jennell*, 749 F.2d 1302 (9th Cir. 1984), p. 1305; *United States. c. Contento-Pachon*, 723 F.2d 691 (9th Cir. 1984), p. 693-694; *United States c. Marengi*, 893 F. Supp. 85 (D. Me. 1995), p. 92; J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1960), p. 447.)

It must be noted, however, that the situation is far from being as clear as what the appellant suggests. In fact, several American cases have displayed a flexible view of the temporal criterion in the context of duress. For instance in the case of *Esquibel v. State*, 576 P.2d 1129 (N.M. 1978), it was held that a threat which had occurred 48 to 72 hours before the commission of the offence was sufficient to trigger the application of the defence in the particular circumstances of that case. The court underlined the need to analyse closely the facts of each case when assessing duress, rather than adopting a strict criterion of "immediacy", in order to determine whether the accused's actions were dictated by the threat when he committed the crime (see also *People v. Harmon*, 232 N.W.2d 187 (Mich. 1975); *State v. Toscano*, 378 A.2d 755 (N.J. 1977)).

Even the cases which the appellant has cited do not all suggest a strict criterion of immediacy in the context of duress. For instance, consider the decision of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in *Contento-Pachon*, *supra*. The facts giving rise to that case were similar to the facts in the case at bar. The accused had been coerced by an individual in Colombia to smuggle cocaine into the United States. He was told that if he did not comply, his wife and child in Colombia would be harmed. The accused complied with the request and did not seek police assistance in Colombia because he believed police there were corrupt. We realize that even though the accused claimed he was being watched during the whole trip by his threatener's accomplice, the threat could not, as in the case at bar, be considered immediate in the strict sense. Indeed, had the accused not complied with the order, the accomplice would have had to take the time to contact the threatener in Colombia. Then, the threatener would have had to get to the accused's house and eventually carry out the threat. There was therefore no more immediacy in *Contento-Pachon* than in the case at bar, where Mirkovic would have had to be contacted by his accomplice from the restaurant in Toronto if the heroin was not delivered by the accused as expected. He would then have had to get to the

Il faut cependant souligner que la situation est loin d'être aussi claire que le prétend l'appelante. En fait, plusieurs décisions américaines ont fait montre d'une perception souple du critère temporel dans le contexte de la contrainte. Par exemple, dans l'affaire *Esquibel c. State*, 576 P.2d 1129 (N.M. 1978), on a conclu que des menaces proférées de 48 à 72 heures avant la perpétration de l'infraction étaient suffisantes pour déclencher l'application du moyen de défense dans les circonstances particulières de cette affaire. La cour a souligné que, en évaluant la contrainte pour décider si l'accusé agissait sous l'effet des menaces quand il a commis le crime, il est nécessaire d'analyser attentivement les faits de chaque affaire au lieu d'adopter un critère strict d'« immédieté » (voir également *People c. Harmon*, 232 N.W.2d 187 (Mich. 1975); *State c. Toscano*, 378 A.2d 755 (N.J. 1977)).

Même les décisions citées par l'appelante ne laissaient pas toutes entendre qu'un critère strict d'immédieté doit s'appliquer dans le contexte de la contrainte. Prenons, par exemple, le cas de l'arrêt *Contento-Pachon*, précité, de la United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Les faits à l'origine de cette affaire étaient semblables à ceux de la présente affaire. L'accusé avait été forcé, par un individu en Colombie, de faire entrer de la cocaïne en contrebande aux États-Unis. On lui avait dit que s'il n'obtempérait pas, on ferait du mal à son épouse et à son enfant en Colombie. L'accusé a obtempéré à la demande sans solliciter l'aide de la police en Colombie, parce qu'il estimait qu'elle était corrompue. Nous nous rendons compte que, même si l'accusé soutenait qu'il avait été surveillé pendant tout son voyage par le complice de l'auteur des menaces, celles-ci ne pouvaient pas, comme en l'espèce, être considérées comme étant immédiates au sens strict. En réalité, si l'accusé n'avait pas obéi à l'ordre, le complice aurait dû prendre le temps de communiquer avec l'auteur des menaces, en Colombie. Ce dernier aurait dû ensuite se rendre chez l'accusé pour y mettre éventuellement ses menaces à exécution. On ne trouvait donc pas plus d'immédieté dans *Contento-Pachon* que dans la présente affaire, où le complice de Mirkovic aurait dû communiquer

accused's mother and eventually carry out the threat.

84

In *Contento-Pachon*, the trial judge found that since the alleged threat was not immediate, the defence of duress could not be submitted to the jury. The Court of Appeals reversed by stating a more flexible criterion (at p. 694): [t]he element of immediacy requires that there be some evidence that the threat of injury was present, immediate, or impending” (emphasis added). Right after, the court adds, citing *Rhode Island Recreation Center v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 177 F.2d 603 (1st Cir. 1949), at p. 605, that immediacy means that a “veiled threat of future unspecified harm” (emphasis added) will not be sufficient to invoke duress. Finally, holding that the criterion was satisfied, the court wrote (at p. 694):

Evidence presented on this issue indicated that the defendant was dealing with a man who was deeply involved in the exportation of illegal substances. Large sums of money were at stake and, consequently, Contento-Pachon had reason to believe that Jorge would carry out his threats. Jorge had gone to the trouble to discover that Contento-Pachon was married, that he had a child, the names of his wife and child, and the location of his residence. These were not vague threats of possible future harm. According to the defendant, if he had refused to cooperate, the consequences would have been immediate and harsh.

85

Although the court still uses the word “immediate”, the emphasis is more on the seriousness of the threat and its capacity to dominate the will of the accused when he committed the offence, rather than the strict immediacy of the threatened harm. The standard applied therefore seems to be the more flexible criterion which we described earlier requiring that there be a “close temporal connec-

avec ce dernier, depuis son restaurant de Toronto, si l'accusée n'avait pas livré l'héroïne comme prévu. Il aurait ensuite dû se rendre chez la mère de l'accusée pour y mettre éventuellement ses menaces à exécution.

Dans l'affaire *Contento-Pachon*, le juge du procès a décidé que, puisque les menaces qui auraient été proférées n'étaient pas immédiates, le moyen de défense fondé sur la contrainte ne pouvait pas être soumis à l'appréciation du jury. La Court of Appeals a infirmé sa décision en formulant un critère plus souple : [TRADUCTION] « [l]'élément d'imédiateté requiert une preuve qu'il y a eu des menaces de préjudice immédiat ou imminent » (p. 694 (je souligne)). Citant la décision *Rhode Island Recreation Center c. Aetna Casualty & Surety Co.*, 177 F.2d 603 (1st Cir. 1949), p. 605, elle a alors ajouté que l'imédiateté signifie que [TRADUCTION] « des menaces voilées de préjudice futur non précisé » (je souligne) ne sont pas suffisantes pour que le moyen de défense fondé sur la contrainte puisse être invoqué. Enfin, statuant qu'il avait été satisfait au critère, la cour a écrit, à la p. 694 :

[TRADUCTION] La preuve relative à cette question indique que le défendeur traitait avec un homme grandement impliqué dans l'exportation de substances illégales. Des sommes d'argent considérables étaient en jeu et Contento-Pachon avait donc des raisons de croire que Jorge mettrait ses menaces à exécution. Jorge avait même fait toutes les démarches nécessaires pour découvrir que Contento-Pachon était marié et qu'il avait un enfant, le nom de son épouse et de leur enfant, ainsi que l'endroit où il résidait. Il ne s'agissait pas de vagues menaces d'un éventuel préjudice futur. Selon le défendeur, s'il avait refusé de collaborer, les conséquences auraient été immédiates et dures.

Bien qu'elle utilise toujours le mot « immédiates », la cour met plus l'accent sur la gravité des menaces et leur capacité de subjuguier la volonté de l'accusé au moment où il commet l'infraction, que sur la stricte immédiateté du préjudice dont il est menacé. La norme appliquée semble donc être le critère plus souple, que nous avons déjà décrit, selon lequel il doit y avoir un « lien temporel

tion”, without requiring strictly speaking that the threat could be carried out immediately.

5. Summary: Rejection of the Immediacy Requirement at Common Law

This review of the common law defence of duress confirms that, although the common law is not unanimous in the United States, a substantial consensus has grown in Canada, England and Australia to the effect that the strict criterion of immediacy is no longer a generally accepted component of the defence. A requirement that the threat be “imminent” has been interpreted and applied in a more flexible manner. The English Court of Appeal held in *Hudson* that depending on the circumstances, threats of future harm are sufficient to invoke the defence. *Hudson* remains good law in England and has been adopted by the courts in three Australian states and one territory. However, it is clear from the English cases that there must be a close temporal link between the threat of harm and the commission of the offence. The operative test in the English and Australian cases is whether the threat was effective to overbear the accused’s will at the moment he committed the crime. Moreover, the safe avenue of escape test and the proportionality principle also appear to be key elements of the defence.

E. *The Breach of Section 7 of the Charter: Conclusion in the Case at Bar*

At the heart of Laskin J.A.’s decision is a concern that the immediacy and presence requirements are poor substitutes for the safe avenue of escape test at common law. In his view, their focus on an instantaneous connection between the threat and the commission of the offence misses the point in a number of special cases. He highlights two situations in particular. The first is the battered woman who is coerced by her abusive partner to break the law. Even though her partner is not present when she commits the offence and is therefore unable to

étroit » sans exiger, à strictement parler, que les menaces puissent être mises à exécution immédiatement.

5. Résumé : rejet de l’exigence d’immédiateté en common law

Le présent examen du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte confirme que, bien que la common law ne soit pas unanime aux États-Unis, il s’est dégagé un large consensus au Canada, en Angleterre et en Australie selon lequel le critère strict d’immédiateté n’est plus un élément généralement accepté de ce moyen de défense. On a interprété et appliqué de façon plus souple une exigence que les menaces soient « imminentes ». Dans l’arrêt *Hudson*, la Cour d’appel d’Angleterre a statué que, selon les circonstances, les menaces de préjudice futur suffisent pour que le moyen de défense puisse être invoqué. L’arrêt *Hudson* s’applique toujours en Angleterre et il a été adopté en Australie par les tribunaux de trois États et d’un territoire. Cependant, il ressort clairement de la jurisprudence anglaise qu’un lien temporel étroit doit exister entre les menaces de préjudice et la perpétration de l’infraction. Le critère applicable dans la jurisprudence anglaise et australienne est de savoir si les menaces avaient pour effet de subjuguier la volonté de l’accusé au moment où il a commis le crime. En outre, le critère du moyen de s’en sortir sans danger et le principe de la proportionnalité paraissent également constituer des éléments-clés du moyen de défense.

E. *La violation de l’art. 7 de la Charte : conclusion en l’espèce*

Au cœur de la décision du juge Laskin se retrouve la crainte que les exigences d’immédiateté et de présence remplacent difficilement le critère du moyen de s’en sortir sans danger que retient la common law. À son avis, parce qu’elles mettent l’accent sur l’existence d’un lien instantané entre les menaces et la perpétration de l’infraction, ces exigences passent à côté de la question dans un certain nombre de cas particuliers. Il souligne notamment deux situations. D’abord, il rappelle le cas de la femme battue qu’un conjoint violent

execute it immediately, a battered woman may believe nonetheless that she has no safe avenue of escape. Her behaviour is morally involuntary, yet the immediacy and presence criteria, strictly construed, would preclude her from resorting to s. 17. There may also be other situations in which a person is so psychologically traumatized by the threatener that he complies with the threat, even though it was not immediate and to the objective observer, there was a legal way out. The second scenario described by Laskin J.A. is the case of a person like Ms. Ruzic, for whom effective police protection was unavailable. Do the immediacy and presence requirements demand that a person go to the authorities if he has the opportunity to do so, even when he believes it would be useless or even dangerous to do so? It should be noted that in this second scenario, a court might face a delicate task in assessing the validity of a claim that, in a foreign land, no police protection was available. It illustrates some of the difficulties in the practical implementation of a defence of duress which involves a risk of abuse through unverifiable assertions of danger and harm.

force à enfreindre la loi. Bien que son conjoint ne soit pas présent lorsqu'elle commet l'infraction et qu'il soit donc incapable de mettre ses menaces à exécution immédiatement, la femme battue peut néanmoins estimer qu'elle ne dispose d'aucun moyen de s'en sortir sans danger. Son comportement demeure moralement involontaire; pourtant, les critères d'immédiateté et de présence, au sens strict, l'empêcheraient de se prévaloir de l'art. 17. Il peut également survenir d'autres situations dans lesquelles une personne est tellement traumatisée psychologiquement par l'auteur des menaces qu'elle cède à celles-ci même si elles ne sont pas immédiates et si, d'après l'observateur objectif, elle disposait d'un moyen légal de s'en sortir. Le deuxième scénario décrit par le juge Laskin est le cas d'une personne comme M^{me} Ruzic, qui ne pouvait bénéficier d'une protection efficace de la part de la police. Les exigences d'immédiateté et de présence requièrent-elles que la personne s'adresse aux autorités si elle a l'occasion de le faire, même lorsqu'elle estime qu'il serait inutile ou même dangereux de le faire? Il faut souligner que, dans ce deuxième scénario, une cour pourrait être confrontée à la tâche délicate d'apprécier le bien-fondé de la prétention que, dans un pays étranger, aucune protection policière efficace n'était disponible. Cela illustre certaines des difficultés que suscite l'application pratique d'un moyen de défense fondé sur la contrainte qui comporte un risque d'abus par des allégations invérifiables de danger et de préjudice.

88 Nevertheless, s. 17's reliance on proximity as opposed to reasonable options as the measure of moral choice is problematic. It would be contrary to the principles of fundamental justice to punish an accused who is psychologically tortured to the point of seeing no reasonable alternative, or who cannot rely on the authorities for assistance. That individual is not behaving as an autonomous agent acting out of his own free will when he commits an offence under duress.

Néanmoins, l'art. 17 pose un problème du fait qu'il s'en remet à la proximité plutôt qu'à l'existence de solutions de rechange raisonnables pour évaluer le choix moral. Il serait contraire aux principes de justice fondamentale de punir un individu qui est psychologiquement torturé au point de ne percevoir aucune solution de rechange raisonnable, ou incapable de compter sur l'aide des autorités. Cet individu ne se comporte pas comme une personne autonome qui agit de son propre gré lorsqu'il commet une infraction sous l'effet de la contrainte.

89 The appellant's attempts at reading down s. 17, in order to save it, would amount to amending it to

Les tentatives de l'appelante de donner une interprétation atténuée à l'art. 17 afin d'en sauve-

bring it in line with the common law rules. This interpretation badly strains the text of the provision and may become one more argument against upholding its validity.

The underinclusiveness of s. 17 infringes s. 7 of the *Charter*, because the immediacy and presence requirements exclude threats of future harm to the accused or to third parties. It risks jeopardizing the liberty and security interests protected by the *Charter*, in violation of the basic principles of fundamental justice. It has the potential of convicting persons who have not acted voluntarily.

F. Can the Infringement Be Justified Under Section 1?

Having found that the immediacy and presence requirements infringe s. 7 of the *Charter*, I turn now to consider whether the violation is a demonstrably justifiable limit under s. 1. The government, of course, bears the burden of justifying a *Charter* infringement. Consistent with its strategy in the courts below, the appellant made no attempt before this Court to justify the immediacy and presence criteria according to the s. 1 analysis. I therefore conclude at the outset that the appellant has failed to satisfy its onus under s. 1.

Moreover, it is well established that violations of s. 7 are not easily saved by s. 1: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 99. Indeed, the Court has indicated that exceptional circumstances, such as the outbreak of war or a national emergency, are necessary before such an infringement may be justified: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 802; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. No such extraordinary conditions exist in this case. Furthermore, I am inclined to agree with Laskin J.A. that the immediacy and presence criteria would not meet the proportionality branch of the s. 1 analysis. In particular, it seems to me these

garder la constitutionnalité reviendraient à le modifier pour le rendre conforme aux règles de common law. Cette interprétation met à rude épreuve le texte de la disposition, ce qui peut constituer un autre argument contre la confirmation de sa validité.

La portée trop limitative de l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* puisque les exigences d'immédiateté et de présence excluent les menaces de préjudice futur proférées contre l'accusé ou des tiers. Elle risque de compromettre les droits à la liberté et à la sécurité que garantit la *Charte*, contrairement aux grands principes de justice fondamentale. Elle peut mener à la condamnation de personnes qui n'ont pas agi volontairement.

F. La violation est-elle justifiable au regard de l'article premier?

Après avoir conclu que les exigences d'immédiateté et de présence violent l'art. 7 de la *Charte*, je vais maintenant examiner si cette violation est une limite dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier. Il va sans dire qu'il incombe au gouvernement de justifier une violation de la *Charte*. Conformément à la stratégie qu'elle a adoptée devant les cours d'instance inférieure, l'appelante n'a pas tenté devant notre Cour de justifier les critères d'immédiateté et de présence dans le cadre d'une analyse en vertu de l'article premier. Je conclus donc d'emblée que l'appelante ne s'est pas acquittée de l'obligation qui lui incombe en vertu de cette disposition.

En outre, il est bien établi que les violations de l'art. 7 ne sont pas facilement justifiables au regard de l'article premier : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 99. En effet, notre Cour a indiqué que seules des circonstances exceptionnelles, comme l'éclatement d'une guerre ou une urgence nationale, justifieront une telle violation : *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 802; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. De telles conditions extraordinaires n'existent pas en l'espèce. En outre, je suis disposé à souscrire à l'avis du juge Laskin selon lequel les exigences d'immédiateté et de présence ne satisferaient pas

90

91

92

requirements do not minimally impair the respondent's s. 7 rights. Given the appellant's failure to make any submissions on the issue, the higher standard of justification for a violation of s. 7, and my doubts concerning proportionality, I conclude that the immediacy and presence conditions cannot be saved by s. 1.

G. Alternatively, Do the Immediacy and Presence Requirements in Section 17 Infringe the Principle That Rights Should Not Be Restricted in a Manner That Is Arbitrary or Unfair?

93

Laskin J.A. found, in the alternative, that s. 17 infringes s. 7 of the *Charter* because the presence and immediacy requirements are arbitrary and inconsistent with the government's objective of excusing morally involuntary behaviour. On the view I take of the interpretation of s. 17, I need not address this argument. I prefer to ground the partial striking down of s. 17 on the fundamental principle that criminal liability should not be ascribed to physically or morally involuntary behaviour.

H. The Jury Charge

94

I turn last to consider the trial judge's instructions to the jury on the common law defence of duress. Herold J. repeated the elements of the common law defence several times as follows:

There are four ingredients that must be met before the law will excuse a crime because the accused was acting under duress.

. . .

One: acts solely as a result of threats of death, or serious bodily harm to herself or another person.

au critère de proportionnalité requis par une analyse fondée sur l'article premier. En particulier, il me semble que ces exigences ne portent pas le moins possible atteinte aux droits que l'art. 7 garantit à l'intimée. Vu l'omission de l'appelante de formuler des observations sur la question, la norme de justification plus stricte qui s'applique à une violation de l'art. 7, et les doutes que j'ai au sujet de la proportionnalité, je conclus que les conditions d'immédiateté et de présence ne sont pas justifiables au regard de l'article premier.

G. Subsidiairement, les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 contreviennent-elles au principe selon lequel les droits constitutionnels ne doivent pas être limités de façon arbitraire ou inéquitable?

Le juge Laskin a conclu, de façon subsidiaire, que l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* du fait que les exigences de présence et d'immédiateté sont arbitraires et incompatibles avec l'objectif du gouvernement qui est d'excuser toute conduite moralement involontaire. En raison de mon interprétation de l'art. 17, je ne crois pas nécessaire d'examiner cette question. Je préfère fonder l'invalidation partielle de l'art. 17 sur le principe fondamental selon lequel une conduite physiquement ou moralement involontaire ne saurait engager la responsabilité criminelle.

H. L'exposé au jury

J'examine enfin les directives que le juge du procès a données au jury au sujet du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Le juge Herold a répété plusieurs fois en ces termes les éléments du moyen de défense prévu par la common law :

[TRADUCTION] Quatre conditions doivent être remplies pour que la loi excuse un crime pour le motif que l'accusé a agi sous l'effet de la contrainte.

. . .

Premièrement, il doit avoir agi uniquement à la suite de menaces de mort ou de lésions corporelles graves proférées contre lui-même ou une autre personne.

Two: the threats were of such gravity or seriousness that the accused believed that the threats would be carried out.

Three: the threats were of such gravity that they might well have caused a reasonable person placed in the same situation as the accused, to act in the same manner as she did.

To put that another way, would a person of reasonable firmness, sharing the characteristics of the accused, such as her age and her background, have responded to the threats.

Finally, the accused must not have had an obvious safe avenue of escape.

Later, the judge told the jury that “the threats must be such that they are operating on the mind of the accused at the time that she does what she has been charged with doing.”

The appellant points to four deficiencies in the trial judge’s charge to the jury, which, it must be said, were never raised by the Crown when Herold J. gave his instructions at trial. First, the appellant argues that the trial judge failed to instruct the jury on the imminence requirement of the defence. Second, the appellant argues that he erred in his explanation of the safe avenue of escape test. The appellant maintains that he should have directed the jury to consider whether Ms. Ruzic had “any” legal way out of her predicament, not just an “obvious” safe avenue of escape. Third, the appellant maintains that the trial judge introduced unduly subjective elements into his charge to the jury on the standard to assess duress. Last, the appellant asserts that the trial judge misdirected the jury on the burden of proving duress. In effect, the appellant is urging the Court to shift the legal onus of proof from the Crown onto the shoulders of the accused, who would be responsible for proving duress, on a balance of probabilities.

In the future, when the common law defence of duress is raised, the trial judge should instruct the

Deuxièmement, les menaces devaient être si graves que l’accusé croyait qu’elles seraient mises à exécution.

Troisièmement, les menaces devaient être si graves qu’elles auraient bien pu inciter une personne raisonnable, placée dans la même situation que l’accusé, à agir comme il l’a fait.

En d’autres termes, une personne raisonnablement déterminée qui aurait les mêmes caractéristiques que l’accusé, comme son âge et ses antécédents, aurait-elle réagi aux menaces?

Enfin, l’accusé ne devait disposer d’aucun moyen évident de s’en sortir sans danger.

Plus tard, le juge a expliqué au jury que [TRADUCTION] « les menaces devaient être de nature à influencer sur l’esprit de l’accusée au moment où elle a accompli l’acte reproché ».

L’appelante fait valoir que l’exposé du juge du procès au jury comporte quatre lacunes, qui, faut-il le dire, n’ont jamais été soulevées par le ministère public au moment où le juge Herold a donné ses directives pendant le procès. Premièrement, l’appelante affirme que le juge du procès n’a donné au jury aucune directive sur l’exigence d’imminence que comporte le moyen de défense. Deuxièmement, l’appelante prétend qu’il a commis une erreur en expliquant le critère du moyen de s’en sortir sans danger. L’appelante soutient qu’il aurait dû demander au jury d’examiner si M^{me} Ruzic disposait d’un moyen légal « quelconque » de s’en sortir, et non simplement d’un moyen « évident » de s’en sortir sans danger. Troisièmement, l’appelante allègue que le juge du procès a indûment introduit des éléments subjectifs dans son exposé au jury sur la norme applicable pour apprécier la contrainte. Enfin, elle ajoute que le juge du procès a donné au jury des directives erronées concernant l’obligation d’établir l’existence d’une contrainte. En réalité, l’appelante invite notre Cour à déplacer le fardeau de preuve légal du ministère public sur les épaules de l’accusée, qui devrait établir l’existence d’une contrainte selon la prépondérance des probabilités.

À l’avenir dans les cas d’utilisation du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, le

jury clearly on the components of this defence including the need for a close temporal connection between the threat and the harm threatened. The jury's attention should also be drawn to the need for the application of an objective-subjective assessment of the safe avenue of escape test.

97 Nevertheless, the perusal of the charge reveals that the deficiencies raised by the appellant were nowhere to be seen. Viewed in its entirety, the trial judge's charge explained adequately the elements of the defence of duress at common law to the members of the jury.

98 The charge contained all the elements required by the common law rules on duress. The criterion of the safe avenue of escape was well explained as was the objective component of this test. Notwithstanding the argument of the appellant, the law does not require an accused to seek the official protection of police in all cases. The requirement of objectivity must itself take into consideration the special circumstances where the accused found herself as well as her perception of them. Herold J. drew the attention of the jury both to that objective component and to the subjective elements of the defence. This argument must thus fail.

99 As to the immediacy of the threat, as Laskin J.A.'s reasons point out, Herold J. brought home to the jury the fact that the threat had to be a real threat affecting the accused at the time of the offence. This instruction at least implied that the jury had to consider the temporal connection between the threat and the harm threatened, although it would have been preferable to say so in so many express words.

100 There was no misdirection either on the burden of proof. The accused must certainly raise the defence and introduce some evidence about it. Once this is done, the burden of proof shifts to the Crown under the general rule of criminal evidence. It must be shown, beyond a reasonable doubt, that the accused did not act under duress. Similarly, in

juge du procès devrait donner au jury des directives claires sur ses éléments constitutifs, dont la nécessité d'un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer. L'attention du jury devrait être également attirée sur la nécessité de procéder à une appréciation à la fois objective et subjective du critère du moyen de s'en sortir sans danger.

Néanmoins, il ressort d'une lecture attentive de l'exposé au jury qu'il ne comporte nullement les lacunes alléguées par l'appelante. Dans l'ensemble, l'exposé du juge du procès expliquait suffisamment les éléments du moyen de défense commun law fondé sur la contrainte.

Ces directives comprenaient tous les éléments requis par les règles de common law en matière de contrainte. Le critère du moyen de s'en sortir sans danger a été bien expliqué de même que l'élément objectif de ce critère. Malgré les prétentions de l'appelante, la loi n'exige pas que l'accusé demande la protection de la police dans tous les cas. L'exigence d'objectivité doit elle-même tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouvait l'accusée et de la façon dont elle percevait cette situation. Le juge Herold a attiré l'attention du jury tant sur cet élément objectif que sur les éléments subjectifs du moyen de défense. Cet argument doit donc être rejeté.

Au sujet de l'immédiateté des menaces, comme le juge Laskin l'a souligné dans ses motifs, le juge Herold a fait comprendre au jury que les menaces devaient être des menaces réelles qui ont influencé l'accusée au moment où elle a commis l'infraction. Cette directive impliquait tout au moins que le jury devait prendre en considération le lien temporel entre les menaces et le préjudice que l'on menaçait de causer, quoiqu'il eût été préférable de le dire aussi expressément.

Il n'y a également eu aucune directive erronée concernant le fardeau de la preuve. L'accusée doit certainement invoquer le moyen de défense et produire des éléments de preuve à ce sujet. Une fois qu'elle a fait cela, le fardeau de la preuve incombe par la suite au ministère public en vertu de la règle générale de preuve en matière criminelle. Il doit

the case of the defence of necessity, the Court refused to shift the burden of proof to the accused (see *Perka*, *supra*, at pp. 257-59), although the defence must have an air of reality, in order to be sent to the jury, as the Court held in *Latimer*, *supra*.

VI. Disposition

The appellant's submissions cannot be accepted. The immediacy and presence requirements of s. 17 of the *Criminal Code* infringe s. 7 of the *Charter*. As the infringement has not been justified under s. 1, the requirements of immediacy and presence must be struck down as unconstitutional. The Court of Appeal and the trial judge were right in allowing the common law defence of duress go to the jury, and the trial judge adequately instructed the jury on the defence.

I would dismiss the appeal and confirm the acquittal of the respondent.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do the requirements in s. 17 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that a threat must be of immediate death or bodily harm and from a person who is present when the offence is committed infringe the rights of an accused person as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is yes, is the said infringement of the s. 7 rights a reasonable limit that can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Does s. 17 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe the rights of an accused person as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights*

établir hors de tout doute raisonnable que l'accusée n'a pas agi sous l'effet de la contrainte. De même, dans le cas du moyen de défense fondé sur la nécessité, la Cour a refusé d'imposer le fardeau de la preuve à l'accusé (voir l'arrêt *Perka*, précité, p. 257-259), bien que le moyen de défense doive avoir une apparence de vraisemblance pour être soumis à l'appréciation du jury, comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Latimer*, précité.

VI. Dispositif

Les arguments de l'appelante ne sauraient être retenus. Les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 du *Code criminel* violent l'art. 7 de la *Charte*. Puisque cette violation n'a pas été justifiée en vertu de l'article premier, les exigences d'immédiateté et de présence doivent être invalidées pour le motif d'inconstitutionnalité. La Cour d'appel et le juge du procès ont eu raison de permettre que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit soumis à l'appréciation du jury, qui a reçu du juge du procès des directives suffisantes à son sujet.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'acquiescement de l'intimée.

Je réponds aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'exigence de l'art. 17 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qu'il y ait contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 est-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. L'article 17 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et*

101

102

103

and Freedoms by precluding access to the defence of duress where the threat is to a third party?

Answer: No. Section 17 of the *Criminal Code* does not preclude access to the defence on the basis that the threat is directed to a third party.

4. If the answer to Question 3 is yes, is the said infringement of the s. 7 rights a reasonable limit that can be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No answer is necessary.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Skurka & Pringle, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Council of Churches and the Canadian Council for Refugees: Ruby & Edwardh, Toronto.

libertés, en empêchant d'invoquer la contrainte comme moyen de défense lorsque les menaces sont proférées contre un tiers?

Réponse : Non. L'article 17 du *Code criminel* n'empêche pas d'invoquer le moyen de défense pour le motif que les menaces sont proférées contre un tiers.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 est-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Skurka & Pringle, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil canadien des Églises et le Conseil canadien pour les réfugiés : Ruby & Edwardh, Toronto.

Her Majesty The Queen *Applicant*

v.

Patrick Kelly *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KELLY

Neutral citation: 2001 SCC 25.

File No.: 28007.

2000: October 2; 2001: April 20.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

MOTION TO QUASH AN APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Reference to Court of Appeal — Accused applying to Supreme Court for leave to appeal decision of Court of Appeal on reference under s. 690 of Criminal Code — Whether Court of Appeal provided only an opinion under s. 690(c) of Code — Whether Crown's motion to quash application for leave should be granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 690(b), (c).

The accused was convicted of first degree murder in 1984. In 1993, he applied to the federal Minister of Justice to have his conviction reviewed on the basis of fresh evidence. By way of reference to the Ontario Court of Appeal pursuant to s. 690 of the *Criminal Code*, the Minister requested an opinion as to whether the fresh evidence would be admissible on appeal; if so, the case would be referred to the Court of Appeal to be determined as if it were an appeal by the accused on the issue of fresh evidence. The majority of the Court of Appeal concluded that the fresh evidence would not be admissible on appeal. The accused sought leave to appeal to this Court but the Crown brought a motion to quash the application for leave to appeal.

Held (Arbour J. dissenting): The motion should be granted and the application for leave to appeal quashed.

Sa Majesté la Reine *Requérante*

c.

Patrick Kelly *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. KELLY

Référence neutre : 2001 CSC 25.

N° du greffe : 28007.

2000 : 2 octobre; 2001 : 20 avril.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

REQUÊTE EN ANNULATION D'UNE DEMANDE D'AUTORISATION DE POURVOI

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Renvoi devant la Cour d'appel — L'accusé fait une demande d'autorisation de pourvoi auprès de la Cour suprême contre la décision de la Cour d'appel sur le renvoi fait en vertu de l'art. 690 du Code criminel — La Cour d'appel a-t-elle fourni seulement une opinion en vertu de l'art. 690(c) du Code? — La requête en annulation d'une demande d'autorisation de pourvoi présentée par le ministère public doit-elle être accueillie? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 690(b), c).

L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré en 1984. En 1993, il demande au ministre de la Justice le réexamen de sa condamnation compte tenu des nouveaux éléments de preuve. Par renvoi devant la Cour d'appel de l'Ontario en vertu de l'art. 690 du *Code criminel*, le ministre demande une opinion sur la question de savoir si les nouveaux éléments de preuve seraient admissibles en appel; dans l'affirmative, l'affaire serait renvoyée devant la Cour d'appel pour décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par l'accusé sur la question des nouveaux éléments de preuve. La Cour d'appel conclut à la majorité que les nouveaux éléments de preuve ne seraient pas admissibles en appel. L'accusé sollicite une autorisation de pourvoi auprès de notre Cour, mais le ministère public présente une requête en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi.

Arrêt (le juge Arbour est dissidente) : La requête est accueillie et la demande d'autorisation de pourvoi est annulée.

Per Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The Court of Appeal was asked to provide only an opinion to assist the Minister of Justice in coming to a final determination. Since an opinion is not a final judgment from a legal proceeding, no appeal to this Court is available. The procedures described in paras. (b) and (c) of s. 690 of the *Code* are separate. Under para. (b), the Minister may refer a matter to a court of appeal for hearing and determination; under para. (c), a question is referred to the court of appeal for its opinion. While the Minister may elect to have a court of appeal act under both paragraphs together, the request in this case did not meld para. (c) with para. (b). It is clear that the court was asked to undertake the para. (b) determination only if it concluded that there was admissible evidence. As the majority of the Court of Appeal concluded that there was no admissible evidence, it did not move to para. (b). That the dissenting judge did go on to consider the para. (b) issue does not change the fact that the court, *per se*, provided only a para. (c) opinion.

Per Arbour J. (dissenting): The majority's interpretation of the reference question places undue emphasis on the form of the question rather than giving due consideration to both its form and substance. Since the substance of the reference question involved a consideration at both stages of the admissibility of the fresh evidence and of its effects if admitted, the decision rendered by the Court of Appeal was a decision that either the Crown or the accused may appeal. The Court of Appeal's "opinion" under s. 690(c) on the admissibility of the fresh evidence is inseparable from its determination of the appeal under s. 690(b). Given the conclusion that both paras. (b) and (c) of s. 690 were engaged, it follows that the decision on the reference is a "judgment" within the meaning of the *Supreme Court Act*, from which leave to appeal may be sought. Furthermore, in this case, s. 691(1)(a) of the *Criminal Code* applies and the appeal to this Court is as of right. The response of the Court of Appeal to both questions was a judgment affirming a conviction with a dissent on a question of law.

Cases Cited

By Major J.

Distinguished: *Marcotte v. The Queen*, [1965] S.C.R. 209, [1965] 3 C.C.C. 285; *Reference re Gruenke*, [2000] 1 S.C.R. 836, 2000 SCC 32.

Les juges Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie : On a demandé à la Cour d'appel de fournir seulement une opinion afin d'aider le ministre de la Justice à prendre une décision finale. Étant donné qu'une opinion n'est pas un jugement final portant sur une procédure judiciaire, elle n'est pas susceptible d'appel auprès de notre Cour. Les procédures visées aux al. 690**b**) et **c**) du *Code* sont distinctes. En vertu de l'al. **b**), le ministre peut renvoyer une cause devant une cour d'appel pour audition et décision; en vertu de l'al. **c**), il peut renvoyer toute question devant la cour d'appel pour connaître son opinion. Même si le ministre peut décider de demander à la cour d'appel d'agir en vertu des deux alinéas, la demande en l'espèce ne combine pas les al. **c**) et **b**). Il est clair qu'on a demandé à la cour de rendre la décision prévue à l'al. **b**) seulement si elle conclut qu'il y a des éléments de preuve admissibles. Étant donné que la Cour d'appel, à la majorité, a conclu à l'inadmissibilité des éléments de preuve, elle n'a pas abordé l'al. **b**). Le fait que le juge dissident ait ensuite examiné la question de l'al. **b**) ne change rien au fait que la cour, en soi, n'a fourni qu'une opinion en vertu de l'al. **c**).

Le juge Arbour (dissidente) : L'interprétation, par la majorité, de la question du renvoi repose trop sur la forme de la question, au lieu de tenir dûment compte à la fois de la forme et du fond de la question. Vu que, essentiellement, le renvoi demande l'examen, aux deux étapes, de l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve et de leur incidence s'ils étaient admis, la décision de la Cour d'appel est une décision dont autant le ministère public que l'accusé peuvent interjeter appel. L'« opinion » fournie par la Cour d'appel en vertu de l'al. 690**c**) sur l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve est indissociable de la décision qu'elle rend en vertu de l'al. 690**b**). Vu la conclusion que les al. 690**b**) et **c**) sont mis en cause, la décision concernant le renvoi constitue un « jugement » au sens de la *Loi sur la Cour suprême*, à l'égard duquel on peut chercher à obtenir une autorisation de pourvoi. De plus, en l'espèce, l'al. 691(1)**a**) du *Code criminel* s'applique et l'appel interjeté auprès de notre Cour est un appel de plein droit. La réponse de la Cour d'appel aux deux questions constitue un jugement confirmant une déclaration de culpabilité et comportant une dissidence sur une question de droit.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Distinction d'avec les arrêts : *Marcotte c. La Reine*, [1965] R.C.S. 209; *Renvoi relatif à Gruenke*, [2000] 1 R.C.S. 836, 2000 CSC 32.

By Arbour J. (dissenting)

Palmer v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395; *Marcotte v. The Queen*, [1965] S.C.R. 209; *Reference re Gruenke*, [2000] 1 S.C.R. 836, 2000 SCC 32, aff'g (1998), 131 C.C.C. (3d) 72.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(b)(iii), 690, 691(1)(a), (b) [rep. & sub. c. 34 (3rd Supp.), s. 10].

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

MOTION to quash an application for leave to appeal from an opinion of the Ontario Court of Appeal (1999), 122 O.A.C. 201, 135 C.C.C. (3d) 449, [1999] O.J. No. 1781 (QL), in the matter of a reference by the Minister of Justice pursuant to s. 690 of the *Criminal Code* concerning the admissibility of new evidence. Motion granted, Arbour J. dissenting.

Paul S. Lindsay, David Finley and Alexander Alvaro, for the applicant.

Delmar Doucette, for the respondent.

The judgment of Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MAJOR J. — This is a motion by the Attorney General for Ontario to quash Patrick Kelly's application for leave to appeal to this Court. In my opinion the Court of Appeal was asked to provide only an opinion, to assist the Minister of Justice in coming to a final determination. The opinion is not a final judgment from a legal proceeding and no appeal to this Court is available.

Kelly was convicted of first degree murder in 1984. In 1993 he learned of a possible recantation by a key witness and of new evidence relating to a re-enactment performed during the trial. He applied to the Minister of Justice to have his conviction reviewed in light of this new evidence. In

Citée par le juge Arbour (dissidente)

Palmer c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395; *Marcotte c. La Reine*, [1965] R.C.S. 209; *Renvoi relatif à Gruenke*, [2000] 1 R.C.S. 836, 2000 CSC 32, conf. (1998), 131 C.C.C. (3d) 72.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii), 690, 691(1)(a), (b) [abr. & rempl. ch. 34 (3^e suppl.), art. 10].

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 2(1), 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].

REQUÊTE en annulation d'une demande d'autorisation de pourvoi contre une opinion de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 122 O.A.C. 201, 135 C.C.C. (3d) 449, [1999] O.J. No. 1781 (QL), dans l'affaire d'un renvoi fait par le ministre de la Justice en vertu de l'art. 690 du *Code criminel* concernant l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve. Requête accueillie, le juge Arbour est dissidente.

Paul S. Lindsay, David Finley et Alexander Alvaro, pour la requérante.

Delmar Doucette, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MAJOR — Il s'agit d'une requête du procureur général de l'Ontario en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi présentée par Patrick Kelly auprès de notre Cour. Selon moi, on a demandé à la Cour d'appel de fournir seulement une opinion, afin d'aider le ministre de la Justice à prendre une décision finale. L'opinion n'est pas un jugement final portant sur une procédure judiciaire et n'est pas susceptible d'appel auprès de notre Cour.

Kelly a été déclaré coupable de meurtre au premier degré en 1984. En 1993, il apprend qu'un témoin important s'est peut-être rétracté et qu'il y a de nouveaux éléments de preuve relatifs à la reconstitution effectuée lors du procès. Il demande au ministre de la Justice le réexamen de sa déclara-

1996, the Minister of Justice referred the matter to the Court of Appeal for Ontario, requesting an opinion as to whether the new evidence was admissible, and if it was, to then proceed to deal with its effect. A majority (Goudge J.A. dissenting) concluded that the new evidence was not admissible: (1999), 122 O.A.C. 201. Subsequently, the Minister of Justice determined nothing further remained and notified Kelly to that effect. Kelly sought leave to appeal to the Supreme Court of Canada.

3 The applicant Crown brought this motion to quash the application for leave to appeal, claiming that the Court of Appeal issued an advisory opinion only, and that that opinion was not a judicial proceeding.

4 The provision governing the reference to the court of appeal is s. 690 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46:

690. The Minister of Justice may, on an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXIV,

(a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question on which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

5 The question is whether the procedures described in paras. (b) and (c) are separate. I will refer to them as the “para. (c) opinion” and the “para. (b) determination”.

tion de culpabilité à la lumière de ces nouveaux éléments de preuve. En 1996, le ministre de la Justice renvoie l'affaire devant la Cour d'appel de l'Ontario, pour connaître son opinion sur la question de savoir si les nouveaux éléments de preuve sont admissibles et, dans l'affirmative, lui demander d'en examiner l'effet. La majorité (le juge Goudge étant dissident) conclut à l'inadmissibilité des nouveaux éléments de preuve : (1999), 122 O.A.C. 201. Par la suite, le ministre de la Justice estime qu'il ne reste rien d'autre à faire et en informe Kelly. Ce dernier sollicite une autorisation de pourvoi auprès de la Cour suprême du Canada.

Le demandeur, le ministère public, présente la requête en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi au motif que la Cour d'appel a émis une opinion consultative seulement et que l'opinion n'est pas une procédure judiciaire.

La disposition régissant le renvoi devant la Cour d'appel est l'art. 690 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 :

690. Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la partie XXIV, le ministre de la Justice peut :

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle audition devant tout tribunal qu'il juge approprié si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devrait être prescrit;

b) à tout moment, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas;

c) à tout moment, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire son assistance, et la cour d'appel donne son opinion en conséquence.

La question consiste à savoir si les procédures visées aux al. b) et c) sont distinctes. Je les désignerai comme étant « l'opinion prévue à l'al. c) » et « la décision prévue à l'al. b) ».

The *Criminal Code* separates para. (c) and para. (b) and so keeps them distinct. The provision does not provide that the Minister on referral requests the court of appeal to give both its advisory opinion and its determination as if the matter were an appeal. To the contrary, the language of s. 690 indicates that the two procedures are alternatives.

The Minister may elect to have the court of appeal act under paras. (b) and (c), separately or together. What was his request in this case?

The answer lies in the Minister of Justice's letter of November 25, 1996, where he referred the matter under s. 690, with the request that the court review the matter under para. (c), and only if the new evidence was admissible was it to proceed under para. (b). The Minister wrote:

The unique circumstances of this case require me to obtain the opinion of the Court of Appeal for Ontario pursuant to paragraph 690(c) of the *Criminal Code*. . . .

If the Court of Appeal for Ontario concludes, in answer to the questions I have referred to the Court, that the new information . . . would be admissible on appeal, I am satisfied that in those circumstances it would be an appropriate exercise of my discretion under paragraph 690(b) of the *Criminal Code* to refer the matter to the Court of Appeal for Ontario for hearing and determination by that Court as if it were an appeal by the Applicant. . . .

Accordingly, pursuant to paragraph 690(c) of the *Criminal Code*, I do hereby respectfully refer to the Court of Appeal for Ontario for its opinion. . . . [two questions regarding the admissibility of new evidence]. [Emphasis added.]

The request in this case did not meld the para. (c) opinion with the para. (b) determination. It is clear that the court was asked to undertake the para. (b) determination only if it concluded that there was admissible evidence. This was a sequential assignment: the court was asked "look at C, but look at B only if you answer 'yes' to C". As the Court of appeal concluded there was no admissible evidence, it did not move to para. (b). The Minister's request made a distinction between the para. (c) opinion and the para. (b) determination,

Le *Code criminel* sépare les al. c) et b) et en conserve la distinction de cette façon. La disposition ne prévoit pas que le ministre demande par renvoi à la cour d'appel de donner son opinion consultative et de rendre sa décision comme s'il s'agissait d'un appel. Au contraire, la formulation de l'art. 690 indique que les deux procédures constituent des options distinctes.

Le ministre peut décider de demander à la cour d'appel d'agir en vertu des al. b) et c), ou de l'un ou l'autre. Quelle est sa demande en l'espèce?

La réponse se trouve dans la lettre du 25 novembre 1996 du ministre de la Justice, où en vertu de l'art. 690 il renvoie l'affaire devant la cour, lui demandant de l'examiner aux termes de l'al. c) et, seulement si les nouveaux éléments de preuve sont admissibles, de procéder conformément à l'al. b) :

[TRADUCTION] Les circonstances exceptionnelles de la présente affaire exigent que j'obtienne l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario en vertu de l'alinéa 690c) du *Code criminel*. . . .

Si la Cour d'appel de l'Ontario conclut, en réponse aux questions que j'ai renvoyées devant la Cour, que les nouveaux renseignements [. . .] seraient admissibles, je suis convaincu que, dans ces circonstances, il serait approprié que j'exerce le pouvoir discrétionnaire qui m'est conféré par l'alinéa 690b) du *Code criminel* pour renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel de l'Ontario pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par le demandeur. . . .

Par conséquent, en vertu de l'alinéa 690c) du *Code criminel*, je renvoie respectueusement devant la Cour d'appel de l'Ontario, pour connaître son opinion [. . .] [deux questions relatives à l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve]. [Je souligne.]

La demande en l'espèce ne combine pas l'opinion prévue à l'al. c) avec la décision prévue à l'al. b). Il est clair qu'on a demandé à la cour de rendre la décision prévue à l'al. b) seulement si elle conclut qu'il y a des éléments de preuve admissibles. Il s'agit d'assignations successives : on dit à la cour : « examinez C, mais examinez B seulement si vous répondez "oui" à C ». Étant donné que la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait aucun élément de preuve admissible, elle n'a pas abordé l'al. b). La demande du ministre fait une

6

7

8

9

unlike in *Marcotte v. The Queen*, [1965] S.C.R. 209, [1965] 3 C.C.C. 285, at p. 287 C.C.C., where the reference asked the court of appeal to provide both a “hearing and determination” of the issues.

distinction entre l’opinion prévue à l’al. c) et la décision prévue à l’al. b), contrairement à ce qui se passe dans *Marcotte c. La Reine*, [1965] R.C.S. 209, p. 211, où la cause est renvoyée devant la Cour d’appel pour « audition et décision ».

10 The respondent Kelly submits that due consideration must be given to both the form and substance of the request. However, under s. 690, the Minister alone can decide the issue. There is no requirement that it be referred to the court of appeal. It was open to the Minister to refer as much or as little as was considered appropriate to the case. The Minister used clear language to emphasize the limited and sequential nature of the mandate. The argument of substance over form invites us to ignore these precise and explicit limitations, and it should be rejected.

L’intimé Kelly soutient qu’il faut accorder une importance appropriée tant au fond qu’à la forme de la demande. Toutefois, en vertu de l’art. 690, seul le ministre peut décider de la question. Rien n’exige que celle-ci soit renvoyée devant la cour d’appel. Il était loisible au ministre de renvoyer une question aussi large ou aussi restreinte qu’il l’estimait approprié en l’espèce. Le ministre a utilisé un langage clair pour souligner la nature restreinte et successive du mandat. L’argument favorisant le fond par rapport à la forme nous invite à ne pas tenir compte de ces restrictions précises et explicites, et il doit être rejeté.

11 The Court of Appeal’s reasons support the view that it did not undertake a para. (b) determination. At para. 232, the majority explicitly said “it is not necessary to deal with” the s. 690(b) issue. That the dissenting judge did go on to consider that issue does not change the fact that the court, *per se*, provided only a para. (c) opinion.

Les motifs de la Cour d’appel appuient l’opinion qu’elle n’a pas rendu une décision en vertu de l’al. b). Au paragraphe 232, la majorité dit explicitement [TRADUCTION] « [qu’]il n’est pas nécessaire d’examiner » la question de l’al. 690b). Le fait que le juge dissident ait ensuite examiné cette question ne change rien au fait que la cour, en soi, n’a fourni qu’une opinion en vertu de l’al. c).

12 An appeal to this Court requires a statutory right of appeal. There is none here. The Court of Appeal’s opinion was not an affirmation of a conviction, the court did not issue any order, nor did it make any final determination. The Court of Appeal, like any court, speaks through its majority. That is, the decision governs, not the dissent, no matter how eloquent.

Pour qu’un pourvoi puisse être interjeté devant notre Cour, la loi doit prévoir ce droit. Ce droit n’existe pas en l’espèce. L’opinion de la Cour d’appel n’est pas la confirmation d’une déclaration de culpabilité, et la cour n’a ni délivré une ordonnance ni rendu une décision finale. Comme tout autre tribunal, la Cour d’appel s’exprime par la voix de sa majorité. C’est dire que seule la décision s’applique, et non la dissidence, peu importe son éloquence.

13 In *Reference re Gruenke*, [2000] 1 S.C.R. 836, 2000 SCC 32, leave to appeal from a s. 690 reference was granted, but there was no challenge on the question of jurisdiction and consequently it is of no guidance or assistance on the issue raised here.

Dans le *Renvoi relatif à Gruenke*, [2000] 1 R.C.S. 836, 2000 CSC 32, l’autorisation de pourvoi contre un renvoi visé par l’art. 690 a été accordée, mais la question de la compétence n’était pas contestée, de sorte que cette affaire ne fournit aucune indication et aucune aide quant à la question soulevée en l’espèce.

The motion is granted, and the application for leave to appeal is quashed.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

I. Facts

Patrick Kelly was convicted of the first degree murder of his wife in 1984. Mrs. Kelly died as a result of falling from the balcony of the Kelly's 17th floor apartment in Toronto. At trial, Dawn Taber testified that she had witnessed Mr. Kelly drop his wife over the balcony. Mr. Kelly maintained that his wife fell accidentally over the balcony and that Ms. Taber was not at the apartment on the day in question. Mr. Kelly's appeal to the Court of Appeal was dismissed and his subsequent application for leave to appeal to this Court was denied: [1986] 1 S.C.R. x.

In December 1993, Mr. Kelly applied for a review of his conviction on the basis of a partial recantation by Dawn Taber and new scientific information questioning the validity of the re-enactment evidence presented by the Crown at trial. On November 25, 1996, the then Minister of Justice referred the case to the Ontario Court of Appeal under s. 690 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on the following terms:

I HEREBY REFER, pursuant to paragraph 690(c) of the *Criminal Code*, the application of Patrick Kelly to this Honourable Court with directions to the said Court to hear evidence relating to Dawn Taber and new scientific evidence on the following questions:

1. In the circumstances of this case, would the new information from Dawn Taber be admissible on appeal to the Court of Appeal?
2. In the circumstances of this case, would the new information from the scientific experts be admissible on appeal to the Court of Appeal?

If this Honourable Court concludes that the new information from either or both Dawn Taber and the scientific experts would be admissible on appeal, I do hereby

La requête est accueillie et la demande d'autorisation de pourvoi est annulée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) —

I. Les faits

Patrick Kelly a été déclaré coupable du meurtre au premier degré de sa femme en 1984. Madame Kelly est décédée après être tombée du balcon de l'appartement du couple, situé au 17^e étage d'un immeuble à Toronto. Au procès, Dawn Taber témoigne qu'elle a vu M. Kelly précipiter sa femme par-dessus le balcon. Monsieur Kelly soutient que la chute est accidentelle et que M^{me} Taber ne se trouvait pas à l'appartement ce jour-là. L'appel interjeté par M. Kelly devant la Cour d'appel a été rejeté et sa demande subséquente d'autorisation de pourvoi auprès de notre Cour a été refusée: [1986] 1 R.C.S. x.

En décembre 1993, M. Kelly demande le réexamen de sa condamnation compte tenu de la rétractation partielle de Dawn Taber et des nouveaux renseignements scientifiques mettant en doute la validité de la preuve relative à la reconstitution présentée par le ministère public au procès. Le 25 novembre 1996, le ministre de la Justice de l'époque renvoie l'affaire devant la Cour d'appel de l'Ontario, en vertu de l'art. 690 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, en ces termes :

[TRADUCTION] JE RENVOIE, en vertu de l'alinéa 690c) du *Code criminel*, la demande de Patrick Kelly devant cette honorable Cour pour qu'elle entende les éléments de preuve relatifs à Dawn Taber ainsi que les nouveaux éléments de preuve scientifique afin de répondre aux questions suivantes :

1. Dans les circonstances de l'espèce, les nouveaux renseignements présentés par Dawn Taber seraient-ils admissibles en appel devant la Cour d'appel?
2. Dans les circonstances de l'espèce, les nouveaux renseignements présentés par les experts scientifiques seraient-ils admissibles en appel devant la Cour d'appel?

Si cette honorable Cour décide que les nouveaux renseignements provenant de Dawn Taber et des experts scientifiques, ou de l'un ou l'autre, sont admissibles en

14

15

16

respectfully refer to this Honourable Court, pursuant to paragraph 690(b) of the *Criminal Code*, based on a consideration of the existing record herein, the evidence already heard, and such further evidence as this Honourable Court in its discretion may receive and consider, to determine the case as if it were an appeal by Patrick Kelly on the issue of the fresh evidence.

17 On the reference, the majority of the Court of Appeal concluded that none of the new evidence would be admissible on appeal: (1999), 122 O.A.C. 201. Goudge J.A. agreed with the majority on the issue of the scientific evidence. However, he was of the view that the new information from Dawn Taber was admissible and that a new trial should be ordered. After receiving the Court of Appeal's decision, the Minister of Justice decided not to order any further action under s. 690 of the *Criminal Code* or a reference to this Court.

18 In July of 2000, Mr. Kelly filed an application for leave to appeal to this Court from both the decision of the Court of Appeal and the decision of the Minister of Justice not to order any further action under s. 690 of the *Criminal Code*. The Attorney General for Ontario responded with a motion to quash the leave application on the basis that this Court had no jurisdiction to consider Mr. Kelly's application for leave to appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

19 *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

690. The Minister of Justice may, on an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXIV,

(a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it

appel, je renvoie respectueusement à cette honorable Cour, en vertu de l'alinéa 690b) du *Code criminel* et sur la foi du dossier dont je dispose, les éléments de preuve qui ont déjà été entendus et tout autre élément de preuve que cette honorable Cour choisira d'admettre et examiner, afin qu'elle statue sur l'affaire comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par Patrick Kelly sur la question des nouveaux éléments de preuve.

Quant au renvoi, la Cour d'appel conclut à la majorité qu'aucun nouvel élément de preuve n'est admissible en appel : (1999), 122 O.A.C. 201. Le juge Goudge est d'accord avec les juges majoritaires pour la question des éléments de preuve scientifique. Cependant, il estime que les nouveaux renseignements présentés par Dawn Taber sont admissibles et qu'une ordonnance de nouveau procès doit être rendue. Après avoir pris connaissance de la décision de la Cour d'appel, le ministre de la Justice décide de n'ordonner aucune autre mesure en vertu de l'art. 690 du *Code criminel* et de ne pas soumettre de renvoi à notre Cour.

En juillet 2000, M. Kelly dépose auprès de notre Cour une demande d'autorisation de pourvoi contre la décision de la Cour d'appel et celle du ministre de la Justice de ne pas ordonner d'autre mesure en vertu de l'art. 690 du *Code criminel*. Le procureur général de l'Ontario réplique avec une requête visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi au motif que notre Cour n'a pas compétence pour connaître de la demande de M. Kelly.

II. Dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

690. Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la partie XXIV, le ministre de la Justice peut :

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle audition devant tout tribunal qu'il juge approprié si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devrait être prescrit;

b) à tout moment, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agis-

were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question on which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

691. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

III. Analysis

This motion raises the issue of whether this Court has jurisdiction to consider an application for leave to appeal the decision of the Court of Appeal on this reference under s. 690 of the *Criminal Code*. Counsel for Mr. Kelly argues that both paras. (b) and (c) of s. 690 were engaged on the reference and that, accordingly, the Court of Appeal's reasons constitute a "judgment" from which leave to appeal may be sought under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. He did not raise in his oral argument his written submission that there is an appeal from the decision of the Minister

sait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas;

c) à tout moment, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire son assistance, et la cour d'appel donne son opinion en conséquence.

691. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada :

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

III. Analyse

La présente requête porte sur la question de savoir si notre Cour est habilitée à entendre une demande d'autorisation de pourvoi contre la décision rendue par la Cour d'appel dans ce renvoi en application de l'art. 690 du *Code criminel*. L'avocat de M. Kelly soutient que les al. 690b) et c) sont tous deux mis en cause dans ce renvoi et que les motifs de la Cour d'appel constituent donc un « jugement » à l'égard duquel il est possible de solliciter une autorisation de pourvoi en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Il n'a pas repris dans sa plaidoirie son observation écrite por-

of Justice. Clearly, there is not. Counsel for the Ontario Crown submits that the Court of Appeal only provided an “opinion” under s. 690(c) of the *Code*, which cannot be the subject of a leave application because it is not a “judgment” within the meaning of the *Supreme Court Act*.

21 My colleague, Justice Major, concludes that since the reference was pursuant to s. 690(c) of the *Code*, this Court does not have jurisdiction to consider the application for leave to appeal. In his view, the reasons of the Court of Appeal constitute an “opinion”, pursuant to s. 690(c) of the *Criminal Code*, which is not appealable to this Court. In my view, this interpretation of the reference question places undue emphasis on the form of the question rather than giving due consideration to both the form and substance of the question.

22 The substance of the reference asks the Court of Appeal to decide, just as it would on an ordinary appeal, whether fresh evidence is admissible and, if so, what impact it has on the conviction. The form of the question asks the Court of Appeal to offer only an “opinion” if it concludes the new evidence is inadmissible on appeal, but to provide a decision on the merits of the appeal if the evidence is deemed admissible. The result of the way in which the question is structured is that if the Court of Appeal’s “opinion” is unfavourable to Mr. Kelly, he has no recourse to this Court. However, if the Court of Appeal decides in Mr. Kelly’s favour and finds that the new evidence is admissible and a new trial should be ordered, the Crown may apply for leave to appeal to this Court, or indeed may appeal as of right if there is a dissent, since it constitutes an appeal of a final order. Thus, the Crown may appeal an unfavourable decision, while Mr. Kelly is barred from appealing a decision which is not in his favour.

tant qu’il peut être interjeté appel de la décision du ministre de la Justice. Ce n’est clairement pas le cas. Le substitut du procureur général de l’Ontario fait valoir que la Cour d’appel n’a donné qu’une « opinion » en vertu de l’al. 690c) du *Code*, laquelle ne peut faire l’objet d’une demande d’autorisation de pourvoi puisqu’il ne s’agit pas d’un « jugement » au sens de la *Loi sur la Cour suprême*.

Mon collègue le juge Major conclut qu’étant donné que le renvoi a été soumis en vertu de l’al. 690c) du *Code*, notre Cour n’est pas compétente pour connaître de la demande d’autorisation de pourvoi. Selon lui, les motifs de la Cour d’appel constituent une « opinion », aux termes l’al. 690c) du *Code criminel*, qui ne peut faire l’objet d’un pourvoi devant notre Cour. Je suis d’avis que cette interprétation de la question du renvoi repose trop sur la forme de la question, au lieu de tenir dûment compte à la fois de la forme et du fond de la question.

Essentiellement, le renvoi demande à la Cour d’appel de décider, comme elle le ferait dans n’importe quel pourvoi, si les nouveaux éléments de preuve sont admissibles et, dans l’affirmative, de leur incidence sur la culpabilité. La forme que revêt la question ne sollicite de la Cour d’appel qu’une « opinion » si elle conclut à l’inadmissibilité des nouveaux éléments de preuve en appel, mais on lui demande de rendre une décision quant au fond de l’appel si elle conclut que les éléments de preuve sont admissibles. La façon dont la question est structurée fait que, si l’« opinion » de la Cour d’appel est défavorable à M. Kelly, il ne dispose d’aucun recours devant notre Cour. Cependant, si la Cour d’appel tranche en sa faveur et conclut que les nouveaux éléments de preuve sont admissibles et qu’un nouveau procès doit être tenu, le ministère public peut solliciter une autorisation de pourvoi auprès de notre Cour ou même interjeter appel de plein droit en cas de dissidence, puisqu’il s’agit d’un appel d’une ordonnance définitive. Le ministère public pourrait donc se pourvoir contre une décision défavorable, ce qui n’est pas le cas pour M. Kelly s’il se trouvait dans cette même situation.

In my view, such a formalistic interpretation of the reference question should not be adopted. The division of the issues between the unappealable opinion on the admissibility of the fresh evidence, and the appealable decision on the effect of the evidence if admitted, appears to serve no other purpose than to curtail Mr. Kelly's access to appellate review. No other purpose has been advanced. Moreover, I find it artificial to purport to sever the issue of whether the fresh evidence would be admissible (the s. 690(c) opinion) from the issue of whether a new trial should be ordered solely on the basis of the fresh evidence (the s. 690(b) appeal). Since the substance of the reference question involved a consideration at both stages of the admissibility of the fresh evidence and of its effects if admitted, it is my view that the decision rendered by the Court of Appeal was a decision that either the Crown or Mr. Kelly may appeal to this Court. To hold otherwise would result in the untenable conclusion that the portion of the Court of Appeal judgment written by Goudge J.A., had it been expressed by the majority, would have been a final decision and therefore appealable, while the majority reasons constitute only an "opinion" that may not be appealed. It cannot be that the legal significance of the reference question depends upon the answer to the question.

The test for the admissibility of fresh evidence set out by this Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, supports the view that the fresh evidence issue is inseparable from the appeal itself. As part of the *Palmer* test, the court of appeal is required to consider, in part, whether the fresh evidence, if believed and taken together with the other evidence adduced at trial, is likely to have affected the outcome. Once the court of appeal has decided whether or not the fresh evidence could reasonably have affected the result of the trial, the appeal follows suit. Thus, in an appeal solely on the issue of fresh evidence, the court's

À mon sens, une telle interprétation formaliste de la question du renvoi ne devrait pas être adoptée. Il semble que la séparation des questions entre, d'une part, l'opinion non susceptible d'appel quant à l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve et, d'autre part, la décision pouvant faire l'objet d'un appel quant à l'incidence de la preuve si celle-ci était admise ne vise qu'à empêcher M. Kelly de se prévaloir d'une révision en appel. On ne nous a soumis aucun autre objectif. En outre, j'estime qu'il est artificiel de prétendre séparer la question de l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve (l'opinion visée à l'al. 690c) et celle de la justification de la tenue d'un nouveau procès uniquement sur le fondement des nouveaux éléments de preuve (l'appel visé à l'al. 690b)). Vu que le fond de la question du renvoi nécessite, dans les deux cas, l'examen de l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve et des incidences qu'ils auraient s'ils étaient admis, je suis d'avis que la décision rendue par la Cour d'appel est une décision dont autant le ministère public que M. Kelly peuvent interjeter appel auprès de notre Cour. Une interprétation différente donnerait lieu à la conclusion insoutenable que la partie du jugement de la Cour d'appel rédigée par le juge Goudge, si elle avait été exprimée par la majorité, aurait constitué une décision finale et aurait donc été susceptible d'appel, alors que les motifs de la majorité ne constitueraient qu'une « opinion » non susceptible d'appel. On ne peut prétendre que la nature juridique de la question du renvoi dépend de la manière d'y répondre.

Le critère de l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve, énoncé par notre Cour dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, démontre que la question des nouveaux éléments de preuve est indissociable de l'appel à proprement parler. Selon l'un des critères de l'arrêt *Palmer*, la cour d'appel est tenue d'examiner si les nouveaux éléments de preuve sont susceptibles d'influencer l'issue du procès, à supposer qu'ils soient dignes de foi et évalués par rapport à l'ensemble de la preuve offerte. Une fois que la cour d'appel a décidé si les nouveaux éléments de preuve peuvent raisonnablement influencer l'issue du procès, l'appel est tran-

decision on the admissibility of the fresh evidence will be determinative of the appeal itself.

ché. En conséquence, lorsque nous sommes en présence d'un appel fondé uniquement sur des nouveaux éléments de preuve, la décision de la cour sur leur admissibilité déterminera l'issue même de l'appel.

25

I find support for this view in the reasons of the Court of Appeal on the reference. It is clear from the majority reasons that the consideration of the admissibility of evidence under s. 690(c) was inseparable from the issue of whether a new trial should be ordered under s. 690(b). At para. 171 of the reasons, Finlayson and Osborne J.J.A., speaking as the majority, state that “[i]n carrying out the directions of the Minister, we are bound to treat this application as we would any application to admit fresh evidence in a criminal appeal under s. 683(1)(d) of the Code, and the case law flowing therefrom”. Further, at para. 186, they say:

Ce point de vue est étayé par les motifs exposés par la Cour d’appel sur la question du renvoi. Il ressort clairement des motifs de la majorité que l’examen de l’admissibilité des éléments de preuve en vertu de l’al. 690c) est indissociable de la question de savoir si une ordonnance de nouveau procès devrait être rendue en vertu de l’al. 690b). Au paragraphe 171 des motifs, les juges Finlayson et Osborne, s’exprimant au nom de la majorité, énoncent que [TRADUCTION] « [d]onnant suite aux instructions du ministre, nous sommes tenus de traiter cette demande de la même façon que nous le ferions pour toute demande relative à l’admission de nouveaux éléments de preuve, dans le cadre d’un appel en matière criminelle en vertu de l’al. 683(1)d) du Code et de la jurisprudence qui en découle ». Plus loin, au par. 186, ils déclarent :

We reject the suggestion that we should simply report back to the Minister of Justice that after all this extended effort we are not in a position to determine the narrow questions that have been referred to us. The answer to the s. 690(b) reference being in the negative, the fresh evidence of Ms. Taber’s recantation having been found inadmissible, we are bound to dispose of the s. 690(c) matter by upholding the trial result. [Emphasis added.] [It appears that the Court of Appeal may have inadvertently reversed the paragraph numbers in this passage.]

[TRADUCTION] Nous rejetons la proposition selon laquelle nous devrions simplement informer le ministre de la Justice qu’après tous les efforts que nous avons déployés, nous ne sommes pas en mesure de trancher les questions précises qui nous ont été soumises. Comme la réponse au renvoi visé à l’al. 690b) est négative et que les nouveaux éléments de preuve relatifs à la rétractation de M^{me} Taber ont été jugés inadmissibles, nous sommes tenus de trancher la question de l’al. 690c) en confirmant la décision rendue par le juge du procès. [Je souligne.] [Il semblerait que la Cour d’appel ait, par inadvertance, inversé l’identification des alinéas dans cet extrait.]

In my view, these passages from the majority reasons illustrate the fact that the Court of Appeal’s “opinion” under s. 690(c) is inseparable from its determination of the appeal under s. 690(b).

À mon avis, ces extraits des motifs de la majorité démontrent que l’« opinion » rendue par la Cour d’appel en vertu de l’al. 690c) est indissociable de l’issue de l’appel visé à l’al. 690b).

26

The dissenting opinion of Goudge J.A. is also instructive. Being of the opinion that the fresh evidence would be admissible, he proceeds to deal with the appeal. He says at para. 322: “[t]o complete the determination of this case as if it were an appeal by Mr. Kelly on the issue of the fresh evi-

L’opinion dissidente du juge Goudge est également révélatrice. Étant d’avis que les nouveaux éléments de preuve sont admissibles, il a procédé à l’examen de l’appel. Il dit au par. 322 : [TRADUCTION] « [p]our disposer de la présente affaire comme s’il s’agissait d’un appel interjeté par

dence, as the Minister asks, I would direct a new trial". Since the reference stipulated that the appeal should be "on the issue of the fresh evidence", little more needed to be considered on the appeal. The sole remaining issue would be whether the fresh evidence was such that a jury was bound to acquit, in which case an acquittal would be entered: see *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395 (Ont. C.A.). Otherwise, the matter would be sent back for a new trial. There could be no recourse to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* where evidence meeting the *Palmer* test had not been considered by the trier of fact. This illustrates, in my view, that there is little left of the appeal ordered in the reference after the opinion to admit the fresh evidence is expressed. All that remains is for the court to make an order. This illustrates how completely artificial the breakdown of these issues is in the terms of reference.

In my view, the response of the Court of Appeal to both questions posed in this reference was a judgment affirming a conviction. I think that was also the understanding of the Court of Appeal. It is undisputed that this Court has jurisdiction to hear an appeal from a decision of a court of appeal made under s. 690(b) of the *Criminal Code*: *Marcotte v. The Queen*, [1965] S.C.R. 209. Given my conclusion that both paras. (b) and (c) of s. 690 were engaged on the reference, it follows that the decision of the Court of Appeal on the reference is a "judgment" within the meaning of the *Supreme Court Act*, from which leave to appeal may be sought: *Supreme Court Act*, ss. 2(1) and 40(1).

Given my conclusion that this reference engages both s. 690(b) and (c) of the *Code*, the question arises whether leave to appeal to this Court is required or whether the appeal is as of right under s. 691(1)(a) of the *Code*. While Mr. Kelly has applied for leave to appeal to this Court, his counsel now submits that the appeal should be as of

M. Kelly sur la question des nouveaux éléments de preuve, tel que l'a demandé le ministre, je suis d'avis d'ordonner un nouveau procès ». Puisque le renvoi stipulait que l'appel devait porter « sur la question des nouveaux éléments de preuve », l'examen de l'appel était alors complet. La seule question qu'il restait à trancher consistait à savoir si les nouveaux éléments de preuve étaient tels qu'un jury serait tenu d'acquitter l'accusé, auquel cas un verdict d'acquiescement aurait été inscrit : voir *R. c. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395 (C.A. Ont.). Autrement, l'affaire devait être renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès. Aucun recours n'est prévu à l'égard du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* si le juge des faits n'a pas tenu compte des éléments de preuve visant à satisfaire au critère de l'arrêt *Palmer*. Cela illustre à mon avis qu'il ne reste que peu de choses de l'appel soumis par renvoi une fois qu'on a conclu à l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve. La cour n'a plus qu'à rendre une ordonnance. Cela démontre à quel point la séparation des questions dans le cadre du renvoi est artificielle.

À mon sens, la réponse fournie par la Cour d'appel aux deux questions posées dans ce renvoi constitue un jugement confirmant une déclaration de culpabilité. J'estime que c'était également l'avis de la Cour d'appel. Il n'est pas contesté que notre Cour a compétence pour entendre un appel d'une décision rendue par une cour d'appel en application de l'al. 690(b) du *Code criminel* : *Marcotte c. La Reine*, [1965] R.C.S. 209. Vu ma conclusion que les al. 690(b) et c) sont mis en cause dans ce renvoi, il s'ensuit que la décision de la Cour d'appel quant au renvoi constitue un « jugement » au sens de la *Loi sur la Cour suprême*, à l'égard duquel on peut chercher à obtenir une autorisation de pourvoi : *Loi sur la Cour suprême*, par. 2(1) et 40(1).

Vu ma conclusion que ce renvoi met en cause à la fois les al. 690(b) et c) du *Code*, la question se pose à savoir si l'autorisation de pourvoi auprès de notre Cour est requise ou s'il s'agit plutôt d'un appel de plein droit en vertu de l'al. 691(1)(a) du *Code*. Bien que M. Kelly ait déposé une demande d'autorisation de pourvoi, son avocat fait mainte-

right pursuant to *Marcotte, supra*. In my view, the case of *Marcotte, supra*, is not decisive on this issue as it concerned a provision conferring an appeal as of right for capital offences. Nor is this Court's decision in *Reference re Gruenke*, [2000] 1 S.C.R. 836, 2000 SCC 32, determinative of the issue. In that case, the decision of the Manitoba Court of Appeal was unanimous, therefore leave to appeal to this Court was required and granted pursuant to s. 691(1)(b) of the *Criminal Code*: see *Reference re: Gruenke* (1998), 131 C.C.C. (3d) 72. (No objection was raised about this Court's jurisdiction in *Gruenke*, and therefore the case cannot be used as a precedent affirming this Court's jurisdiction in the present case.)

29 Section 690(b) of the *Code* provides that the Court of Appeal is to hear the reference "as if it were an appeal by the convicted person". Section 691(1)(a) of the *Code* provides that a person convicted of an indictable offence whose conviction is affirmed by the Court of Appeal may appeal as of right to the Supreme Court of Canada on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents. Given my view that the Court of Appeal rendered a decision affirming the conviction of Mr. Kelly, it is also my view that s. 691(1)(a) applies and that the appeal to this Court is as of right.

30 For these reasons, I would dismiss the motion to quash the application for leave to appeal.

Motion granted, ARBOUR J. dissenting.

Solicitor for the applicant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.

nant valoir que l'appel aurait dû être entendu de plein droit conformément à *Marcotte*, précité. J'estime pour ma part que l'arrêt *Marcotte*, précité, n'est pas déterminant quant à cette question, étant donné qu'il porte sur une disposition accordant un appel de plein droit en matière d'infractions punissables de la peine de mort. La décision que notre Cour a rendue dans *Renvoi relatif à Gruenke*, [2000] 1 R.C.S. 836, 2000 CSC 32, n'est pas non plus déterminante à cet égard. Dans cet arrêt, la décision de la Cour d'appel du Manitoba étant unanime, l'autorisation de pourvoi auprès de notre Cour était exigée et elle a été accordée en vertu de l'al. 691(1)(b) du *Code criminel* : voir *Reference re: Gruenke* (1998), 131 C.C.C. (3d) 72. (Aucune objection n'a été soulevée quant à la compétence de notre Cour dans *Gruenke* et, par conséquent, cet arrêt ne peut servir de précédent pour confirmer la compétence de notre Cour en l'espèce.)

L'alinéa 690(b) du *Code* prévoit que la Cour d'appel doit être saisie du renvoi « comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ». L'alinéa 691(1)(a) du *Code* dispose qu'une personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la Cour d'appel peut interjeter appel de plein droit à la Cour suprême du Canada sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident. Étant donné que je suis d'avis que la Cour d'appel a rendu une décision confirmant la déclaration de culpabilité de M. Kelly, je suis également d'avis que l'al. 691(1)(a) s'applique et que l'appel interjeté auprès de notre Cour est un appel de plein droit.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la requête visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi.

Requête accueillie, le juge ARBOUR est dissidente.

Procureur de la requérante : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Ruby & Edwardh, Toronto.

Lenore Rideout *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RIDEOUT

Neutral citation: 2001 SCC 27.

File No.: 27675.

2001: April 26.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND*Criminal law — Evidence — Hearsay — Defence counsel at trial consenting to admission of hearsay evidence — Court of Appeal dismissing accused's appeal from conviction — Defence counsel's decision not leading to miscarriage of justice.*

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 182 Nfld. & P.E.I.R. 227, 554 A.P.R. 227, [1999] N.J. No. 294 (QL), upholding the accused's conviction. Appeal dismissed.

Jerome P. Kennedy, for the appellant.*Kathleen Healey*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MAJOR J. — It is common ground that the defence counsel was an experienced and competent one. The appellant contends, however, that trial counsel's decision in this case was a mistake and led to a miscarriage of justice.

We do not agree with his submission and the appeal is dismissed substantially for the reasons of the majority in the Newfoundland Court of Appeal.

*Judgment accordingly.***Lenore Rideout** *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. RIDEOUT

Référence neutre : 2001 CSC 27.

N° du greffe : 27675.

2001 : 26 avril.

Présents : Les juges Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Avocat de la défense au procès consentant à l'admissibilité d'une preuve par ouï-dire — Appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — Décision prise par l'avocat de la défense n'ayant pas entraîné une erreur judiciaire.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 182 Nfld. & P.E.I.R. 227, 554 A.P.R. 227, [1999] N.J. No. 294 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Jerome P. Kennedy, pour l'appelante.*Kathleen Healey*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MAJOR — Il est admis que l'avocat de la défense était expérimenté et compétent. Toutefois, l'appelante prétend que la décision prise par son avocat au procès était erronée et a entraîné une erreur judiciaire.

Nous ne souscrivons pas à cet argument et le pourvoi est rejeté, essentiellement pour les motifs exposés par les juges majoritaires en Cour d'appel de Terre-Neuve.

Jugement en conséquence.

1

2

*Solicitors for the appellant: Simmonds,
Kennedy, St. John's.*

*Procureurs de l'appelante : Simmonds,
Kennedy, St. John's.*

*Solicitor for the respondent: The Department of
Justice, St. John's.*

*Procureur de l'intimée : Le ministère de la Jus-
tice, St. John's.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Lloyd Alfred Pakoo *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PAKOO

Neutral citation: 2001 SCC 28.

File No.: 28226.

2001: April 26.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Unreasonable verdict — Sexual assault — Court of Appeal setting aside accused's conviction and entering acquittal — Court of Appeal's judgment affirmed.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (2000), 150 Man. R. (2d) 247 (*sub nom. R. v. L.A.P.*), 230 W.A.C. 247, [2000] M.J. No. 483 (QL), 2000 MBCA 109, setting aside the accused's conviction and entering an acquittal. Appeal dismissed.

Gregg Lawlor and *Manfred Pflug*, for the appellant.

Aaron M. London, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MAJOR J. — We are all in agreement, substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal for Manitoba, that this appeal should be dismissed.

The Court of Appeal applied the governing principles in *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v.*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Lloyd Alfred Pakoo *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. PAKOO

Référence neutre : 2001 CSC 28.

N° du greffe : 28226.

2001 : 26 avril.

Présents : Les juges Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Verdict déraisonnable — Agression sexuelle — Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité de l'accusé et inscrivant un acquittement — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (2000), 150 Man. R. (2d) 247 (*sub nom. R. c. L.A.P.*), 230 W.A.C. 247, [2000] M.J. No. 483 (QL), 2000 MBCA 109, annulant la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé et inscrivant un acquittement. Pourvoi rejeté.

Gregg Lawlor et *Manfred Pflug*, pour l'appelante.

Aaron M. London, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MAJOR — Nous sommes tous d'avis, essentiellement pour les motifs exposés par les juges majoritaires en Cour d'appel du Manitoba, que le présent pourvoi doit être rejeté.

La Cour d'appel a appliqué les principes pertinents énoncés dans les arrêts *R. c. Yeves*, [1987] 2

Biniaris, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, and there has been no reason demonstrated in this Crown appeal as of right for this Court to interfere.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Gindin Wolson Simmonds, Winnipeg.

R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, et il n'a été présenté, dans le présent appel formé de plein droit par le ministère public, aucune raison justifiant notre Cour d'intervenir.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé : Gindin Wolson Simmonds, Winnipeg.

Alfred Dutra *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DUTRA

Neutral citation: 2001 SCC 29.

File No.: 27831.

2001: May 16.

Present: Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — No violation of accused's right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 137 B.C.A.C. 104, 223 W.A.C. 104, 34 C.R. (5th) 162, [2000] B.C.J. No. 659 (QL), 2000 BCCA 174, dismissing the accused's appeal from his conviction for harassment. Appeal dismissed.

Jeffrey R. Ray, for the appellant.

W. J. Scott Bell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — This is an appeal as of right which raises questions under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* dealing with unreasonable delay. These questions involve well-established principles as expressed in the governing jurisprudence. We look to courts of appeal to be vigilant in supervising their application in given cases. We are all concerned with the length of the delay in light of the restrictive bail condi-

Alfred Dutra *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. DUTRA

Référence neutre : 2001 CSC 29.

N° du greffe : 27831.

2001 : 16 mai.

Présents : Les juges Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Aucune violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 137 B.C.A.C. 104, 223 W.A.C. 104, 34 C.R. (5th) 162, [2000] B.C.J. No. 659 (QL), 2000 BCCA 174, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour harcèlement. Pourvoi rejeté.

Jeffrey R. Ray, pour l'appelant.

W. J. Scott Bell, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Cet appel de plein droit soulève des questions en vertu de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui a trait au délai déraisonnable. Ces questions font intervenir des principes bien établis énoncés dans la jurisprudence pertinente. Nous attendons des cours d'appel qu'elles fassent preuve de vigilance lorsqu'elles contrôlent leur application dans les causes qui leur sont soumises. Nous sommes tous préoc-

tions imposed in this case, and in particular with the fact, agreed to by the parties and confirmed by the British Columbia Court of Appeal, that in 1996 a trial date for a two-day trial could not be obtained in the Provincial Court in less than a year. However, in the final analysis we can find no error in the disposition made by the British Columbia Court of Appeal that warrants our intervention. Accordingly, we dismiss the appeal and deny the appellant's request for costs.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Jeffrey R. Ray, New Westminster, B.C.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

cupés par la durée du délai, compte tenu des conditions restrictives de liberté sous caution imposées en l'espèce, et surtout par le fait, admis par les parties et confirmé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qu'en 1996 il fallait attendre au moins un an avant la tenue d'un procès de deux jours en cour provinciale. Toutefois, en dernière analyse, nous estimons que la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne comporte aucune erreur justifiant notre intervention. Par conséquent, nous rejetons l'appel et la demande de dépens présentée par l'appelant.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Jeffrey R. Ray, New Westminster, C.-B.

Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Réjean Parent *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. PARENT

Neutral citation: 2001 SCC 30.

File No.: 27652.

2001: March 14; 2001: May 17.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to jury — Murder — Effect of anger on criminal intent — Trial judge suggesting in his charge that intense anger short of provocation might suffice to reduce murder to manslaughter by raising doubts on existence of criminal intent for murder — Whether trial judge misdirected jury on effect of anger in relation to manslaughter — If so, whether recharge on provocation corrected misdirection.

The accused and his estranged wife were involved in litigation over the division of their assets, some of which were held in a corporation. Because of financial difficulties, the accused's shares were seized and put up for sale. The wife attended the sale, allegedly intending to buy the shares. The accused was also present. The wife suggested that they speak. She said: "I told you that I would wipe you out completely" at which time the accused shot his wife six times and killed her with a loaded gun he was carrying in his pocket. At trial the accused, who was charged with first degree murder, testified that he did not intend to kill his wife and did not know what he was doing. He argued that the verdict should be reduced to manslaughter on the basis of lack of criminal intent or provocation. The jury found him

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Réjean Parent *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. PARENT

Référence neutre : 2001 CSC 30.

N° du greffe : 27652.

2001 : 14 mars; 2001 : 17 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre — Effet de la colère sur l'intention criminelle — Exposé du juge du procès suggérant que la colère en deçà de la provocation pourrait suffire pour réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable en faisant naître un doute quant à l'existence de l'intention criminelle applicable au meurtre — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées sur l'effet de la colère en matière d'homicide involontaire coupable? — Dans l'affirmative, le nouvel exposé sur la provocation a-t-il eu pour effet de corriger les directives erronées?

L'accusé et son épouse, qui étaient séparés, étaient aux prises devant les tribunaux relativement au partage de leurs biens, dont certains étaient détenus par une personne morale. En raison de difficultés financières, les actions de l'accusé ont été saisies et mises en vente. L'épouse a assisté à la vente dans l'intention, a-t-on allégué, d'acheter les actions en question. L'accusé était également présent. L'épouse a suggéré qu'ils parlent. Elle a dit : « Je te l'avais dit que je te mettrais sur le cul », après quoi l'accusé l'a abattue de six coups de feu à l'aide d'une arme chargée qu'il portait sur lui. Inculqué de meurtre au premier degré, l'accusé a, au procès, témoigné qu'il n'avait pas eu l'intention de tuer son épouse et qu'il ne savait pas ce qu'il faisait. Il a prétendu qu'il devait être déclaré coupable d'homicide

guilty of manslaughter. The Court of Appeal upheld the verdict.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered on second degree murder.

The trial judge erred in his charge to the jury on the effect of anger on criminal intent and its relationship to manslaughter. In the context of murder, the defence of provocation does not eliminate the need for proof of intention to kill, but operates as an excuse that has the effect of reducing murder to manslaughter. Portions of the jury charge in which the trial judge addressed the criminal intent suggested that anger, if sufficiently serious or intense, but not amounting to the defence of provocation, may reduce murder to manslaughter. It also suggested that such anger could negate the criminal intention for murder. These connected propositions are not legally correct. Intense anger alone is insufficient to reduce murder to manslaughter. Anger can play a role in reducing murder to manslaughter in connection with the defence of provocation when all the requirements of that defence are met. Anger is not a stand-alone defence. The trial judge's misdirections on the effect of anger in relation to manslaughter left it open to the jury to find the accused guilty of manslaughter, on the basis of the anger felt by the accused, even if they concluded that the conditions required for the defence of provocation were not met. The trial judge's initial direction that anger alone might reduce murder to manslaughter was not corrected on the recharge on provocation and it cannot be inferred from the way the trial proceeded that the jury's verdict of manslaughter was not based on the erroneous initial direction.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

involontaire coupable en raison soit de la provocation soit de l'absence d'intention criminelle. Le jury l'a déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. La Cour d'appel a confirmé le verdict.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné pour meurtre au deuxième degré.

Le juge du procès a commis une erreur dans son exposé au jury quant à l'effet de la colère sur l'intention criminelle et à son lien avec l'homicide involontaire coupable. En matière de meurtre, la provocation n'écarte pas la nécessité de prouver l'intention de tuer, mais constitue une excuse ayant pour effet de réduire l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable. Des passages de l'exposé au jury dans lesquels le juge du procès examine la question de l'intention criminelle donnent à entendre que la colère, si elle est suffisamment grave ou intense — sans toutefois donner ouverture à la défense de provocation — peut réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. Ils suggèrent en outre qu'une telle colère peut neutraliser l'intention criminelle requise pour qu'une personne soit déclarée coupable de meurtre. Ces propositions interreliées ne sont pas fondées en droit. Une colère intense ne permet pas à elle seule de réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable. La colère peut contribuer à réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable dans le cadre de la défense de provocation lorsque toutes les conditions d'application de ce moyen de défense sont réunies. La colère ne constitue pas un moyen de défense autonome. Les directives erronées du juge du procès concernant l'effet de la colère en matière d'homicide involontaire coupable laissent aux jurés la possibilité de déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable en se fondant sur la colère ressentie par ce dernier, même s'ils concluaient que les conditions d'application de la défense de provocation n'étaient pas réunies. Le nouvel exposé sur la provocation n'a pas corrigé la directive initiale erronée suggérant que la colère pourrait à elle seule réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable, et on ne peut inférer du déroulement du procès que le verdict d'homicide involontaire coupable prononcé par le jury ne repose pas sur la directive initiale erronée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal rendered October 19, 1999 dismissing the Crown's appeal from the accused's conviction for manslaughter. Appeal allowed and new trial ordered on second degree murder.

Pierre Lapointe, for the appellant.

Kenny Gionet, for the respondent.

Trevor Shaw, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — On September 24, 1996, the respondent, Réjean Parent, shot and killed his estranged wife. She had initiated divorce proceedings four years earlier and they were involved in litigation over the division of their assets, some of which were held in a corporation. In the meantime, their financial situation deteriorated, to the point that Mr. Parent's shares were seized and put up for sale. The wife attended the sale, allegedly intending to buy the shares. Mr. Parent also attended. He carried a loaded gun with a locked security catch in his pocket. There, she suggested they speak and they retired into a nearby room. Shortly after, shots were heard. Mr. Parent had shot his wife six times. She died from the wounds later that night.

Mr. Parent was charged with first degree murder. At trial, he testified that when they proceeded to the room his wife had said, in effect: [TRANSLATION] "I told you that I would wipe you out completely." He then felt a hot flush rising and shot. He said he [TRANSLATION] "didn't know what [he] was doing any more" and was aiming in front of him. He said he did not intend to kill his wife. After doing so, he left the building and spent the afternoon in a strip club before giving himself up to police that evening.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec rendu le 19 octobre 1999 qui a rejeté l'appel formé par le ministère public contre le verdict d'homicide involontaire coupable. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné pour meurtre au deuxième degré.

Pierre Lapointe, pour l'appelante.

Kenny Gionet, pour l'intimé.

Trevor Shaw, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le 24 septembre 1996, l'intimé, Réjean Parent, a abattu de plusieurs coups de feu son épouse dont il était séparé et qui avait intenté une action en divorce quatre ans plus tôt. Le couple était aux prises devant les tribunaux relativement au partage de leurs biens, dont certains étaient détenus par une personne morale. Depuis la séparation, leur situation financière s'était détériorée à tel point que les actions de M. Parent avaient été saisies et mises en vente. L'épouse a assisté à la vente, dans le but, a-t-on allégué, d'acheter les actions. Monsieur Parent s'y est lui aussi présenté, avec une arme à feu chargée et verrouillée dans ses poches. Sur les lieux de la vente, l'épouse a suggéré qu'ils parlent et ils se sont retirés dans une pièce avoisinante. Peu après, des coups de feu ont retenti. Monsieur Parent a fait feu à six reprises sur son épouse, qui a succombé à ses blessures le soir même.

Monsieur Parent a été accusé de meurtre au premier degré. Au procès, il a témoigné que, une fois qu'ils furent arrivés dans la pièce en question, son épouse lui a dit : « Je te l'avais dit que je te mettrais sur le cul ». Il a alors senti une bouffée de chaleur monter en lui, puis il a tiré. Il a dit : « je savais plus ce que je faisais » et « j'ai tiré en avant de moi ». Il a prétendu ne pas avoir eu l'intention de tuer son épouse. Après l'avoir fait, il a quitté l'immeuble et, après avoir passé l'après-midi dans un club de danseuses, il s'est livré à la police dans la soirée.

1

2

3 At trial, Mr. Parent argued that the verdict should be reduced to manslaughter on the basis of lack of criminal intent or provocation. The jury found him guilty of manslaughter. He was sentenced to 16 years' imprisonment, and a lifetime prohibition on possessing firearms, ammunition and explosives: [1997] Q.J. No. 4459 (QL).

Au procès, M. Parent a plaidé qu'il devait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable en raison soit de la provocation de la victime soit de l'absence d'intention criminelle. Le jury l'a reconnu coupable d'homicide involontaire coupable. Il a été condamné à une peine de 16 ans d'emprisonnement, assortie d'une interdiction perpétuelle d'avoir en sa possession des armes à feu, des munitions et des substances explosives : [1997] A.Q. n° 4459 (QL).

4 The Crown appealed the verdict of manslaughter, and Parent appealed the sentence. The Quebec Court of Appeal dismissed the appeal from the verdict without reasons, but in separate proceedings ((1999), 142 C.C.C. (3d) 82) reduced the sentence to six years' imprisonment, after giving Mr. Parent credit of two years for time served. In this Court, the appellant raised one point only: that the judge had erred in his instructions to the jury on the effect of anger, creating a "defence of anger" (*défense de colère*) distinct from the defence of provocation. The respondent, for his part, argued that any difficulties in the judge's directions to the jury were cleared up in his redirection on provocation in answer to jury questions and that the jury properly convicted the accused of manslaughter on the basis of provocation.

Le ministère public a interjeté appel du verdict d'homicide involontaire coupable, alors que Parent a fait appel de la peine. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel du verdict sans donner de motif, mais, dans une instance distincte ([1999] J.Q. n° 5127 (QL)), elle a réduit à six ans la durée de la peine d'emprisonnement qui avait été infligée à Parent, après avoir soustrait deux ans à celle-ci pour tenir compte du temps déjà purgé en détention. Devant notre Cour, l'appelante n'a soulevé qu'un seul argument : savoir que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury sur l'incidence de la colère, créant ainsi une « défense de colère » distincte de la défense de provocation. De son côté, l'intimé a fait valoir, d'une part, que toute difficulté qu'avaient pu faire naître les directives du juge du procès avait été éliminée par ses nouvelles directives sur la provocation, données en réponse aux questions du jury, et, d'autre part, que ce dernier l'avait à juste titre déclaré coupable d'homicide involontaire coupable en raison de la provocation.

5 Two issues are raised: (1) whether the trial judge erred in his charge to the jury on intention, and (2) if so, whether that error was cured by the redirection. I conclude that the trial judge erred in his direction on intention and that the recharge did not eliminate the possibility that this error led the jury wrongly to find the respondent guilty of manslaughter. Accordingly, the conviction must be set aside and a new trial ordered.

Deux questions se posent : (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son exposé au jury au sujet de l'intention? (2) Si oui, le nouvel exposé a-t-il corrigé cette erreur? J'arrive à la conclusion que le juge du procès a donné des directives erronées sur la question de l'intention et que son nouvel exposé n'a pas éliminé le risque que cette erreur ait amené le jury à déclarer à tort l'intimé coupable d'homicide involontaire coupable. En conséquence, la déclaration de culpabilité doit être annulée et un nouveau procès doit être ordonné.

1. Did the Trial Judge Err in his Charge to the Jury on Intention?

The jury had three possible offences before it: first degree murder, second degree murder and manslaughter. All three offences require proof of an act of killing (*actus reus*) and the corresponding criminal intention (*mens rea*). In relation to murder, the defence of provocation does not eliminate the need for proof of intention to kill, but operates as an excuse that has the effect of reducing murder to manslaughter.

The Crown argues that the trial judge erred in suggesting that anger is capable of negating the intention to kill and that the jury could reduce the offence to manslaughter on this basis. More particularly, the Crown suggests that the judge's directions wrongly treated anger as a matter that could negate the criminal intent or *mens rea* of the offence; wrongly suggested that negation of intent can reduce the offence to manslaughter; and wrongly left open the suggestion that anger alone can establish provocation, when in fact other requirements must be met pursuant to s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The gravamen of the Crown's submission is that the trial judge's direction on intention was confusing and wrong and left it open to the jury to convict the accused of manslaughter, not on the basis of provocation (which the trial judge correctly defined), but on the erroneous basis that a high degree of anger short of provocation, as defined in law, could negate the criminal intent or *mens rea* of the offence.

The Crown objects to the portions of the jury charge in which the trial judge stated that the jury must take into account [TRANSLATION] "evidence surrounding the defence of provocation raised by the accused" in determining the accused's intent to

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son exposé au jury au sujet de l'intention?

Le jury avait le choix entre trois infractions : meurtre au premier degré, meurtre au deuxième degré et homicide involontaire coupable. Dans les trois cas, il faut prouver l'acte d'avoir causé la mort (*actus reus*) et l'intention criminelle de le faire (*mens rea*). Dans le cas de l'infraction de meurtre, la provocation n'écarte pas le besoin de prouver l'intention de tuer, mais constitue une excuse ayant pour effet de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable.

Le ministère public soutient que le juge du procès a commis une erreur en laissant entendre que la colère pouvait neutraliser l'intention de tuer et que, sur ce fondement, le jury pouvait réduire l'infraction à celle d'homicide involontaire coupable. De façon plus particulière, le ministère public avance les arguments suivants : dans ses directives, le juge du procès a erronément considéré la colère comme un facteur susceptible de neutraliser l'intention criminelle ou *mens rea* propre à l'infraction; il a à tort laissé entendre que la neutralisation de l'intention pouvait entraîner la réduction de l'infraction à celle d'homicide involontaire coupable; et il a eu tort de ne pas écarter l'argument voulant que la colère puisse à elle seule établir la provocation, alors que l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit d'autres exigences. L'élément essentiel de l'argumentation du ministère public est que l'exposé du juge du procès concernant l'intention était confus et erroné et qu'il permettait au jury de déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable, non pas sur la base de la provocation (que le juge du procès a bien définie) mais sur le fondement erroné qu'un grand accès de colère — en deçà de la provocation, selon la définition de cette notion en droit — pouvait neutraliser l'intention criminelle ou *mens rea* requise à l'égard de l'infraction.

Le ministère public conteste les passages de l'exposé au jury dans lesquels le juge a déclaré que les jurés doivent prendre en compte les « éléments de preuve susceptibles d'entourer la défense de provocation soulevée par l'accusé » lorsqu'ils

6

7

8

kill. The Crown also objects to the trial judge's treatment of *mens rea* in the following passages:

[TRANSLATION] For example, murder may be reduced to manslaughter where a person's state of mind is affected by alcohol consumption, drug consumption or where a person's state of mind is obscured or diminished by an outside force, by an incident like, for example, a fit of anger.

You no doubt appreciate that we are not talking about an arbitrary reduction.

In other words, it is not sufficient for a person to simply say "I was drinking" or "I took some drugs" or "I was really angry".

That alone, that's not enough, and all that always depends on the circumstances. It always depends on the nature of the facts at issue, of external influences, or outside influences capable of affecting one's state of mind.

It depends on the nature of the fact at issue, of its importance, its seriousness, its intensity in relation to the action that was taken by the person who committed the crime, all the while taking into account the evidence as a whole and all the circumstances.

So, you must look at the accused's state of mind when he killed Suzanne Bédard, you look at the entire evidence, including the elements surrounding the provocation defence with a view to determining whether he acted with the criminal intention that I defined earlier.

Here, the accused, when he testified, described to you his state of mind when Suzanne Bédard said the words in question.

You must then decide if this incident was sufficiently serious, important, intense so as to cause him to lose his faculties to the point of reducing the crime of murder to manslaughter.

You will ask yourselves if his state of mind was affected, diminished, and if so, the intensity, the degree to which, taking into account all the circumstances at the time when he did what he did.

To reduce murder to manslaughter, you must come to the conclusion that the influence of the events that occurred was strong enough, important enough, intense enough to cause the accused to not know or not want what he was doing by reason of his state of mind, that

décident si ce dernier avait l'intention de tuer. Le ministère public conteste également les propos suivants du juge de procès sur la *mens rea* :

À titre d'exemple, un crime de meurtre pourrait [être] réduit à celui d'homicide involontaire coupable dans le cas où l'esprit d'une personne serait affecté par la consommation d'alcool, la consommation d'une drogue, ou lorsque l'esprit d'une personne serait voilé ou diminué par une force étrangère, par un inc[i]dent, tel, entre autres, un accès de colère.

Vous vous imaginez bien qu'il ne doit pas s'agir d'une réduction arbitraire.

En d'autres mots, il ne suffirait pas pour une personne de juste dire "j'avais bu" ou "j'avais consommé de la drogue" ou "j'étais dans une grande colère".

Juste ça tout seul, ça suffit pas, et tout ça, ça dépend toujours des circonstances. Ça dépend toujours de la nature du fait qu'on invoque, de l'influence externe, de l'influence étrangère susceptible d'affecter son esprit.

Ça dépend de la nature du fait invoqué, de son importance, de sa gravité, de son intensité par rapport au geste qui a été posé par l'auteur du crime, et ceci compte tenu de l'ensemble de la preuve et de toutes les circonstances.

Alors, vous devez donc examiner l'état d'esprit dans lequel se trouvait l'accusé au moment où il a tué Suzanne Bédard, vous regardez l'ensemble de la preuve, incluant les éléments qui entourent la défense de provocation afin de déterminer s'il a agi avec l'intention criminelle que j'ai définie.

Ici, l'accusé, lorsqu'il a témoigné, a décrit devant vous l'état dans lequel il se trouvait au moment où Suzanne Bédard aurait prononcé les paroles en question.

Il vous appartient donc de décider si cet incident était suffisamment grave, important, intense pour l'amener à perdre ses moyens au point de réduire le crime de meurtre à celui [d']homicide involontaire coupable.

Vous allez vous demander si son état était affecté, diminué et si oui, jusqu'à quel degré, jusqu'à quelle intensité, compte tenu de toutes les circonstances au moment où il a posé son geste.

Pour entraîner une réduction du crime de meurtre à celui d'homicide involontaire, il faut que vous veniez à la conclusion que l'influence de cette séquence était assez forte, assez importante, assez intense pour amener l'accusé à ne pas savoir ou vouloir ce qu'il faisait en raison

his faculties were too diminished to fully assess the situation, or that raise a reasonable doubt in his favour, in this respect. [Emphasis added.]

The Crown argues that this passage creates a halfway house defence of anger, between non-mental disorder automatism and provocation. I agree. This passage suggests that anger, if sufficiently serious or intense, but not amounting to the defence of provocation, may reduce murder to manslaughter. It also suggests that anger, if sufficiently intense, may negate the criminal intention for murder. These connected propositions are not legally correct. Intense anger alone is insufficient to reduce murder to manslaughter.

The passage cited overstates the effect of anger. Anger can play a role in reducing murder to manslaughter in connection with the defence of provocation. Anger is not a stand-alone defence. It may form part of the defence of provocation when all the requirements of that defence are met: (1) a wrongful act or insult that would have caused an ordinary person to be deprived of his or her self-control; (2) which is sudden and unexpected; (3) which in fact caused the accused to act in anger; (4) before having recovered his or her normal control: *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37. Again, anger conceivably could, in extreme circumstances, cause someone to enter a state of automatism in which that person does not know what he or she is doing, thus negating the voluntary component of the *actus reus*: *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290. However, the accused did not assert this defence. In any event, the defence if successful would result in acquittal, not reduction to manslaughter.

de son état, que ses facultés étaient trop diminuées pour agir en pleine connaissance de cause, ou à soulever un doute raisonnable en sa faveur, à cet égard. [Je souligne.]

Le ministère public plaide que ces propos créent une défense de colère se situant à mi-chemin entre l'automatisme sans troubles mentaux et la provocation. J'accepte cet argument. Ce passage donne à entendre que la colère, si elle est suffisamment grave ou intense — sans toutefois donner ouverture à la défense de provocation — peut réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. Il suggère également que, si elle suffisamment intense, la colère peut neutraliser l'intention criminelle requise pour qu'une personne soit déclarée coupable de meurtre. Ces propositions interreliées ne sont pas fondées en droit. Une colère intense ne permet pas à elle seule de réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable.

L'extrait cité exagère l'incidence de la colère. La colère peut contribuer à réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable dans le cadre de la défense de provocation, mais elle ne constitue pas un moyen de défense autonome. Elle peut constituer un élément de la défense de provocation, lorsque toutes les conditions d'application de ce moyen de défense sont réunies : (1) il doit y avoir eu une action injuste ou une insulte qui aurait privé une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser; (2) action ou insulte qui était soudaine et inattendue; (3) et qui a effectivement amené l'accusé à agir sous l'effet de la colère; (4) avant d'avoir retrouvé son sang-froid : *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37. Je le répète, il est possible d'imaginer que, dans des circonstances extrêmes, la colère puisse faire sombrer une personne dans un état d'automatisme où elle ne sait plus ce qu'elle fait, enlevant ainsi à l'*actus reus* son caractère volontaire : *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290. Toutefois, l'accusé n'a pas plaidé ce moyen de défense. Quoi qu'il en soit, si cette défense était retenue, elle aurait pour effet d'entraîner l'acquittement et non de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable.

11 So it seems clear that the trial judge misdirected the jury on the effect of anger in relation to manslaughter. His directions left it open to the jury to find the accused guilty of manslaughter, on the basis of the anger felt by the accused, even if they concluded that the conditions required for the defence of provocation were not met. The directions raise the possibility that the jury's verdict of manslaughter may have been based on erroneous legal principles, unless they were corrected in the recharge to the jury.

2. Did the Trial Judge Correct the Errors in his Recharge to the Jury?

12 The trial judge recharged the jury in response to two questions it posed during its deliberations. The jury asked for clarification as to sudden provocation and the burden of proof for manslaughter.

13 The trial judge responded by correctly recharging the jury on provocation. He told the jury that they would need to consider provocation only if they found the elements of murder established and that if they had a reasonable doubt on the matter, they must convict of manslaughter, not murder.

14 The question, however, is whether the recharge on provocation corrected the earlier misdirection suggesting that anger short of provocation might suffice to reduce murder to manslaughter by raising a doubt on the existence of the criminal intent for murder. Since the trial judge began his recharge on provocation by noting (correctly) that the jury must already have satisfied itself of the basic elements of murder before it got to this point — *actus reus* and *mens rea* — the recharge did not

Il semble donc manifeste que le juge du procès a donné au jury des directives erronées sur l'effet de la colère en matière d'homicide involontaire coupable. Ces directives laissaient aux jurés la possibilité de déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable en se fondant sur la colère ressentie par ce dernier, même s'ils concluaient que les conditions d'application de la défense de provocation n'étaient pas réunies. Les directives soulèvent la possibilité que le verdict du jury repose sur des principes juridiques erronés, à moins que le nouvel exposé au jury n'ait apporté les corrections nécessaires.

2. Dans son nouvel exposé au jury, le juge du procès a-t-il corrigé les erreurs?

Le juge du procès a fait un nouvel exposé aux jurés en réponse à deux questions que lui ont posées ceux-ci pendant leurs délibérations. Les jurés ont demandé des éclaircissements sur la provocation soudaine et sur le fardeau de la preuve applicable en matière d'homicide involontaire coupable.

Le juge du procès a donné aux jurés des directives justes sur la provocation. Il leur a indiqué qu'ils n'auraient à prendre en compte la défense de provocation que si, à leur avis, les éléments constitutifs du meurtre étaient établis, et que s'ils avaient un doute raisonnable à ce sujet ils devaient déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable et non de meurtre.

Cependant, la question est de savoir si le nouvel exposé sur la provocation a corrigé les directives erronées antérieures ayant laissé entendre que la colère — en deçà de la provocation — pourrait suffire pour réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable en faisant naître un doute quant à l'existence de l'intention criminelle applicable au meurtre. Comme le juge du procès a commencé son nouvel exposé sur la provocation en indiquant (à juste titre) que les jurés devaient déjà être convaincus de l'existence des éléments constitutifs du meurtre (*actus reus* et *mens rea*) avant d'aborder cette question, le nouvel exposé n'a pas corrigé la suggestion erronée faite plus tôt, selon laquelle la

address the earlier erroneous suggestion that anger alone might reduce murder to manslaughter.

More seriously, the trial judge incorporated by reference into the recharge, his earlier erroneous charge on criminal intention. He stated:

[TRANSLATION] I defined criminal intention in a general manner and I indicated to you that if you had a reasonable doubt with respect to the accused's criminal intention, you had to return a verdict of manslaughter because the crime would no longer amount to murder.

This incorporated into the trial judge's recharge his previous erroneous comments suggesting that anger alone could negate criminal intention or *mens rea* and hence reduce murder to manslaughter.

I conclude that the recharge did not cure the errors in the trial judge's initial direction on how anger could affect criminal intent.

The respondent argues that the fact that the jury asked for directions on provocation after they had deliberated for four days, combined with the trial judge's direction that they could consider provocation only if they were satisfied of the basic requirements for murder, including criminal intention, suggest that the jury's verdict of manslaughter must have been based on provocation, not the problematic direction on criminal intent. Yet this conclusion is speculative. The fact remains that the jury may have come to its conclusion that the respondent was guilty of manslaughter by another route — the erroneous thesis that serious anger on its own can negate the criminal intent required for murder. The asking of a question related to one possible route to a verdict does not establish that the jury actually followed that route. It is quite possible that the jury went back to the fundamental issues of criminal intent after hearing the judge's recharge on provocation. In view of the misleading directives on anger, we cannot be assured that the jury was able to carry out its function according to the law. To put it another way, we cannot be sure

colère pourrait à elle seule réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable.

Facteur plus grave, le juge du procès a intégré par renvoi dans son nouvel exposé ses directives antérieures erronées sur l'intention criminelle. Voici ce qu'il a dit :

Je vous ai défini l'intention criminelle d'une manière générale et je vous ai indiqué que, s'il subsistait un doute raisonnable sur l'intention criminelle, que vous deviez alors rapporter un verdict d'homicide involontaire parce que vous ne seriez plus en présence d'un crime de meurtre.

Ces propos ont eu pour effet d'intégrer dans le nouvel exposé les observations erronées qu'il avait faites précédemment et selon lesquelles la colère pouvait à elle seule neutraliser l'intention criminelle ou *mens rea* et réduire ainsi le meurtre à un homicide involontaire coupable.

J'estime que le nouvel exposé du juge du procès n'a pas corrigé les erreurs qui entachaient ses directives initiales relativement à l'effet possible de la colère sur l'intention criminelle.

De prétendre l'intimé, le fait que le jury ait demandé des directives sur la provocation après quatre jours de délibérations, conjugué à la directive du juge du procès aux jurés leur précisant qu'ils ne pouvaient prendre la provocation en compte que s'ils étaient convaincus de la présence des éléments constitutifs du meurtre, y compris l'intention criminelle, tend à indiquer que le verdict d'homicide involontaire coupable repose sans doute sur la provocation et non sur la directive problématique concernant l'intention criminelle. Cette conclusion n'est toutefois qu'une hypothèse. Le fait demeure que le jury a pu arriver, par une autre démarche, à la conclusion que l'intimé était coupable d'homicide involontaire coupable — soit en adhérant à la thèse erronée qu'un grand accès de colère peut à lui seul neutraliser l'intention criminelle requise par l'infraction de meurtre. Le fait de s'interroger sur l'une des voies que le jury a pu emprunter pour arriver à son verdict ne prouve pas qu'il l'a effectivement suivie. Il est tout à fait possible que le jury se soit penché à nouveau sur les questions fondamentales liées à l'intention crimi-

15

16

17

that the recharge corrected the potential for the jury deciding on manslaughter on the erroneous basis put forward in the initial charge.

3. Conclusion

18 The trial judge erred in his charge to the jury on the effect of anger on criminal intent or *mens rea* and its relationship to manslaughter. This error was not corrected on the recharge and we cannot infer from the way the trial proceeded that the jury's verdict of manslaughter was not based on the erroneous initial direction. It follows that the conviction for manslaughter must be set aside and a new trial directed.

19 As indicated earlier, the Crown in this appeal, relied solely on the trial judge's misdirections on anger and criminal intent. It is therefore unnecessary to comment further on the applicability of the defence of provocation as it may be tendered at the new trial. It will be for the judge on the new trial to determine whether, on the evidence there presented, the defence of provocation should be put to the jury.

20 I would allow the appeal and direct a new trial on second degree murder.

Appeal allowed and new trial ordered on second degree murder.

Solicitor for the appellant: The Attorney General's Prosecutor, Quebec City.

nelle après avoir entendu le nouvel exposé du juge du procès concernant la provocation. Vu les directives ambiguës qui ont été données relativement à la colère, nous ne pouvons être certains que le jury s'est acquitté de son rôle conformément au droit applicable. En d'autres termes, on ne peut être certain que le nouvel exposé a remédié au risque que le jury opte pour l'homicide involontaire coupable en se fondant sur les aspects erronés de l'exposé initial.

3. Conclusion

Le juge du procès a commis une erreur dans son exposé au jury quant à l'effet de la colère sur l'intention coupable ou *mens rea* et à son lien avec l'homicide involontaire coupable. Cette erreur n'a pas été corrigée par le nouvel exposé et nous ne pouvons inférer du déroulement du procès que le verdict d'homicide involontaire coupable prononcé par le jury ne repose pas sur la directive initiale erronée. Il s'ensuit que la déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable doit être annulée et qu'un nouveau procès doit être ordonné.

Comme il a été indiqué plus tôt, le ministre public n'a invoqué, dans le présent pourvoi, que les directives erronées du juge du procès sur la colère et l'intention criminelle. Il est par conséquent inutile de commenter davantage l'applicabilité de la provocation, puisqu'elle pourrait être plaidée au nouveau procès. Il appartiendra au juge qui présidera ce procès de déterminer si, eu égard à la preuve présentée, la défense de provocation devrait être soumise à l'appréciation du jury.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au deuxième degré.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné pour meurtre au deuxième degré.

Procureur de l'appelante : Le substitut du Procureur général, Québec.

Solicitors for the respondent: Boulet, Boivin, Gionet, Duchesne, Thibault & Savard, Quebec City.

Procureurs de l'intimé : Boulet, Boivin, Gionet, Duchesne, Thibault & Savard, Québec.

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Le ministère du Procureur général, Toronto.

**British Columbia College of
Teachers** *Appellant*

v.

**Trinity Western University and Donna Gail
Lindquist** *Respondents*

and

**The Evangelical Fellowship of Canada, the
Ontario Secondary School Teachers'
Federation, the Canadian Conference of
Catholic Bishops, the British Columbia Civil
Liberties Association, EGALE Canada Inc.,
the Christian Legal Fellowship, the Seventh-
Day Adventist Church in Canada and the
Canadian Civil Liberties
Association** *Interveners*

INDEXED AS: TRINITY WESTERN UNIVERSITY v. BRITISH
COLUMBIA COLLEGE OF TEACHERS

Neutral citation: 2001 SCC 31.

File No.: 27168.

2000: November 9; 2001: May 17.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour
and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Administrative law — Judicial review — Jurisdiction
— British Columbia College of Teachers — Private
institution with religious affiliations applying to College
for permission to assume full responsibility for teacher
education program — College denying application —
Whether College had jurisdiction to consider discrimi-
natory practices of private institution in dealing with its
application — Teaching Profession Act, R.S.B.C. 1996,
c. 449, s. 4.*

*Administrative law — Judicial review — Standard of
review — British Columbia College of Teachers — Private
institution with religious affiliations applying to
College for permission to assume full responsibility for*

**British Columbia College of
Teachers** *Appelant*

c.

**Université Trinity Western et Donna Gail
Lindquist** *Intimées*

et

**L'Alliance évangélique du Canada, la
Fédération des enseignantes-enseignants des
écoles secondaires de l'Ontario, la
Conférence des évêques catholiques du
Canada, la British Columbia Civil Liberties
Association, EGALE Canada Inc., la
Christian Legal Fellowship, l'Église
adventiste du septième jour au Canada et
l'Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : UNIVERSITÉ TRINITY WESTERN c. BRITISH
COLUMBIA COLLEGE OF TEACHERS

Référence neutre : 2001 CSC 31.

N° du greffe : 27168.

2000 : 9 novembre; 2001 : 17 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Compé-
tence — British Columbia College of Teachers — Éta-
blissement privé affilié à une religion demandant l'auto-
risation d'assumer l'entière responsabilité d'un
programme de formation d'enseignants — Demande
rejetée par le College of Teachers — Le College of
Teachers avait-il compétence pour prendre en considé-
ration les pratiques discriminatoires de l'établissement
privé en traitant la demande de ce dernier? — Teaching
Profession Act, R.S.B.C. 1996, ch. 449, art. 4.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme
de contrôle — British Columbia College of Teachers —
Établissement privé affilié à une religion demandant
l'autorisation d'assumer l'entière responsabilité d'un*

teacher education program — College denying application — Whether College's decision justified — Standard of review applicable to College's decision — Manner of resolving potential conflict between religious freedoms and equality rights.

Trinity Western University ("TWU") is a private institution in B.C., associated with the Evangelical Free Church of Canada. TWU established a teacher training program offering baccalaureate degrees in education upon completion of a five-year course, four years of which were spent at TWU, the fifth year being under the aegis of Simon Fraser University ("SFU"). TWU applied to the B.C. College of Teachers ("BCCT") for permission to assume full responsibility for the teacher education program. One of the reasons for assuming complete responsibility for the program was TWU's desire to have the full program reflect its Christian world view. The BCCT refused to approve the application because it was contrary to the public interest for the BCCT to approve a teacher education program offered by a private institution which appears to follow discriminatory practices. The BCCT was concerned that the TWU Community Standards, applicable to all students, faculty and staff, embodied discrimination against homosexuals. Specifically, the concern stemmed from the list of "PRACTICES THAT ARE BIBLICALLY CONDEMNED", which encompassed "sexual sins including . . . homosexual behaviour". TWU community members were asked to sign a document in which they agreed to refrain from such activities. On application for judicial review, the B.C. Supreme Court found that it was not within the BCCT's jurisdiction to consider whether the program follows discriminatory practices under the public interest component of the *Teaching Profession Act* and that there was no reasonable foundation to support the BCCT's decision with regard to discrimination. The court granted an order in the nature of mandamus, allowing approval of the TWU proposed teacher education program for a five-year period subject to a number of conditions. The Court of Appeal found that the BCCT had acted within its jurisdiction, but affirmed the trial judge's decision on the basis that there was no reasonable foundation for the BCCT's finding of discrimination.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

programme de formation d'enseignants — Demande rejetée par le College of Teachers — La décision du College of Teachers est-elle justifiée? — Norme de contrôle applicable à la décision du College of Teachers — Façon de régler un conflit éventuel entre les libertés religieuses et les droits à l'égalité.

L'université Trinity Western (« UTW ») est un établissement privé situé en Colombie-Britannique et associé à l'Evangelical Free Church of Canada. L'UTW a établi un programme de formation des enseignants menant à un baccalauréat en enseignement après cinq années d'études, dont quatre à l'UTW et la cinquième sous l'égide de l'université Simon Fraser (« USF »). L'UTW a demandé au British Columbia College of Teachers (« BCCT ») l'autorisation d'assumer l'entière responsabilité du programme de formation des enseignants. L'une des raisons pour lesquelles l'UTW souhaitait assumer l'entière responsabilité du programme était sa volonté d'assurer que tout ce programme reflète sa vision chrétienne du monde. Le BCCT a refusé d'approuver la demande parce qu'il était contraire à l'intérêt public qu'il approuve un programme de formation des enseignants offert par un établissement privé qui paraissait se livrer à des pratiques discriminatoires. Le BCCT craignait que les normes communautaires de l'UTW, applicables à tous les étudiants et à tous les membres du corps professoral et du personnel, soient discriminatoires envers les homosexuels. Cette crainte émanait plus précisément de la liste des « PRATIQUES QUE LA BIBLE CONDAMNE » qui comprenaient « les péchés sexuels, y compris [. . .] le comportement homosexuel ». Les membres de la communauté de l'UTW étaient tenus de signer un document dans lequel ils acceptaient de s'abstenir de se livrer à de telles activités. À la suite d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le BCCT ne pouvait pas se servir de la disposition relative à l'intérêt public contenue dans la *Teaching Profession Act* pour décider si le programme suivait des pratiques discriminatoires, et que la décision du BCCT relative à la discrimination n'avait aucun fondement raisonnable. La cour a délivré une ordonnance de type mandamus enjoignant d'approuver, sous réserve de certaines conditions, le programme de formation des enseignants de cinq ans proposé par l'UTW. La Cour d'appel a jugé que le BCCT avait agi dans les limites de sa compétence, mais a confirmé la décision du juge de première instance pour le motif que la conclusion du BCCT relative à la discrimination n'avait aucun fondement raisonnable.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The BCCT had jurisdiction to consider discriminatory practices in dealing with the TWU application. The suitability for entrance into the profession of teaching must take into account all features of the education program at TWU and the power to establish standards provided for in s. 4 of the *Teaching Profession Act* must be interpreted in light of the general purpose of the statute. Public schools are meant to develop civic virtue and responsible citizenship and to educate in an environment free of bias, prejudice and intolerance. It would not be correct, in this context, to limit the scope of s. 4 to a determination of skills and knowledge. The standard of correctness must be applied to the BCCT's decision to consider discriminatory practices because it was determinative of jurisdiction and beyond the expertise of the members of the BCCT.

The absence of a private clause, the expertise of the BCCT, the nature of the decision and the statutory context all favour a correctness standard of review on the issue of whether the BCCT's decision is justified. While this case deals with the discretion of an administrative body to determine the public interest, the BCCT is not the only government actor entrusted with policy development. Furthermore, its expertise does not qualify it to interpret the scope of human rights nor to reconcile competing rights. The Court of Appeal was wrong in applying a lower standard to the findings of the BCCT with regard to the existence of discriminatory practices and whether any such practices create a perception that the BCCT condones this discrimination or create a risk that graduates of TWU will not provide a discrimination-free environment for all public school students. The existence of discriminatory practices is based on the interpretation of the TWU documents and human rights values and principles. This is a question of law that is concerned with human rights and not essentially educational matters.

At the heart of the appeal is how to reconcile the religious freedoms of individuals wishing to attend TWU with the equality concerns of students in B.C.'s public school system, concerns that may be shared by society generally. While TWU is a private institution that is exempted, in part, from the B.C. human rights legislation and to which the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply, the BCCT was entitled to

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : Le BCCT avait compétence pour prendre en considération des pratiques discriminatoires en traitant la demande de l'UTW. Pour déterminer l'aptitude à devenir enseignant, il faut tenir compte de toutes les caractéristiques du programme de formation de l'UTW et le pouvoir d'établir des normes, prévu à l'art. 4 de la *Teaching Profession Act*, doit être interprété en fonction de l'objectif général de la Loi. Les écoles publiques sont censées développer le civisme, former des citoyens responsables et offrir un enseignement dans un milieu où les préjugés, le parti pris et l'intolérance n'existent pas. Il ne conviendrait donc pas, dans ce contexte, de limiter la portée de l'art. 4 à la détermination des compétences et des connaissances. La norme de la décision correcte doit s'appliquer à la décision du BCCT de prendre en considération des pratiques discriminatoires parce que celle-ci était déterminante sur le plan de la compétence et excédait l'expertise des membres du BCCT.

L'absence de clause privative, l'expertise du BCCT, la nature de la décision et le contexte législatif militent tous en faveur de l'application de la norme de la décision correcte pour déterminer si la décision du BCCT est justifiée. Quoique la présente affaire porte sur le pouvoir discrétionnaire d'un organisme administratif de déterminer ce qui est dans l'intérêt public, le BCCT n'est pas le seul intervenant officiel qui soit chargé d'établir des politiques. Il ne possède pas non plus l'expertise nécessaire pour interpréter la portée des droits de la personne ou pour concilier des droits opposés. La Cour d'appel a eu tort d'appliquer une norme moins stricte aux conclusions que le BCCT a tirées relativement à l'existence de pratiques discriminatoires et quant à savoir si de telles pratiques engendrent la perception qu'il tolère cette discrimination ou si elles créent un risque que les diplômés de l'UTW n'offrent pas à tous les élèves des écoles publiques un milieu libre de toute discrimination. L'existence de pratiques discriminatoires est fondée sur l'interprétation des documents de l'UTW et des valeurs et principes en matière de droits de la personne. Il s'agit d'une question de droit qui touche le domaine des droits de la personne et non pas essentiellement celui de l'enseignement.

La question au cœur du présent pourvoi est de savoir comment concilier les libertés religieuses d'individus qui souhaitent fréquenter l'UTW avec les préoccupations d'égalité des élèves du système scolaire public de la Colombie-Britannique, préoccupations qui peuvent être partagées par la société en général. Bien que l'UTW soit un établissement privé qui échappe en partie à l'application de la législation de la Colombie-Britannique

look to these instruments to determine whether it would be in the public interest to allow public school teachers to be trained at TWU. Any potential conflict between religious freedoms and equality rights should be resolved through the proper delineation of the rights and values involved. Properly defining the scope of the rights avoids a conflict in this case. Neither freedom of religion nor the guarantee against discrimination based on sexual orientation is absolute. The proper place to draw the line is generally between belief and conduct. The freedom to hold beliefs is broader than the freedom to act on them. Absent concrete evidence that training teachers at TWU fosters discrimination in the public schools of B.C., the freedom of individuals to adhere to certain religious beliefs while at TWU should be respected. Acting on those beliefs, however, is a different matter. If a teacher in the public school system engages in discriminatory conduct, that teacher can be subject to disciplinary proceedings before the BCCT. In this way, the scope of the freedom of religion and equality rights that have come into conflict can be circumscribed and thereby reconciled.

Here, by not taking into account the impact of its decision on the right to freedom of religion of the members of TWU, the BCCT did not weigh the various rights involved in its assessment of the alleged discriminatory practices of TWU. Consideration of human rights values in the present circumstances encompasses consideration of the place of private institutions in our society and the reconciling of competing rights and values. Freedom of religion, conscience and association coexist with the right to be free of discrimination based on sexual orientation. Even though the requirement that students and faculty adopt the Community Standards creates differential treatment since it would probably prevent homosexual students and faculty from applying, one must consider the true nature of the undertaking and the context in which this occurs. Many Canadian universities have traditions of religious affiliations. Religious public education rights are enshrined in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. Moreover, a religious institution is not considered to breach B.C. human rights legislation where it prefers adherents of its religious constituency. It cannot be reasonably concluded that private institutions are protected but that their graduates are *de facto* considered unworthy of fully participating in public activities. While homosexuals may be discouraged from attending TWU, a private institution based on particular

relative aux droits de la personne et auquel la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas, le BCCT avait le droit de consulter ces instruments pour décider s'il serait dans l'intérêt public de permettre la formation d'enseignants d'école publique à l'UTW. Il y a lieu de régler tout conflit éventuel entre les libertés religieuses et les droits à l'égalité en délimitant correctement les droits et valeurs en cause. Une bonne délimitation de la portée des droits permet d'éviter un conflit en l'espèce. Ni la liberté de religion ni la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne sont absolues. Il convient généralement de tracer la ligne entre la croyance et le comportement. La liberté de croyance est plus large que la liberté d'agir sur la foi d'une croyance. En l'absence de preuve tangible que la formation d'enseignants à l'UTW favorise la discrimination dans les écoles publiques de la Colombie-Britannique, il y a lieu de respecter la liberté des individus d'avoir certaines croyances religieuses pendant qu'ils fréquentent l'UTW. Cependant, il en va autrement si quelqu'un agit sur la foi de ces croyances. L'enseignant du système scolaire public qui a un comportement discriminatoire peut faire l'objet de procédures disciplinaires devant le BCCT. Ainsi, il est possible de concilier la liberté de religion et les droits à l'égalité qui sont en conflit, en en circonscrivant la portée.

En l'espèce, en ne tenant pas compte de l'incidence de sa décision sur le droit à la liberté de religion des membres de l'UTW, le BCCT n'a pas soupesé les différents droits en jeu dans son évaluation des prétendues pratiques discriminatoires de l'UTW. La prise en considération des valeurs relatives aux droits de la personne dans ces circonstances comprend celle de la place des établissements privés dans notre société et la conciliation de droits et valeurs opposés. La liberté de religion, de conscience et d'association coexiste avec le droit d'être exempt de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Même si l'exigence que les étudiants et les membres du corps professoral adoptent les normes communautaires engendre un traitement différentiel du fait qu'elle dissuaderait probablement les étudiants et les enseignants homosexuels de tenter de joindre les rangs de l'université, il faut prendre en considération la vraie nature de l'engagement en cause et le contexte dans lequel il est pris. Bien des universités canadiennes ont été par tradition affiliées à une religion. Le droit à l'enseignement confessionnel public est consacré à l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De plus, on ne considère pas qu'un établissement confessionnel enfreint la législation de la Colombie-Britannique relative aux droits de la personne quand il donne la préférence aux membres de sa confession. On ne saurait raisonnable-

religious beliefs, they will not be prevented from becoming teachers. Clearly, the restriction on freedom of religion must be justified by evidence that the exercise of this freedom of religion will, in the circumstances of this case, have a detrimental impact on the public school system. There is nothing in the TWU Community Standards, which are limited to prescribing conduct of members while at TWU, that indicates that graduates of TWU will not treat homosexuals fairly and respectfully. The evidence to date is that graduates from the joint TWU-SFU teacher education program have become competent public school teachers, and there is no evidence before this Court of discriminatory conduct. In addition, there is no basis for the inference that the fifth year of the TWU program conducted under the aegis of SFU corrected any attitudes which were the subject of the BCCT's concerns. On the evidence, the participation of SFU had nothing to do with the apprehended intolerance from its inception to the present. Rather, the cooperation was intended to support a small faculty in its start-up stage.

The order of mandamus was justified because the exercise of discretion by the BCCT was fettered by s. 4 of the Act and because the only actual reason for denial of certification was the consideration of discriminatory practices. In considering the religious precepts of TWU instead of the actual impact of these beliefs on the public school environment, the BCCT acted on the basis of irrelevant considerations. It therefore acted unfairly.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): This case is about providing the best possible educational environment for public school students in British Columbia. The *Teaching Profession Act* confers jurisdiction on the BCCT to consider discriminatory practices in evaluating TWU's application. The BCCT's statutory mandate gives it a broad discretion to set standards for the approval of teacher education programs, as well as for their graduates. The presence of discrimination is relevant and within the BCCT's jurisdiction.

ment conclure que les établissements privés sont protégés, mais que leurs diplômés sont de fait jugés indignes de participer pleinement à des activités publiques. Quoique les homosexuels puissent être dissuadés de fréquenter l'UTW, un établissement privé qui préconise des croyances religieuses particulières, cela ne les empêchera pas de devenir enseignants. Manifestement, la restriction de la liberté de religion doit être justifiée par la preuve que l'exercice de cette liberté aura, dans les circonstances de la présente affaire, une incidence préjudiciable sur le système scolaire public. Rien dans les normes communautaires de l'UTW, qui ne font que dicter la conduite des gens qui fréquentent l'UTW ou qui y travaillent, n'indique que les diplômés de l'UTW ne traiteront pas les personnes homosexuelles d'une manière équitable et respectueuse. La preuve révèle que les diplômés du programme de formation des enseignants, offert conjointement par l'UTW et l'USF, sont devenus jusqu'à maintenant des enseignants compétents dans des écoles publiques, et notre Cour ne dispose d'aucune preuve de comportement discriminatoire. En outre, rien ne permet de déduire que la cinquième année du programme de l'UTW sous l'égide de l'USF corrigeait des attitudes qui faisaient l'objet des craintes du BCCT. Il ressort de la preuve que la participation de l'USF n'avait rien à voir avec l'intolérance appréhendée depuis le début jusqu'à aujourd'hui. La collaboration avait plutôt pour but d'épauler une petite faculté qui en était à ses tout débuts.

L'ordonnance de mandamus était justifiée parce que l'art. 4 de la Loi entravait l'exercice du pouvoir discrétionnaire du BCCT et parce que le rejet de la demande d'agrément reposait, en réalité, uniquement sur la prise en considération de pratiques discriminatoires. En tenant compte des préceptes religieux de l'UTW au lieu de l'incidence réelle de ces croyances sur le milieu scolaire, le BCCT s'est fondé sur des considérations non pertinentes. Il a donc agi inéquitablement.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le présent pourvoi porte sur l'établissement du meilleur milieu d'enseignement possible pour les étudiants des écoles publiques de la Colombie-Britannique. La *Teaching Profession Act* habilitait le BCCT à prendre en considération des pratiques discriminatoires en évaluant la demande de l'UTW. D'après le mandat qui lui est confié par la Loi, le BCCT a un large pouvoir discrétionnaire d'établir les normes applicables à l'approbation des programmes de formation des enseignants, de même qu'à leurs diplômés. L'existence de discrimination est pertinente et relève de la compétence du BCCT.

The standard of patent unreasonableness is the appropriate standard of review for the BCCT's decision. While *Pushpanathan's* privative clauses factor does not apply to this case, the other relevant factors all weigh in favour of patent unreasonableness. First, the BCCT has relative expertise in the area of setting standards for admission into the teaching profession. Deference should be accorded to self-governing professional bodies like the BCCT. Second, on the question of the purpose of the Act as a whole and of the particular provision at issue, the BCCT's decision concerning TWU's teacher education program goes to the heart of the *Teaching Profession Act's* *raison d'être* and should only be disturbed by judges, who lack the specialized expertise of teachers, if it is patently unreasonable. The BCCT is entrusted with policy development. This policy-making mandate is reflected in the words of s. 4 of the Act. Moreover, the BCCT has wide discretion to review teacher training programs under the Act. Its polycentric decision in this case was made pursuant to s. 21(i) of the Act, which involves the application of vague, open-textured principles, requiring curial deference. Finally, the BCCT's decision is fact-based, concerning an issue the nature of which implicates the tribunal's expertise. Determining how TWU's program may affect its graduates' preparedness to teach in the public schools is a factual rather than a legal inquiry and requires the specialized expertise of the BCCT's members, the majority of whom have classroom experience.

The BCCT fulfills the role of gatekeeper to the profession of public school teaching. Statutory interpretation of the BCCT's "public interest" responsibilities should be purposive and contextual, not nebulous. It is a misconception to characterize the BCCT's decision as being a balancing or interpretation of human rights values, an exercise that is beyond the tribunal's expertise. Equality is a central component of the public interest that the BCCT is charged with protecting in the classrooms of the province. The BCCT was required to consider the value of equality in its assessment of the impact TWU's program will have on the classroom environment. The BCCT was not acting as a human rights tribunal and was not required to consider other *Charter* or human rights values such as freedom of religion which are not germane to the public interest in ensuring that teachers have the requisites to foster sup-

La norme du caractère manifestement déraisonnable est la norme de contrôle applicable à la décision du BCCT. Bien que le facteur des clauses privatives énoncé dans l'arrêt *Pushpanathan* ne s'applique pas en l'espèce, les autres facteurs pertinents militent tous en faveur de l'adoption de la norme du caractère manifestement déraisonnable. Premièrement, le BCCT possède une expertise relative dans le domaine de l'établissement des normes d'admission à la profession d'enseignant. Il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard d'un ordre professionnel autonome comme le BCCT. Deuxièmement, en ce qui concerne l'objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition particulière en cause, la décision du BCCT relative au programme de formation des enseignants de l'UTW touche au cœur même de la raison d'être de la *Teaching Profession Act* et les juges, qui n'ont pas l'expertise des enseignants, ne devraient la modifier que si elle est manifestement déraisonnable. Le BCCT est chargé d'établir des politiques. Ce mandat relatif à l'établissement des politiques se reflète dans le libellé de l'art. 4 de la Loi. De plus, le BCCT possède, en vertu de la Loi, un large pouvoir discrétionnaire d'examiner les programmes de formation des enseignants. Sa décision polycentrique en l'espèce a été rendue conformément à l'al. 21i) de la Loi, qui fait intervenir des principes vagues et non limitatifs, ce qui commande la retenue judiciaire. Enfin, la décision du BCCT porte sur une question de fait dont la nature fait appel à l'expertise de ce tribunal administratif. La question de savoir de quelle façon le programme de l'UTW peut influencer sur le niveau de préparation de ses diplômés à l'enseignement dans les écoles publiques est une question de fait plutôt que de droit, à laquelle seule l'expertise des membres du BCCT qui, en majorité, ont l'expérience des salles de classe permet de répondre.

Le BCCT joue le rôle de gardien de la profession d'enseignant dans une école publique. L'interprétation législative des responsabilités du BCCT eu égard à l'« intérêt public » doit se faire en fonction de l'objet visé et du contexte, et non pas de façon nébuleuse. Il est erroné de caractériser la décision du BCCT comme une évaluation ou une interprétation de valeurs relatives aux droits de la personne, qui va au-delà de l'expertise de ce tribunal. L'égalité est une composante centrale de l'intérêt public que le BCCT est chargé de protéger dans les salles de classe de la province. Le BCCT devait tenir compte de la valeur de l'égalité en évaluant l'incidence que le programme de l'UTW aurait sur le climat des salles de classe. Il n'agissait pas à titre de tribunal des droits de la personne et n'était pas tenu de prendre en considération d'autres valeurs véhiculées par la *Charte* ou relatives aux droits de la personne, qui n'ont rien à

portive classroom environments in public schools. The BCCT's inquiry was reasonably limited to its area of educational expertise.

The BCCT's decision not to accredit a free-standing TWU teacher-training program should be upheld. The BCCT's conclusion that TWU's Community Standards embodies a discriminatory practice is not patently unreasonable. Signing the contract makes the student or employee complicit in an overt, but not illegal, act of discrimination against homosexuals and bisexuals. It is not patently unreasonable for the BCCT to treat TWU students' public expressions of discrimination as potentially affecting the public school communities in which they wish to teach. Although tolerance is also a fundamental value in the Community Standards, the public interest in the public school system requires something more than mere tolerance.

The BCCT was not patently unreasonable in concluding that, without spending a year under the auspices of SFU, TWU graduates, due to their signature of the Community Standards contract, could have a negative impact on the supportive environment required in classrooms. The BCCT could reasonably find that without a fifth year of training outside the supervision of TWU there would be an unacceptable pedagogical cost in terms of reduced exposure of TWU students to diversity and its values. It is reasonable to insist that graduates of accredited teacher training programs be equipped to provide a welcoming classroom environment, one that is as sensitive as possible to the needs of a diverse student body.

The modern role of the teacher has developed into a multi-faceted one, including counselling as well as educative functions. Evidence shows that there is an acute need for improvement in the experiences of homosexual and bisexual students in Canadian classrooms. Without the existence of supportive classroom environments, homosexual and bisexual students will be forced to remain invisible and reluctant to approach their teachers. They will be victims of identity erasure. The students' perspective must be the paramount concern and, even if there are no overt acts of discrimination by TWU

voir avec l'intérêt public veillant à garantir que les enseignants aient les qualifications requises pour favoriser le maintien d'un climat favorable dans les salles de classe des écoles publiques. Le BCCT a confiné raisonnablement son examen à son champ d'expertise pédagogique.

Il y a lieu de confirmer la décision du BCCT de ne pas agréer un programme autonome de formation des enseignants offert par l'UTW. La conclusion du BCCT que le Code des normes communautaires de l'UTW comporte des pratiques discriminatoires n'est pas manifestement déraisonnable. La signature du contrat des normes communautaires par l'étudiant ou l'employé le rend complice d'un acte de discrimination manifeste, mais non illégal, contre les homosexuels et les bisexuels. Il n'est pas manifestement déraisonnable que le BCCT considère que les manifestations publiques de discrimination des étudiants de l'UTW peuvent influencer sur les milieux scolaires publics dans lesquels ils souhaitent enseigner. Bien que la tolérance soit également une valeur fondamentale des normes communautaires, l'intérêt public dans le système scolaire public commande davantage que la simple tolérance.

Il n'était pas manifestement déraisonnable que le BCCT conclue que, s'ils ne passaient pas une année sous l'égide de l'USF, les diplômés de l'UTW pourraient avoir une incidence négative sur le climat favorable requis dans les salles de classe en raison de leur signature du contrat des normes communautaires. Le BCCT pouvait raisonnablement conclure que la suppression d'une cinquième année de formation sous la supervision d'un autre établissement que l'UTW engendrerait un coût pédagogique inacceptable en ce sens que les étudiants de l'UTW seraient moins exposés à la diversité et aux valeurs qui s'y rattachent. Il est raisonnable d'insister pour que les diplômés des programmes agréés de formation des enseignants soient en mesure de faire en sorte qu'il règne, dans les salles de classe, un climat accueillant qui tienne compte le plus possible des besoins d'une population étudiante variée.

Le rôle moderne de l'enseignant s'est diversifié et comporte autant un volet de conseiller qu'un volet d'éducateur. La preuve montre qu'il existe un besoin pressant d'améliorer la situation des étudiants homosexuels et bisexuels dans les salles de classe au Canada. En l'absence d'un climat favorable dans les salles de classes, les étudiants homosexuels et bisexuels seront forcés de rester dans l'ombre et hésiteront à se confier à leurs enseignants. Ils seront victimes d'effacement identitaire. C'est le point de vue des étudiants qui importe avant tout et, même si les diplômés de l'UTW n'accom-

graduates, this vantage point provides ample justification for the BCCT's decision. The BCCT's decision is a reasonable proactive measure designed to prevent any potential problems of student, parent, colleague, or staff perception of teachers who have not completed a year of training under the supervision of SFU, but have signed the Community Standards contract. The courts, by trespassing into the field of pedagogy, deal a setback to the BCCT's efforts to ensure the sensitivity and empathy of its members to all students' backgrounds and characteristics.

The respondents' *Charter* claims should be dismissed. The effect of the BCCT's decision is to restrict TWU students' expression. Assuming that TWU's expression is also fettered, these violations are saved under s. 1. First, the objective behind the BCCT's decision to protect the classroom environment in public schools is pressing and substantial. Second, the BCCT's decision satisfies the proportionality test. The burden placed on expression is rationally connected to the BCCT's goal of ensuring a welcoming and supportive atmosphere in classrooms. By falling within an acceptable range of solutions, the BCCT's decision also minimally impairs s. 2(b). The extent of the violation's deleterious effects on TWU and its students is more than offset by the salutary gains that will plausibly accrue in classrooms. With respect to s. 2(d), since no unjustified individual rights violations were found in this case, and since TWU students are not unconstitutionally restrained from exercising their individual rights collectively, the respondent student's s. 2(d) claim must also fail.

Assuming without deciding that TWU can advance a s. 2(a) claim, the impugned state action does not offend religious freedom but accommodates it. The BCCT's decision permits the existence of schools such as TWU which have a religious orientation. There is also no impairment of the respondent student's s. 2(a) rights. Her assertion of religious freedom should be appraised under s. 15. Based on the guidelines assembled and applied in *Law*, no violation of the student's s. 15 equality rights has been established. The distinction and differential treatment resulting from the BCCT's decision are not based on the student's religion. There is every

plissent ouvertement aucun acte discriminatoire, ce point de vue justifie amplement la décision du BCCT. La décision du BCCT se veut une mesure proactive raisonnable destinée à prévenir tout problème de perception que pourraient avoir les étudiants, les parents, les collègues ou les membres du personnel à l'égard des enseignants qui n'ont pas complété une année de formation sous la supervision de l'USF, mais qui ont signé le contrat des normes communautaires. En empiétant sur le domaine de la pédagogie, les tribunaux infligent un revers aux tentatives du BCCT d'assurer la réceptivité et l'empathie de ses membres à l'égard des antécédents et des caractéristiques de tous les étudiants.

Il y a lieu de rejeter les arguments des intimées fondés sur la *Charte*. La décision du BCCT a pour effet de restreindre la liberté d'expression des étudiants de l'UTW. En présumant qu'il y a également entrave à la liberté d'expression de l'UTW, ces violations sont justifiées au regard de l'article premier. Premièrement, l'objectif sous-jacent de la décision du BCCT, qui est de protéger le climat des salles de classe dans les écoles publiques, est urgent et réel. Deuxièmement, la décision du BCCT satisfait au critère de proportionnalité. La restriction de la liberté d'expression comporte un lien rationnel avec l'objectif du BCCT de maintenir un climat favorable et accueillant dans les salles de classe. Du fait qu'elle se situe dans une gamme acceptable de solutions, la décision du BCCT porte également atteinte de façon minimale à l'al. 2b). L'ampleur des effets préjudiciables de la violation sur l'UTW et ses étudiants est plus que compensée par les gains salutaires qui résulteront vraisemblablement dans les salles de classe. En ce qui concerne l'al. 2d), l'argument de l'étudiante intimée fondé sur cet alinéa doit également échouer étant donné qu'on a conclu en l'espèce à l'absence de violation injustifiée de droits individuels et que les étudiants de l'UTW ne sont pas inconstitutionnellement empêchés d'exercer collectivement leurs droits individuels.

En présumant, sans toutefois le décider, que l'UTW peut invoquer l'al. 2a), la mesure étatique contestée ne porte pas atteinte à la liberté religieuse, mais compose avec elle. La décision du BCCT autorise l'existence d'écoles, comme l'UTW, qui ont une orientation religieuse. De même, il n'y a aucune atteinte aux droits que l'al. 2a) garantit à l'étudiante intimée. Son argument fondé sur la liberté religieuse devrait être apprécié au regard de l'art. 15. Compte tenu des lignes directrices réunies et appliquées dans l'arrêt *Law*, on n'a pas démontré l'existence d'une atteinte aux droits à l'égalité que l'art. 15 garantit à l'étudiante. La distinction et la

indication that the BCCT would be as concerned if a private secular institution were to require a discriminatory practice. Furthermore, a subjective-objective examination of *Law's* four contextual factors reveals that the student's human dignity is not demeaned by the BCCT's decision to attach consequences to TWU students' signature of the Community Standards contract.

Cases Cited

By Iacobucci and Bastarache JJ.

Applied: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; **referred to:** *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Khalil v. Canada (Secretary of State)*, [1999] 4 F.C. 661; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Ross v. New Brunswick School District No. 15, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Casson v. British Columbia College of Teachers*, [2000] B.C.J. No. 1038 (QL); *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Lindsay v. Manitoba (Motor Transport)* (1989), 62 D.L.R. (4th) 615; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5;

différence de traitement qui résultent de la décision du BCCT ne sont pas fondées sur la religion de l'étudiante. Il y a tout lieu de croire que le BCCT serait tout aussi préoccupé si un établissement laïque privé imposait une pratique discriminatoire. En outre, une analyse à la fois subjective et objective des quatre facteurs contextuels de l'arrêt *Law* révèle que la décision du BCCT d'attacher des conséquences à la signature du contrat des normes communautaires par les étudiants de l'UTW ne porte pas atteinte à la dignité humaine de l'étudiante en question.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Bastarache

Arrêt appliqué : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; **arrêts mentionnés :** *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Khalil c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1999] 4 C.F. 661; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Casson c. British Columbia College of Teachers*, [2000] B.C.J. No. 1038 (QL); *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Pezim c. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Lindsay c. Manitoba (Motor Transport)* (1989), 62 D.L.R. (4th) 615; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations*

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick-Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983); *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Brillinger v. Brockie* (2000), 37 C.H.R.R. D/15; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451.

de travail), [1991] 2 R.C.S. 5; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Bob Jones University c. United States*, 461 U.S. 574 (1983); *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Brillinger c. Brockie* (2000), 37 C.H.R.R. D/15; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Act, R.S.C. 1985, App. II, No. 20, s. 17.
Bylaws of the British Columbia College of Teachers,
 Bylaw 5 — Teacher Education Programs Committee.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 15.
Constitution Act, 1867, s. 93.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 19.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 41.
Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1985, App. II, No. 8, s. 22.
Newfoundland Act, R.S.C. 1985, App. II, No. 32, Terms
 of Union of Newfoundland with Canada, Term 17.
Saskatchewan Act, R.S.C. 1985, App. II, No. 21, s. 17.
School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, ss. 171(1), 174(1).
School Regulation, B.C. Reg. 265/89, s. 11.
Teaching Profession Act, R.S.B.C. 1996, c. 449, ss. 4,
 21(b), (c), (i), 23(1)(d), (e), (f), (l), 24(1) [am. 1997,
 c. 29, s. 39], (2), 40.

Lois et règlements cités

Bylaws of the British Columbia College of Teachers,
 Bylaw 5 — Teacher Education Programs Committee.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 15.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 19.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 41.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93.
Loi de 1870 sur le Manitoba, L.R.C. 1985, app. II, n° 8,
 art. 22.
Loi sur l'Alberta, L.R.C. 1985, app. II, n° 20, art. 17.
Loi sur la Saskatchewan, L.R.C. 1985, app. II, n° 21,
 art. 17.
Loi sur Terre-Neuve, L.R.C. 1985, app. II, n° 32, Condi-
 tions de l'union de Terre-Neuve au Canada, clause 17.
School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412, art. 171(1), 174(1).
School Regulation, B.C. Reg. 265/89, art. 11.
Teaching Profession Act, R.S.B.C. 1996, ch. 449, art. 4,
 21b), (c), (i), 23(1)(d), (e), (f), (l), 24(1) [mod. 1997,
 ch. 29, art. 39], (2), 40.

Authors Cited

- Canada. Health Canada. *The Experiences of Young Gay Men in the Age of HIV: A Review of the Literature*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996.
- Eskridge, William N. Jr. *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.
- Fontaine, Janet H. "The Sound of Silence: Public School Response to the Needs of Gay and Lesbian Youth". In Mary B. Harris, ed., *School Experiences of Gay and Lesbian Youth: The Invisible Minority*. New York: The Haworth Press, 1997, 101.
- Kroll, Ian T., and Lorne B. Warneke. "The Dynamics of Sexual Orientation & Adolescent Suicide: A Comprehensive Review and Developmental Perspective" (May 1995).
- Lahey, Kathleen A. *Are We "Persons" Yet? Law and Sexuality in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1999.
- MacDougall, Bruce. "Silence in the Classroom: Limits on Homosexual Expression and Visibility in Education and the Privileging of Homophobic Religious Ideology" (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 41.
- Mathison, Carla. "The Invisible Minority: Preparing Teachers to Meet the Needs of Gay and Lesbian Youth" (1998), 49 *Journal of Teacher Education* 151.
- Nichols, Sharon L. "Gay, Lesbian, and Bisexual Youth: Understanding Diversity and Promoting Tolerance in Schools" (1999), 99 *Elementary School Journal* 505.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 59 B.C.L.R. (3d) 241, 116 B.C.A.C. 1, 190 W.A.C. 1, 169 D.L.R. (4th) 234, 58 C.R.R. (2d) 189, [1999] 7 W.W.R. 71, [1998] B.C.J. No. 3029 (QL), dismissing the appellant's appeal from a judgment of the British Columbia Supreme Court (1997), 41 B.C.L.R. (3d) 158, 2 Admin. L.R. (3d) 12, 47 C.R.R. (2d) 155, [1998] 4 W.W.R. 550, [1997] B.C.J. No. 2076 (QL), granting the respondents' application for judicial review. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Thomas R. Berger, Q.C., Gary A. Nelson and Erin F. Berger, for the appellant.

Robert G. Kuhn, Kevin G. Sawatsky and Kevin L. Boonstra, for the respondents.

Doctrine citée

- Canada. Santé Canada. *Les expériences des jeunes gais à l'ère du VIH : Analyse bibliographique*. Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1996.
- Eskridge, William N. Jr. *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1999.
- Fontaine, Janet H. « The Sound of Silence: Public School Response to the Needs of Gay and Lesbian Youth ». In Mary B. Harris, ed., *School Experiences of Gay and Lesbian Youth: The Invisible Minority*. New York : The Haworth Press, 1997, 101.
- Kroll, Ian T., and Lorne B. Warneke. « The Dynamics of Sexual Orientation & Adolescent Suicide: A Comprehensive Review and Developmental Perspective » (May 1995).
- Lahey, Kathleen A. *Are We "Persons" Yet? Law and Sexuality in Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 1999.
- MacDougall, Bruce. « Silence in the Classroom: Limits on Homosexual Expression and Visibility in Education and the Privileging of Homophobic Religious Ideology » (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 41.
- Mathison, Carla. « The Invisible Minority: Preparing Teachers to Meet the Needs of Gay and Lesbian Youth » (1998), 49 *Journal of Teacher Education* 151.
- Nichols, Sharon L. « Gay, Lesbian, and Bisexual Youth: Understanding Diversity and Promoting Tolerance in Schools » (1999), 99 *Elementary School Journal* 505.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 59 B.C.L.R. (3d) 241, 116 B.C.A.C. 1, 190 W.A.C. 1, 169 D.L.R. (4th) 234, 58 C.R.R. (2d) 189, [1999] 7 W.W.R. 71, [1998] B.C.J. No. 3029 (QL), qui a rejeté l'appel de l'appelant contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 41 B.C.L.R. (3d) 158, 2 Admin. L.R. (3d) 12, 47 C.R.R. (2d) 155, [1998] 4 W.W.R. 550, [1997] B.C.J. No. 2076 (QL), qui avait accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par les intimées. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Thomas R. Berger, c.r., Gary A. Nelson et Erin F. Berger, pour l'appelant.

Robert G. Kuhn, Kevin G. Sawatsky et Kevin L. Boonstra, pour les intimées.

David M. Brown and Adrian C. Lang, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Susan Ursel and Maurice A. Green, for the intervener the Ontario Secondary School Teachers' Federation.

William J. Sammon, for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops.

Timothy J. Delaney and James Gopaulsingh, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Kenneth W. Smith and Pam MacEachern, for the intervener EGALE Canada Inc.

Dallas K. Miller, Q.C., and *Corina Dario*, for the intervener the Christian Legal Fellowship.

Gerald D. Chipeur and Barbara B. Johnston, for the intervener the Seventh-Day Adventist Church in Canada.

Andrew K. Lokan and Heather E. Bowie, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND BASTARACHE JJ. — Trinity Western University ("TWU") is a private institution located in Langley, British Columbia and incorporated under the laws of British Columbia. It succeeded Trinity Western College in 1985; that junior college was itself the successor of a private society founded in 1962. TWU is associated with the Evangelical Free Church of Canada. It is an accredited member of the Association of Universities and Colleges of Canada and the Council for Christian Colleges and Universities. TWU confers six baccalaureate degrees and offers four masters programs. Donna Lindquist was a third year student at TWU who had planned to attend the

David M. Brown et Adrian C. Lang, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Susan Ursel et Maurice A. Green, pour l'intervenante la Fédération des enseignantes-enseignants des écoles secondaires de l'Ontario.

William J. Sammon, pour l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada.

Timothy J. Delaney et James Gopaulsingh, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Kenneth W. Smith et Pam MacEachern, pour l'intervenante EGALE Canada Inc.

Dallas K. Miller, c.r., et *Corina Dario*, pour l'intervenante la Christian Legal Fellowship.

Gerald D. Chipeur et Barbara B. Johnston, pour l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada.

Andrew K. Lokan et Heather E. Bowie, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET BASTARACHE — L'université Trinity Western (« UTW ») est un établissement privé situé à Langley, en Colombie-Britannique, et constitué sous le régime des lois de cette province. Elle a succédé au Trinity Western College en 1985; ce collège d'enseignement supérieur de premier cycle avait lui-même succédé à une société privée fondée en 1962. L'UTW est associée à l'Évangélic Free Church of Canada. Elle est un membre agréé de l'Association des universités et collèges du Canada et du Council for Christian Colleges and Universities. L'UTW offre six baccalauréats et quatre programmes de maîtrise. Donna Lindquist, une étudiante de troisième

Teacher Education Program at TWU in January of 1998.

2 In 1985, TWU established a teacher training program offering baccalaureate degrees in education upon completion of a five-year course, four years of which were spent at TWU, the fifth year being under the aegis of Simon Fraser University. In 1987, TWU applied to B.C.'s Minister of Education for permission to assume full responsibility for the teacher education program. Although there appears to have been approval in principle in Cabinet, the Minister did not act on the request because of the creation in that year of the British Columbia College of Teachers ("BCCT") which would become the appropriate body to consider the application. TWU applied to the BCCT in January of 1988, but the College was not ready to consider the application. The application was therefore withdrawn and presented again in January of 1995. One of the reasons for assuming complete responsibility for the program was the desire of TWU to have the full program reflect the Christian world view of TWU.

3 The philosophy of TWU is specifically described in a document entitled "Responsibilities of Membership in the Community of Trinity Western University". It is implemented through the adoption of "Community Standards" which are intended to reflect the preferred lifestyle of persons belonging to the TWU community; they apply both off and on campus and are the object of a statement of acceptance by students, faculty and staff. An extract of the application made in 1995 is instructive:

Trinity Western is a relatively unique Canadian university in that it offers academically responsible education within a distinctive Christian context. Its mission is to equip Christians to serve God and people throughout society. TWU's educational program, like those in public universities, is based on a particular worldview perspective. At TWU, that worldview is a Christian one. It includes (but is not limited to) a deep respect for integrity and authenticity, responsible stewardship of resources, the sanctity of human life, compassion for the

année à l'UTW, comptait suivre le programme de formation des enseignants à l'UTW en janvier 1998.

En 1985, l'UTW a établi un programme de formation des enseignants menant à un baccalauréat en enseignement après cinq années d'études, dont quatre à l'UTW et la cinquième sous l'égide de l'université Simon Fraser. En 1987, l'UTW a demandé au ministre de l'Éducation de la Colombie-Britannique l'autorisation d'assumer l'entière responsabilité du programme de formation des enseignants. Malgré l'approbation de principe qui semble avoir été donnée au Cabinet, le Ministre n'a pas donné suite à cette demande en raison de la création, cette année-là, du British Columbia College of Teachers (le « BCCT » ou l'« Ordre ») qui deviendrait l'organisme compétent pour l'examiner. En janvier 1988, l'UTW a présenté une demande au BCCT, mais ce dernier n'était pas prêt à l'examiner. La demande a donc été retirée et présentée de nouveau en janvier 1995. L'une des raisons pour lesquelles l'UTW souhaitait assumer l'entière responsabilité du programme était sa volonté d'assurer que tout ce programme reflète sa vision chrétienne du monde.

La philosophie de l'UTW est expressément décrite dans un document intitulé [TRADUCTION] « Responsabilités des membres de la communauté de l'université Trinity Western ». Elle est mise en œuvre au moyen de [TRADUCTION] « normes communautaires » destinées à refléter le mode de vie préféré des membres de la communauté de l'UTW; ces normes s'appliquent à la fois sur le campus et en dehors du campus et font l'objet d'une déclaration d'acceptation par les étudiants, le corps professoral et le personnel. Un extrait de la demande présentée en 1995 est intéressant :

[TRADUCTION] Trinity Western est une université relativement unique au Canada du fait qu'elle offre un enseignement supérieur responsable dans un contexte chrétien distinctif. Elle a pour mission de préparer des chrétiens à servir Dieu et leur prochain dans la société. Le programme d'enseignement de l'UTW, comme celui des universités publiques, repose sur une vision particulière du monde. À l'UTW, cette vision est chrétienne. Elle comprend notamment un profond respect pour l'intégrité et l'authenticité, une gestion responsable des res-

disadvantaged, and justice for all. This provides a framework for the leadership development that is emphasized throughout TWU's program. Although its program is oriented towards those who profess the Christian faith, the university welcomes anyone who wishes to pursue a liberal arts education and is willing to be part of the Trinity Western community. While maintaining structural ties with its founding denomination, the Evangelical Free Church, the university serves the needs of the whole Christian community. Both the faculty and the student body represent a wide range of denominational backgrounds.

The "Community Standards" document that students attending TWU must sign contains the following paragraph, which is at the root of the present controversy:

REFRAIN FROM PRACTICES THAT ARE BIBLICALLY CONDEMNED. These include but are not limited to drunkenness (Eph. 5:18), swearing or use of profane language (Eph. 4:29, 5:4; Jas 3:1-12), harassment (Jn 13:34-35; Rom. 12:9-21; Eph. 4:31), all forms of dishonesty including cheating and stealing (Prov. 12:22; Col. 3:9; Eph. 4:28), abortion (Ex. 20:13; Ps. 139:13-16), involvement in the occult (Acts 19:19; Gal. 5:19), and sexual sins including premarital sex, adultery, homosexual behaviour, and viewing of pornography (I Cor. 6:12-20; Eph. 4:17-24; I Thess. 4:3-8; Rom. 2:26-27; I Tim. 1:9-10). Furthermore married members of the community agree to maintain the sanctity of marriage and to take every positive step possible to avoid divorce. [Emphasis added.]

Faculty and staff are required to sign a "Community Standards" document that contains a similar paragraph, including the prohibition of homosexual behaviour.

Following established policies, the BCCT appointed a program approval team ("PAT") to assess the TWU application. The PAT recommended the approval of the application for accreditation with conditions on March 21, 1996. On April 19, 1996, the Teacher Education Programs Committee ("TEPC") approved the PAT report but modified some of the conditions. On May 17,

sources, le caractère sacré de la vie humaine, la compassion pour les personnes défavorisées et la justice pour tous. Cela fournit un cadre pour le développement des qualités de chef qui occupe une place importante dans le programme de l'UTW. Bien que son programme soit conçu pour les gens qui professent la foi chrétienne, l'université accueille quiconque souhaite entreprendre une formation de culture générale et est disposé à faire partie de la communauté de Trinity Western. Bien qu'elle conserve des liens structurels avec son église fondatrice, l'Evangelical Free Church, l'université répond aux besoins de toute la communauté chrétienne. L'appartenance confessionnelle des membres du corps professoral et de la population étudiante est très variée.

Le document des « normes communautaires », que les étudiants fréquentant l'UTW doivent signer, comporte le paragraphe suivant qui est à l'origine de la présente controverse :

[TRADUCTION] S'ABSTENIR DE SE LIVRER À DES PRATIQUES QUE LA BIBLE CONDAMNE. Sont notamment visés l'ivresse (Éph. 5:18), les jurons ou les blasphèmes (Éph. 4:29, 5:4; Jacq. 3:1-12), le harcèlement (Jean 13:34-35; Rom. 12:9-21; Éph. 4:31), toute forme de malhonnêteté, dont la tricherie et le vol (Prov. 12:22; Col. 3:9; Éph. 4:28), l'avortement (Ex. 20:13; Ps. 139:13-16), toute activité liée à l'occultisme (Act. 19:19; Gal. 5:19) et les péchés sexuels, y compris les relations sexuelles avant le mariage, l'adultère, le comportement homosexuel et le visionnement de matériel pornographique (I Cor. 6:12-20; Éph. 4:17-24; 1 Thess. 4:3-8; Rom. 2:26-27; I Tim. 1:9-10). En outre, les membres mariés de la communauté acceptent de préserver le caractère sacré du mariage et de prendre toutes les mesures concrètes possibles pour éviter le divorce. [Nous soulignons.]

Les membres du corps professoral et du personnel sont tenus de signer un document des « normes communautaires » qui comporte un paragraphe similaire, y compris l'interdiction de tout comportement homosexuel.

Conformément aux politiques établies, le BCCT a confié à une équipe chargée d'approuver les programmes la tâche d'examiner la demande de l'UTW. Le 21 mars 1996, cette équipe a recommandé l'approbation de la demande d'agrément sous réserve de certaines conditions. Le 19 avril 1996, le comité des programmes de formation des enseignants a approuvé le rapport de l'équipe sus-

1996, the Council of the BCCT rejected the report and recommendations. The motion was passed on two grounds: TWU did not meet the criteria stated in the BCCT bylaws and policies; and approval would not be in the public interest because of discriminatory practices of the institution. TWU applied for a reconsideration. After obtaining a legal opinion on the issue, the Council confirmed its denial of the application on June 29, 1996. The motion adopted on June 29 gives the following reason for the denial:

That Trinity Western University's appeal in regard to the College's denial of its application for approval of a Teacher Education Program be denied because Council still believes the proposed program follows discriminatory practices which are contrary to the public interest and public policy which the College must consider under its mandate as expressed in the *Teaching Profession Act*.

6

The BCCT gave no written reasons explaining its initial denial of the application or rejection on reconsideration. The May 22, 1996 letter of the Registrar of the BCCT to TWU however refers to discriminatory practices and "specifically the requirement for students to sign a contract of 'Responsibilities of Membership in the Trinity Western University Community'". The only other written explanation for denial of the application comes from the Fall 1996 quarterly newsletter of the BCCT, where the whole matter becomes abundantly clear. The BCCT writes:

Both the *Canadian Human Rights Act* and the *B.C. Human Rights Act* prohibit discrimination on the ground of sexual orientation. The Charter of Rights and the Human Rights Acts express the values which represent the public interest. Labelling homosexual behaviour as sinful has the effect of excluding persons whose sexual orientation is gay or lesbian. The Council believes and is supported by law in the belief that sexual orientation is no more separable from a person than colour. Persons of homosexual orientation, like persons of colour, are entitled to protection and freedom from discrimination under the law.

mentionnée, en modifiant toutefois certaines conditions. Le 17 mai 1996, le conseil du BCCT (le « Conseil ») a rejeté le rapport et les recommandations. La motion a été adoptée pour deux motifs : l'UTW ne satisfaisait pas aux critères énoncés dans les règlements et les politiques du BCCT, et l'approbation ne servirait pas l'intérêt public en raison des pratiques discriminatoires de l'établissement. L'UTW a sollicité un nouvel examen. Après avoir obtenu un avis juridique sur la question, le Conseil a confirmé son rejet de la demande le 29 juin 1996. La motion adoptée le 29 juin motive le rejet en ces termes :

[TRADUCTION] Que l'appel que l'université Trinity Western a interjeté contre le rejet par l'Ordre de sa demande d'approbation d'un programme de formation des enseignants soit rejeté parce que le Conseil est toujours d'avis que le programme proposé suit des pratiques discriminatoires qui sont contraires à l'intérêt et à l'ordre publics dont l'Ordre doit tenir compte en vertu du mandat qui lui est confié par la *Teaching Profession Act*.

Le BCCT n'a pas rédigé de motifs expliquant son premier rejet de la demande ou celui qui a suivi un nouvel examen. La lettre du 22 mai 1996 que le registraire du BCCT a envoyée à l'UTW mentionne cependant des pratiques discriminatoires et [TRADUCTION] « en particulier, l'exigence que les étudiants signent un contrat de "Responsabilités des membres de la communauté de l'université Trinity Western" ». La seule autre explication écrite du rejet de la demande provient du bulletin d'information trimestriel d'automne 1996 du BCCT, dans lequel tout devient très clair. Le BCCT écrit :

[TRADUCTION] La *Loi canadienne sur les droits de la personne* et la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique interdisent la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La charte des droits et les lois en matière de droits de la personne véhiculent les valeurs qui représentent l'intérêt public. Qualifier un comportement homosexuel de péché a pour effet d'exclure les personnes ayant une orientation homosexuelle. Le Conseil croit, et la loi l'appuie sur ce point, que l'orientation sexuelle est aussi inséparable d'une personne que la couleur. Les personnes ayant une orientation homosexuelle, comme les personnes de couleur, ont droit à la protection contre toute discrimination en vertu de la loi.

On application for judicial review of the BCCT decision, Davies J. of the Supreme Court of British Columbia ((1997), 41 B.C.L.R. (3d) 158) found that it was not within the BCCT's jurisdiction to consider whether the program follows discriminatory practices under the public interest component of the *Teaching Profession Act*, R.S.B.C. 1996, c. 449. He was of the view that matters of public interest in the Act relate to teaching standards and could not be extended to cover religious beliefs. Davies J. also found that there was no reasonable foundation to support the decision of the BCCT with regard to discrimination. The decision of the Supreme Court of British Columbia was affirmed by a majority of the Court of Appeal ((1998), 59 B.C.L.R. (3d) 241), Rowles J.A. dissenting.

The appellant before this Court describes the nature of the appeal in these terms:

This case is really an administrative law case. Did the Council exceed its jurisdiction, when it denied approval to TWU's five-year B.Ed. program, by taking into account TWU's discriminatory practices? Was this an extraneous consideration? This is a question of law, and the standard of correctness applies.

If the Council was entitled to consider "discriminatory practices", was there evidence of such practices and of discriminatory ramifications . . . ? Here the test is whether the decision of the Council was patently unreasonable.

We believe this approach is convenient and will adopt it, except for the determinations of the applicable standards of review.

I. Relevant Constitutional, Statutory and Non-Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can

À la suite d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du BCCT, le juge Davies de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ((1997), 41 B.C.L.R. (3d) 158) a conclu que le BCCT ne pouvait pas se servir de la disposition relative à l'intérêt public contenue dans la *Teaching Profession Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 449, pour décider si le programme suivait des pratiques discriminatoires. Il était d'avis que les questions d'intérêt public dans la Loi ont trait à des normes d'enseignement et qu'elles ne pouvaient pas viser les croyances religieuses. Le juge Davies a également conclu que la décision du BCCT relative à la discrimination n'avait aucun fondement raisonnable. La Cour d'appel, à la majorité, madame le juge Rowles étant dissidente ((1998), 59 B.C.L.R. (3d) 241), a confirmé la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

L'appelant devant notre Cour décrit ainsi la nature du pourvoi :

[TRADUCTION] La présente affaire relève vraiment du droit administratif. Le Conseil a-t-il excédé sa compétence en prenant en considération les pratiques discriminatoires de l'UTW pour refuser d'approuver son programme de baccalauréat en enseignement de cinq ans? Était-ce un facteur extrinsèque? Il s'agit là d'une question de droit et la norme de la décision correcte s'applique.

Si le Conseil avait le droit de prendre en considération des « pratiques discriminatoires », l'existence de telles pratiques et de conséquences discriminatoires était-elle prouvée [. . .]? Il faut déterminer, en l'espèce, si la décision du Conseil était manifestement déraisonnable.

Nous estimons que cette façon de procéder est la bonne et nous allons l'adopter, sauf en ce qui concerne la détermination des normes de contrôle applicables.

I. Les dispositions constitutionnelles, législatives et non législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des

be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

. . .

- (d) freedom of association.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Teaching Profession Act, R.S.B.C. 1996, c. 449

- 4** It is the object of the college to establish, having regard to the public interest, standards for the education, professional responsibility and competence of its members, persons who hold certificates of qualification and applicants for membership and, consistent with that object, to encourage the professional interest of its members in those matters.
- 21** Subject to this Act, the council must govern and administer the affairs of the college and, without limiting that duty, the council may do the following:

. . .

- (b) appoint an employee of the college as an evaluator with authority to evaluate and decide whether persons applying for a certificate of qualification or for membership in the college have complied with this Act and the bylaws of the college;
- (c) delegate to a committee of the college the authority set out in paragraph (b), either in addition to or in substitution for one or more evaluators appointed under that paragraph;

. . .

- (i) approve, for certification purposes, the program of any established faculty of teacher education or school of teacher education.

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

. . .

- d) liberté d'association.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Teaching Profession Act, R.S.B.C. 1996, ch. 449

[TRADUCTION]

- 4** L'Ordre a pour objet d'établir, compte tenu de l'intérêt public, les normes de formation, de responsabilité professionnelle et de compétence de ses membres, des personnes qui détiennent un certificat de compétence et des candidats à l'adhésion et, conformément à cet objet, d'encourager l'intérêt professionnel de ses membres pour ces questions.
- 21** Sous réserve de la présente loi, le conseil doit gérer et administrer les affaires de l'Ordre et, sans restreindre ce devoir, il peut :

. . .

- b) nommer un employé de l'Ordre comme évaluateur habilité à examiner et à décider si des personnes qui présentent une demande de certificat de compétence ou d'adhésion à l'Ordre respectent la présente loi et les règlements de l'Ordre;
- c) déléguer à un comité de l'Ordre le pouvoir énoncé à l'alinéa b), en sus ou en remplacement d'un seul ou de plusieurs évaluateurs nommés en vertu de cet alinéa;

. . .

- i) approuver, aux fins de délivrance des brevets d'enseignement, le programme de toute faculté ou école reconnue de formation des enseignants.

23(1) The council may make bylaws consistent with this Act and the *School Act* as follows:

. . .

(d) respecting the training and qualifications of teachers and establishing standards, policies and procedures with respect to the training and qualifications including, but not limited to, professional, academic and specialist standards, policies and procedures;

(e) respecting the issue of certificates of qualification . . .

(f) respecting the standards of fitness for the admission of persons as members of the college;

. . .

(l) giving effect to and implementing the powers of the council set out in this Act;

24(1) The registrar of the college must file with the minister a copy of each bylaw made by the council, certified under the seal of the college, within 10 days after it is made.

(2) The Lieutenant Governor in Council may disallow a bylaw respecting the training, qualification or certification of teachers within 60 days after the filing of it under subsection (1).

40 A member may appeal to the Supreme Court any decision, determination or order of the qualifications committee, discipline committee or council that affects the member and, from a decision, determination or order of the Supreme Court, may appeal to the Court of Appeal with leave of a justice of that court.

School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412

171(1) The minister must appoint an education advisory council to advise the minister on policy matters respecting education.

. . .

174(1) The Lieutenant Governor in Council may appoint one or more boards of examiners consisting of 2 or more members, and a board of

23(1) Le conseil peut adopter des règlements compatibles avec la présente loi et la *School Act* :

. . .

d) concernant la formation et les conditions d'admissibilité des enseignants et établissant des normes, politiques et procédures relatives à la formation et aux conditions d'admissibilité y compris, notamment, des normes, politiques et procédures concernant la profession, le régime scolaire et la spécialisation;

e) concernant la délivrance des certificats de compétence . . .

f) concernant les normes d'admission de personnes comme membres de l'Ordre;

. . .

l) mettant à exécution les pouvoirs du conseil énoncés dans la présente loi;

24(1) Le registraire de l'Ordre doit déposer auprès du Ministre un exemplaire de tous les règlements adoptés par le conseil, certifiés sous le sceau de l'Ordre, dans les 10 jours suivant leur adoption.

(2) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut rejeter un règlement concernant la formation ou la compétence des enseignants, ou encore la délivrance des brevets d'enseignement, dans les 60 jours suivant son dépôt en vertu du paragraphe (1).

40 Le membre touché par une décision ou ordonnance du comité des conditions d'admissibilité, du comité de discipline ou du conseil peut interjeter appel devant la Cour suprême contre cette décision ou ordonnance, et devant la Cour d'appel, avec l'autorisation d'un juge de cette cour, contre une décision ou ordonnance de la Cour suprême.

School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412

[TRADUCTION]

171(1) Le Ministre doit constituer un conseil consultatif en matière d'éducation qui sera chargé de le conseiller sur les questions de politique générale touchant l'éducation.

. . .

174(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut constituer un seul ou plusieurs comités d'examen composés d'au moins deux membres, et le

examiners so appointed must include at least one representative of the Ministry of Education, Skills and Training and one person appointed to represent the universities named in the *University Act* and the *Trinity Western University Act*.

comité d'examen ainsi constitué doit comporter au moins un représentant du ministère de l'Éducation, compétences et formation, et une personne nommée pour représenter les universités désignées dans la *University Act* et la *Trinity Western University Act*.

School Regulation, B.C. Reg. 265/89

11 The Education Advisory Council may advise the minister on overall policies of the education system including, without limitation, the following areas:

- (a) curriculum and assessment;
- (b) the teaching profession;
- (c) system governance;
- (d) finance.

Bylaws of the British Columbia College of Teachers, Bylaw 5 — Teacher Education Program Committee

5.C. Approval of Teacher Education Programs

5.C.01 Pursuant to the *Teaching Profession Act*, the Council of the College may approve for certification purposes the teacher education programs or revision to the programs of the Faculties of Education at universities recognized by statute in British Columbia as degree granting institutions.

5.C.02 The Council shall establish criteria for the approval for certification purposes of teacher education programs.

5.C.03 For existing teacher education programs that meet or are working towards meeting the criteria for approval established under Bylaw 5.C.02, approval may be granted on a continuing basis on the recommendation of the Teacher Education Programs Committee.

5.C.04 The Council may from time to time review the teacher education programs of Faculties of Education approved under Bylaw 5.C.03.

School Regulation, B.C. Reg. 265/89

[TRADUCTION]

11 Le conseil consultatif en matière d'éducation peut conseiller le Ministre sur l'ensemble des politiques du système d'éducation, notamment en ce qui concerne :

- a) le programme d'études et l'évaluation;
- b) la profession d'enseignant;
- c) la gestion du système;
- d) les finances.

Bylaws of the British Columbia College of Teachers, règlement 5 — Comité des programmes de formation des enseignants

[TRADUCTION]

5.C. Approbation des programmes de formation des enseignants

5.C.01 Conformément à la *Teaching Profession Act*, le conseil de l'Ordre peut approuver, aux fins de délivrance des brevets d'enseignement, les programmes de formation des enseignants ou la révision des programmes des facultés d'éducation des universités reconnues par la loi en Colombie-Britannique comme étant des établissements qui accordent des diplômes universitaires.

5.C.02 Le conseil établit les critères d'approbation, aux fins de délivrance des brevets d'enseignement, des programmes de formation des enseignants.

5.C.03 En ce qui concerne les programmes de formation des enseignants existants qui satisfont ou cherchent à satisfaire aux critères d'approbation établis par le règlement 5.C.02, l'approbation peut être accordée de façon permanente sur recommandation du comité des programmes de formation des enseignants.

5.C.04 Le conseil peut, à l'occasion, examiner les programmes de formation des enseignants des facultés d'éducation, approuvés en vertu du règlement 5.C.03.

5.C.05 For new teacher education programs offered by institutions recognized by statute in British Columbia as degree granting institutions, approval may be granted on an interim basis for a maximum of five years and will be based on:

- (a) the criteria for approval established under Bylaw 5.C.02;
- (b) the recommendation of the Teacher Education Programs Committee following a review process.

Policies of the British Columbia College of Teachers

P5.C Approval of Teacher Education Programs

P5.C.01 Criteria for the Approval for Certification Purposes of Teacher Education Programs

(b) Programs must meet the following criteria:

1.0 Context

1.1 Have an appropriate institutional setting in terms of depth and breadth of personnel, research and other scholarly activity and commitment to teacher education.

2.0 Selection

2.0 Have defined selection and admission policy that recognizes the importance of academic standing, interest in working with young people and suitability for entrance into the profession of teaching.

3.0 Content

3.2 Have content which provides for a minimum of 36 credit/semester hours of professional education and pedagogical course work. This must include a minimum of 12 weeks of supervised student teaching, the major part of which normally must be undertaken in public schools. The

5.C.05 En ce qui concerne les nouveaux programmes de formation des enseignants offerts par des établissements reconnus par la loi en Colombie-Britannique comme étant des établissements qui accordent des diplômes universitaires, l'approbation peut être accordée temporairement pour une période maximale de cinq ans :

- a) conformément aux critères d'approbation établis en vertu du règlement 5.C.02;
- b) sur recommandation du comité des programmes de formation des enseignants à la suite d'un examen.

Policies of the British Columbia College of Teachers

[TRADUCTION]

P5.C Approbation des programmes de formation des enseignants

P5.C.01 Critères d'approbation, aux fins de délivrance des brevets d'enseignement, des programmes de formation des enseignants

b) Les programmes doivent satisfaire aux critères suivants :

1.0 Contexte

1.1 Avoir un cadre institutionnel approprié en ce qui concerne le niveau et l'étendue des connaissances du personnel, les activités de recherche et d'érudition et l'engagement à former des enseignants.

2.0 Sélection

2.0 Avoir une politique précise de sélection et d'admission qui reconnaît l'importance du niveau d'instruction, de l'intérêt à travailler avec des jeunes et de l'aptitude à devenir enseignant.

3.0 Contenu

3.2 Avoir un contenu qui assure au moins 36 crédits par heure-semester de cours d'enseignement professionnel et de pédagogie. Cela doit comprendre au moins 12 semaines de stage pédagogique dirigé devant normalement se dérouler, en majeure partie, dans des écoles publiques.

program should recognize the advantages of an extended practicum in one school.

- 3.3 Have content which provides a base of pedagogical knowledge informed by current research.
- 3.4 Have content which provides a base of pedagogical skills that is informed by principles of effective practice and current research.
- 3.5 Have content which recognizes the diverse nature of our society and which addresses throughout the program philosophical, ethical, and societal concerns with specific attention to the following areas:

- 3.5.1 English as a Second Language (ESL)
- 3.5.2 First Nations Issues
- 3.5.3 Gender Equity
- 3.5.4 Multiculturalism and Racism
- 3.5.5 Students with Special Needs

. . .

4.0 Integration of Theory and Practice

. . .

- 4.3 Recognizes that the integration of theory and practice is enhanced by:

. . .

4.3.2 Ensuring that those who teach pedagogical skills and supervise practica have recent experience or significant involvement in school classrooms.

. . .

P5.C.03 Process for the Approval for Certification Purposes of New Teacher Education Programs

1. The Teacher Education Programs Committee shall oversee the process of program approval.
2. A Program Approval Sub-Committee consisting of three members of the Teacher Education Programs Committee shall meet

Le programme devrait reconnaître les avantages d'un stage prolongé dans une seule école.

- 3.3 Avoir un contenu qui confère une base de connaissances pédagogiques fondées sur la recherche actuelle.
- 3.4 Avoir un contenu qui confère une base de techniques pédagogiques fondées sur les principes de la pratique efficace et la recherche actuelle.
- 3.5 Avoir un contenu qui reconnaît la diversité de notre société et qui aborde, pendant la durée du programme, des questions philosophiques, déontologiques et sociales, en accordant une attention particulière aux domaines suivants :

- 3.5.1 Anglais, langue seconde
- 3.5.2 Questions relatives aux Premières nations
- 3.5.3 Égalité des sexes
- 3.5.4 Multiculturalisme et racisme
- 3.5.5 Étudiants ayant des besoins spéciaux

. . .

4.0 Intégration de la théorie à la pratique

. . .

- 4.3 Reconnaître que l'intégration de la théorie et à la pratique est favorisée par :

. . .

4.3.2 L'assurance que ceux qui enseignent des techniques pédagogiques et qui dirigent des stages aient une expérience récente ou une implication importante dans des salles de classe.

. . .

P5.C.03 Processus d'approbation, aux fins de la délivrance des brevets d'enseignement, des nouveaux programmes de formation des enseignants

1. Le comité des programmes de formation des enseignants supervise le processus d'approbation des programmes.
2. Un sous-comité d'approbation des programmes composé de trois membres du comité des programmes de formation des

as needed to prepare recommendations concerning program approval.

3. Approval of New Programs:

a. Each proposal will be reviewed by the Program Approval Sub-Committee and the Teacher Education Programs Committee. Following a satisfactory initial review, a separate Program Approval Team will be established to consider the proposal. Each Program Approval Team shall be appointed by Council upon recommendation of the Teacher Education Programs Committee.

b. Each Program Approval Team shall consist of three members including:

i. A member of the Teacher Education Programs Committee.

ii. A teacher educator, who is not an employee or part of the governing structure of the institution making the application, appointed in consultation with the Deans of the Faculties of Education with approved programs and the institution making the application.

iii. A member of the College of Teachers named in consultation with the British Columbia Teachers' Federation.

A staff person or consultant will be assigned to assist the team.

c. The Program Approval Team will make a recommendation for approval or denial of approval to the Teacher Education Programs Committee. If approval is recommended, the Program Approval Team will also recommend a term for interim approval as defined in Bylaw 5.C.05 and may recommend conditions that must be met prior to consideration of continuing program approval.

enseignants se réunit au besoin pour formuler des recommandations relatives à l'approbation des programmes.

3. Approbation de nouveaux programmes :

a. Chaque proposition sera examinée par le sous-comité d'approbation des programmes et le comité des programmes de formation des enseignants. À la suite d'un premier examen favorable, une équipe distincte chargée d'approuver les programmes sera constituée pour étudier la proposition. Le conseil constitue chaque équipe chargée d'approuver les programmes sur recommandation du comité des programmes de formation des enseignants.

b. Chaque équipe chargée d'approuver les programmes est composée de trois membres, dont :

i. Un membre du comité des programmes de formation des enseignants.

ii. Un formateur d'enseignants, qui n'est ni un employé ni un gestionnaire de l'établissement qui présente la demande, nommé à la suite de consultations avec les doyens des facultés d'éducation offrant des programmes approuvés et l'établissement qui présente la demande.

iii. Un membre de l'Ordre des enseignants nommé à la suite de consultations avec la British Columbia Teachers' Federation.

Un membre du personnel ou un consultant sera nommé pour aider l'équipe.

c. L'équipe chargée d'approuver les programmes recommandera l'approbation ou le rejet au comité des programmes de formation des enseignants. Si l'approbation est recommandée, l'équipe chargée d'approuver les programmes recommandera que l'approbation soit accordée temporairement pour une certaine période, conformément au règlement 5.C.05, et pourra recommander des conditions à remplir avant d'envisager l'approbation permanente du programme.

d. In the final year of interim approval, the College shall establish a Program Approval Team to make recommendations regarding further interim approval or approval on a continuing basis.

d. Au cours de la dernière année de l'approbation temporaire, l'Ordre constituera une équipe chargée d'approuver les programmes qui devra faire des recommandations concernant une autre approbation temporaire ou une approbation permanente.

II. Relevant Provisions in TWU Documents

10

Responsibilities of Membership in the Community of Trinity Western University (Student version; Otherwise Referred to as Community Standards)

PREAMBLE

Trinity Western is a Christian university distinguished by a clear mission:

The mission of Trinity Western University, as an arm of the church, is to develop godly Christian leaders: positive, goal-oriented university graduates with thoroughly Christian minds; growing disciples of Jesus Christ who glorify God through fulfilling The Great Commission, serving God and people in the various marketplaces of life.

. . .

Membership in the Trinity Western community is obtained through application and invitation. Those who accept an invitation to join the community agree to uphold its standards of conduct. . . .

. . .

Individuals who are invited to become members of this community but cannot with integrity pledge to uphold the application of these standards are advised not to accept the invitation and to seek instead a living-learning situation more acceptable to them.

CORE VALUES AND COMMUNITY STANDARDS

. . .

Because the Community Standards are intended to reflect a preferred lifestyle for those who belong to this

II. Les dispositions pertinentes des documents de l'UTW

Responsabilités des membres de la communauté de l'université Trinity Western (version destinée aux étudiants; également désignée sous le nom de normes communautaires)

[TRADUCTION]

PRÉAMBULE

Trinity Western est une université chrétienne qui se distingue par une mission claire :

La mission de l'université Trinity Western, en tant que ramification de l'église, est de former des chefs de file chrétiens pieux : des diplômés universitaires qui soient positifs et qui aient des objectifs à atteindre dans un esprit entièrement chrétien; des disciples de plus en plus fervents de Jésus-Christ qui rendent gloire à Dieu en remplissant la grande mission, servir Dieu et leur prochain dans les différents aspects de leur vie.

. . .

L'appartenance à la communauté de Trinity Western tient à une demande et à une invitation. Ceux qui acceptent une invitation à se joindre à la communauté acceptent d'en respecter les normes de conduite . . .

. . .

Les personnes qui sont invitées à devenir membres de notre communauté, mais qui ne peuvent pas complètement s'engager à en respecter les normes sont avisées de ne pas accepter l'invitation et de rechercher plutôt une situation d'apprentissage de la vie qui leur convient mieux.

VALEURS FONDAMENTALES ET NORMES COMMUNAUTAIRES

. . .

Parce que les normes communautaires visent à refléter le mode de vie préféré pour les membres de notre com-

community rather than “campus rules”, they apply both on and off campus. All members of the community are responsible to:

- CONDUCT THEMSELVES AS RESPONSIBLE CITIZENS.
- ENGAGE IN AN HONEST PURSUIT OF BIBLICAL HOLINESS.
- MAKE THE UNIVERSITY’S MISSION THEIR OWN MISSION.
- LIMIT THE EXERCISE OF THEIR CHRISTIAN LIBERTY IN ACCORDANCE WITH THE UNIVERSITY’S MISSION AND THE BEST INTEREST OF OTHER MEMBERS OF THE COMMUNITY.

APPLICATION OF THE COMMUNITY STANDARDS TO STUDENTS

It is recognized that not every student will have personal convictions wholly in accord with the following application of these standards. However, all students are responsible to:

- OBEY JESUS’ COMMANDMENT TO HIS DISCIPLES... ECHOED BY THE APOSTLE PAUL... TO LOVE ONE ANOTHER. In general this involves showing respect for all people regardless of race or gender and regard for human life at all stages. It includes making a habit of edifying others, showing compassion, demonstrating unselfishness, and displaying patience.
- REFRAIN FROM PRACTICES THAT ARE BIBLICALLY CONDEMNED. These include but are not limited to drunkenness (Eph. 5:18), swearing or use of profane language (Eph. 4:29, 5:4; Jas 3:1-12), harassment (Jn 13:34-35; Rom. 12:9-21; Eph. 4:31), all forms of dishonesty including cheating and stealing (Prov. 12:22; Col. 3:9; Eph. 4:28), abortion (Ex. 20:13; Ps. 139:13-16), involvement in the occult (Acts 19:19; Gal. 5:19), and sexual sins including premarital sex, adultery, homosexual behaviour, and viewing of pornography (I Cor. 6:12-20; Eph. 4:17-24; I Thess. 4:3-8; Rom. 2:26-27; I Tim. 1:9-10). Furthermore married members of the community agree to maintain the sanctity of marriage

munauté plutôt que des « règles de campus », elles s’appliquent à la fois sur le campus et en dehors du campus. Tous les membres de la communauté doivent :

- SE COMPORTER COMME DES CITOYENS RESPONSABLES.
- CHERCHER SINCÈREMENT À ATTEINDRE LA SAINTETÉ SELON LA BIBLE.
- FAIRE DE LA MISSION DE L’UNIVERSITÉ LEUR PROPRE MISSION.
- LIMITER L’EXERCICE DE LEUR LIBERTÉ CHRÉTIENNE CONFORMÉMENT À LA MISSION DE L’UNIVERSITÉ ET À L’INTÉRÊT SUPÉRIEUR DES AUTRES MEMBRES DE LA COMMUNAUTÉ.

APPLICATION DES NORMES COMMUNAUTAIRES AUX ÉTUDIANTS

Il est reconnu que les étudiants n’auront pas tous des convictions personnelles totalement en accord avec l’application suivante de ces normes. Cependant, tous les étudiants doivent :

- RESPECTER LE COMMANDEMENT DONNÉ PAR JÉSUS À SES DISCIPLES [...] RÉPÉTÉ PAR L’APÔTRE PAUL [...] DE S’AIMER LES UNS LES AUTRES. En général, cela exige d’avoir du respect pour son prochain sans égard à la race ou au sexe et pour la vie humaine à tous les stades, et également de prendre l’habitude d’édifier autrui et de faire preuve de compassion, de générosité et de patience.
- S’ABSTENIR DE SE LIVRER À DES PRATIQUES QUE LA BIBLE CONDAMNE. Sont notamment visés l’ivresse (Éph. 5:18), les jurons ou les blasphèmes (Éph. 4:29, 5:4; Jacq. 3:1-12), le harcèlement (Jean 13:34-35; Rom. 12:9-21; Éph. 4:31), toute forme de malhonnêteté, dont la tricherie et le vol (Prov. 12:22; Col. 3:9; Éph. 4:28), l’avortement (Ex. 20:13; Ps. 139:13-16), toute activité liée à l’occultisme (Act. 19:19; Gal. 5:19) et les péchés sexuels, y compris les relations sexuelles avant le mariage, l’adultère, le comportement homosexuel et le visionnement de matériel pornographique (I Cor. 6:12-20; Éph. 4:17-24; I Thess. 4:3-8; Rom. 2:26-27; I Tim. 1:9-10). En outre,

and to take every positive step possible to avoid divorce.

les membres mariés de la communauté acceptent de préserver le caractère sacré du mariage et de prendre toutes les mesures concrètes possibles pour éviter le divorce.

This application of the Community Standards is not offered as a legalistic definition of right and wrong. Rather, it provides concrete examples of a commitment to the mission of Trinity Western University and a commitment to fellow members of this academic community. Certain expectations may not be commanded by Scripture, but nonetheless, they are desirable and essential if all members of the community are to achieve their personal goals. Consequently, all students are required to commit themselves to follow this application of the Community Standards and maintain the integrity of that commitment.

Cette application des normes communautaires n'est pas présentée comme une définition formaliste du bien et du mal. Elle offre plutôt des exemples concrets d'un engagement envers la mission de l'université Trinity Western, d'une part, et envers les confrères et consœurs de notre communauté universitaire, d'autre part. Bien qu'il se puisse qu'elles ne soient pas commandées par les Saintes Écritures, certaines attentes sont néanmoins souhaitables et essentielles pour que tous les membres de la communauté puissent réaliser leurs objectifs personnels. Par conséquent, tous les étudiants sont tenus de s'engager à suivre la présente application des normes communautaires et de respecter à la lettre cet engagement.

Responsibilities of Membership in the Community of Trinity Western University (Faculty and staff version; Otherwise Referred to as Community Standards)

Responsabilités des membres de la communauté de l'université Trinity Western (version destinée aux membres du corps professoral et du personnel; également désignée sous le nom de normes communautaires)

The Community Standards are essentially the same as those for students, however the Application provision differs as follows:

Les normes communautaires sont essentiellement les mêmes que pour les étudiants, mais la disposition relative à leur application présente les différences suivantes :

[TRADUCTION]

APPLICATION OF THE COMMUNITY STANDARDS TO
FACULTY, STAFF AND ADMINISTRATION

APPLICATION DES NORMES COMMUNAUTAIRES AU CORPS
PROFESSORAL, AU PERSONNEL ET À L'ADMINISTRATION

The University asserts from the outset that the existence of separate application statements is not for the purpose of creating different standards for different community groups. Thus, the same core values and biblical principles underlie both statements. This portion of the Community Standards statement applies these common values and principles in an appropriate manner to the situations which present themselves to employees which may differ from those of students. Employees will at all times affirm and support the application statement for students.

L'université affirme au départ que l'existence de déclarations d'application distinctes n'a pas pour but de créer des normes différentes pour des groupes communautaires différents. Par conséquent, les mêmes valeurs fondamentales et principes bibliques sous-tendent les deux déclarations. Cette partie de la déclaration des normes communautaires applique à juste titre ces valeurs et principes communs aux situations auxquelles ont à faire face les employés et qui peuvent être différentes de celles auxquelles ont à faire face les étudiants. Les employés confirmeront et défendront en tout temps la déclaration d'application aux étudiants.

Consistent with the Preamble and Core Values of this document, employees are expected to:

En conformité avec le préambule et les valeurs fondamentales du présent document, les employés sont censés :

-
- OBEY JESUS' COMMANDMENT TO HIS DISCIPLES... ECHOED BY THE APOSTLE PAUL... TO LOVE, CHERISH, AND SERVE THE NEEDS OF ONE ANOTHER. This command requires total respect for all people regardless of race, gender, location, status, or stage of life and of course, precludes harming another person physically or maligning another's character through gossip, slander, or careless talk. It also includes making a habit of edifying others, showing compassion, demonstrating unselfishness, and displaying patience.
 - RESPECTER LE COMMANDEMENT DONNÉ PAR JÉSUS À SES DISCIPLES [...] RÉPÉTÉ PAR L'APÔTRE PAUL [...] DE S'AIMER, DE SE CHÉRIR ET DE S'ENTRAIDER LES UNS LES AUTRES. Ce commandement exige d'avoir le plus grand respect pour son prochain sans égard à la race, au sexe, à l'endroit, à la situation ou à l'âge, et interdit évidemment de causer des lésions corporelles à autrui ou de nuire à la réputation d'autrui par des commérages, des calomnies ou des indiscretions. Il exige également de prendre l'habitude d'édifier autrui et de faire preuve de compassion, de générosité et de patience.
 - REFRAIN FROM PRACTICES WHICH ARE BIBLICALLY CONDEMNED. These would include such matters as drunkenness (Eph. 5:18) and other forms of substance abuse, use of profane or unedifying language (Eph. 4:29, 5:4; Jas 3:1-12), all forms of harassment (Jn 13:34-35; Rom. 12:9-21; Eph. 4:31), all forms of dishonesty including cheating, stealing and misrepresentation (Prov. 12:22; Col. 3:9; Eph. 4:28), abortion (Ex. 20:13; Ps. 139:13-16), gluttony, involvement in the occult (Acts 19:19; Gal. 5:19), and sexual sins including immodesty, the viewing of pornography, premarital and extramarital sex, common law relationships, and homosexual behaviour (I Cor. 6:12-20; Eph. 4:17-24; I Thess. 4:3-8; Rom. 2:26-27; I Tim. 1:9-10). Furthermore, married members of the community agree to maintain the sanctity of marriage and to take every positive step possible to avoid divorce.
 - S'ABSTENIR DE SE LIVRER À DES PRATIQUES QUE LA BIBLE CONDAMNE. Seraient notamment visés l'ivresse (Éph. 5:18), et d'autres formes de consommation abusive de substances psychoactives, les blasphèmes et le langage peu édifiant (Éph. 4:29, 5:4; Jacq. 3:1-12), toute forme de harcèlement (Jean 13:34-35; Rom. 12:9-21; Éph. 4:31), toute forme de malhonnêteté, dont la tricherie, le vol et les affirmations mensongères (Prov. 12:22; Col. 3:9; Éph. 4:28), l'avortement (Ex. 20:13; Ps. 139:13-16), la gourmandise, toute activité liée à l'occultisme (Act. 19:19; Gal. 5:19) et les péchés sexuels, y compris l'indécence, le visionnement de matériel pornographique, les relations sexuelles avant le mariage et l'adultère, le concubinage et le comportement homosexuel (I Cor. 6:12-20; Éph. 4:17-24; 1 Thess. 4:3-8; Rom. 2:26-27; I Tim. 1:9-10). En outre, les membres mariés de la communauté acceptent de préserver le caractère sacré du mariage et de prendre toutes les mesures concrètes possibles pour éviter le divorce.
 - TREAT WITH UTMOST SERIOUSNESS THE POSITION OF TRUST AND INFLUENCE WHICH AN EMPLOYEE HOLDS IN HIS/HER RELATIONSHIPS WITH STUDENTS, AND TO MODEL AT ALL TIMES WISE, DISCREET AND RESPECTFUL BEHAVIOUR. This is especially important for faculty whose direct relationship of authority with students must be exercised with an attitude of integrity and service. Employees agree as well to affirm the application of the University's Community Standards to students.
 - PRENDRE TRÈS AU SÉRIEUX LA POSITION DE CONFIANCE ET D'INFLUENCE QU'UN EMPLOYÉ OCCUPE DANS SES RAPPORTS AVEC LES ÉTUDIANTS, ET TOUJOURS AFFICHER UN COMPORTEMENT PRUDENT, DISCRET ET RESPECTUEUX. Cela est particulièrement important pour le corps professoral dont le rapport d'autorité direct avec les étudiants doit être caractérisé par l'intégrité et le dévouement. Les employés acceptent également de confirmer l'application des normes communautaires de l'université aux étudiants.

Explanation of Community Standards Code Provided to Students

When you decided to attend TWU you signed on to live by different standards than the rest of the world does. The “rules”, or Community Standards, are not meant to be the bane of your existence, but to create an atmosphere that is consistent with our profession of faith.

You might not absolutely agree with the Standards. They might not be consistent with what you believe. However, when you decided to come to TWU, you agreed to accept these responsibilities. If you cannot support and abide by them, then perhaps you should look into UIG [University of Instant Gratification] or AGU [Anything Goes University].

Statement of Faith (for Faculty)

As a Christian university, Trinity Western openly espouses a unifying philosophical framework to which all faculty and staff are committed without reservation. The University identifies with and is committed to historic orthodox Christianity as expressed by the official Statement of Faith. . . .

. . . .

I agree without reservation with the above Statement of Faith and agree to support that position at all times before the students and friends of Trinity Western University.

I agree with reservation with the above Statement of Faith. (Specify all reservations on separate sheet.)

Date _____ Signed _____

I feel I cannot sign the above Statement of Faith for the reasons specified. (Specify all reasons on separate sheet.)

TWU Statement of Academic Freedom

Accordingly, Trinity Western University maintains that arbitrary indoctrination and simplistic, prefabricated answers to all questions are incompatible with a Christian respect for truth, a Christian understanding of human dignity and freedom, and quality Christian educational techniques and objectives.

Explication du Code des normes communautaires fournie aux étudiants

[TRADUCTION] Quand vous avez décidé de fréquenter l’UTW, vous vous êtes engagé(e) à observer des normes différentes de celles du reste du monde. Les « règles », ou normes communautaires, visent non pas à vous empoisonner l’existence, mais à établir un climat compatible avec notre profession de foi.

Il se pourrait que vous ne soyez pas totalement d’accord avec ces normes. Il se pourrait qu’elles ne soient pas compatibles avec vos croyances. Toutefois, quand vous avez décidé de fréquenter l’UTW, vous avez accepté d’assumer ces responsabilités. Si vous ne pouvez pas les tolérer ou les respecter, vous devriez peut-être alors songer à fréquenter une université de la satisfaction instantanée ou une université où tout est permis.

Profession de foi (du corps professoral)

[TRADUCTION] En sa qualité d’université chrétienne, Trinity Western adopte ouvertement un régime philosophique unificateur auquel tous les membres du corps professoral et du personnel sont soumis sans réserve. L’université s’identifie au christianisme orthodoxe historique et s’engage à le promouvoir conformément à la profession de foi officielle . . .

. . . .

Je souscris sans réserve à la profession de foi susmentionnée et j’accepte de toujours défendre ce point de vue auprès des étudiants et des amis de l’université Trinity Western.

Je souscris sous réserve à la profession de foi susmentionnée. (Préciser toutes les réserves sur une feuille distincte.)

Date _____ Signature _____

Je me sens incapable de signer la profession de foi susmentionnée pour les raisons précisées. (Préciser toutes les raisons sur une feuille distincte.)

Déclaration de liberté d’enseignement de l’UTW

[TRADUCTION] Par conséquent, l’université Trinity Western soutient que l’endoctrinement arbitraire et les réponses simplistes et toutes faites à toutes les questions sont incompatibles avec le respect chrétien de la vérité, l’interprétation chrétienne de la dignité et des libertés de la personne, et les techniques et objectifs d’enseignement chrétien de qualité.

On the other hand, Trinity Western University rejects as incompatible with human nature and revelational theism a definition of academic freedom which arbitrarily and exclusively requires pluralism without commitment, denies the existence of any fixed points of reference, maximizes the quest for truth to the extent of assuming it is never knowable, and implies an absolute freedom from moral and religious responsibility to its community.

Rather, for itself, Trinity Western University is committed to academic freedom in teaching and investigation from a stated perspective, i.e., within parameters consistent with the confessional basis of the constituency to which the University is responsible, but practised in an environment of free inquiry and discussion and of encouragement to integrity in research. Students also have freedom to inquire, right of access to the broad spectrum of representative information in each discipline, and assurance of a reasonable attempt at a fair and balanced presentation and evaluation of all material by their instructors. Truth does not fear honest investigation.

III. Analysis

(1) *Is Consideration of Discriminatory Practices within the Jurisdiction of the BCCT?*

The BCCT is empowered under s. 4 of the *Teaching Profession Act* (the "Act") to "establish, having regard to the public interest, standards for the education, professional responsibility and competence of its members, persons who hold certificates of qualification and applicants for membership and . . . to encourage the professional interest of its members". It is this reference to the public interest that is invoked by the BCCT as justification for considering the TWU admissions policy in deciding on the certification of its teacher education program. The BCCT argues that teaching programs must be offered in an environment that reflects human rights values and that those values can be used as a guide in the assessment of the impact of discriminatory practices on pedagogy. Although the BCCT did not take into account the existence of special institutions such as TWU in designing its bylaws and policies, it claims that all institutions who wish to train teachers for entry into the public education system must satisfy the

En revanche, l'université Trinity Western rejette, pour le motif qu'elle est incompatible avec la nature humaine et le théisme fondé sur des révélations, une définition de la liberté d'enseignement qui prescrit arbitrairement et exclusivement le pluralisme sans engagement, nie l'existence de points de référence fixes, maximise la recherche de la vérité au point de supposer qu'elle ne peut jamais être découverte et comporte une exonération absolue de toute responsabilité morale et religieuse envers la communauté dans laquelle on vit.

L'université Trinity Western s'engage plutôt, quant à elle, à assurer la liberté dans l'enseignement et la recherche d'une manière explicite, c'est-à-dire dans des limites conformes au fondement confessionnel du groupe dont elle est responsable, mais dans un environnement où les gens sont libres de poser des questions et de discuter et où la recherche honnête est encouragée. Les étudiants sont libres de s'informer, ont accès à la vaste gamme de renseignements représentatifs de chaque discipline et sont assurés que leurs enseignants s'efforcent raisonnablement de présenter et d'évaluer de manière équitable et pondérée toutes les matières. La vérité ne craint pas la recherche honnête.

III. Analyse

(1) *Le BCCT a-t-il compétence pour prendre en considération des pratiques discriminatoires?*

L'article 4 de la *Teaching Profession Act* (la « Loi ») habilite le BCCT à [TRADUCTION] « établir, compte tenu de l'intérêt public, les normes de formation, de responsabilité professionnelle et de compétence de ses membres, des personnes qui détiennent un certificat de compétence et des candidats à l'adhésion et [. . .] [à] encourager l'intérêt professionnel de ses membres ». C'est cette mention de l'intérêt public qui, selon le BCCT, justifie qu'il prenne en considération la politique d'admission de l'UTW pour décider s'il y a lieu d'agréer le programme de formation des enseignants de cet établissement. Le BCCT soutient que les programmes d'enseignement doivent être offerts dans un milieu qui reflète les valeurs relatives aux droits de la personne et que ces valeurs peuvent servir à évaluer l'incidence de pratiques discriminatoires sur la pédagogie. Bien que le BCCT n'ait pas tenu compte de l'existence d'établissements particuliers comme l'UTW pour concevoir ses règlements et ses politiques, il prétend que tous les établisse-

BCCT that they will provide an institutional setting that appropriately prepares future teachers for the public school environment, and in particular for the diversity of public school students.

ments qui souhaitent former des enseignants qui occuperont un poste dans le système d'éducation public doivent convaincre le BCCT qu'ils fourniront un cadre institutionnel qui préparera convenablement les futurs enseignants au milieu scolaire public et, en particulier, à la diversité des élèves des écoles publiques.

12 TWU argues that the BCCT was not created to render judgment on the acceptability of religious beliefs nor to enforce human rights legislation in an attempt to eradicate potential discrimination in the school system. It is of the view that a contextual interpretation of the words "public interest" in s. 4 indicates that the powers of the BCCT are limited to establishing standards ensuring that teachers are properly trained, competent and of good character. According to TWU, the BCCT is not authorized to decide whether the religious beliefs of TWU students and staff may give rise to a risk of discrimination or to a perception within the public that those students will discriminate when employed within the public education system.

L'UTW fait valoir que le BCCT n'a pas été créé pour décider si des croyances religieuses sont acceptables ou pour faire respecter la législation sur les droits de la personne de manière à éliminer tout risque de discrimination dans le système scolaire. Elle estime que, selon une interprétation contextuelle de l'expression « intérêt public » à l'art. 4, le BCCT n'est habilité qu'à établir des normes destinées à garantir que les enseignants recevront une formation adéquate, qu'ils seront compétents et qu'ils auront une bonne moralité. Selon l'UTW, le BCCT n'est pas autorisé à décider si les croyances religieuses des étudiants et du personnel de l'UTW peuvent engendrer un risque de discrimination ou la perception chez le public que ces étudiants feront preuve de discrimination quand ils travailleront au sein du système d'éducation public.

13 Our Court accepted in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, that teachers are a medium for the transmission of values. It is obvious that the pluralistic nature of society and the extent of diversity in Canada are important elements that must be understood by future teachers because they are the fabric of the society within which teachers operate and the reason why there is a need to respect and promote minority rights. The suitability for entrance into the profession of teaching must therefore take into account all features of the education program at TWU. We agree with Rowles J.A. that "[i]t is clear from the terms 'professional responsibility and competence of its members' that the College can consider the effect of public school teacher education programs on the competence and professional responsibility of their graduates" (para. 197). The power to establish standards provided for in s. 4 of the Act must be interpreted in light of the general purpose of the statute and in particular, the need to

Dans l'arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, notre Cour a reconnu que les enseignants servent d'intermédiaires pour transmettre des valeurs. Il est évident que le caractère pluraliste de la société et l'ampleur de la diversité au Canada sont des éléments importants dont les futurs enseignants doivent prendre conscience parce qu'ils caractérisent la société dans laquelle ils seront appelés à travailler et expliquent pourquoi il est nécessaire pour eux de respecter et de promouvoir les droits des minorités. Pour déterminer l'aptitude à devenir enseignant, il faut donc tenir compte de toutes les caractéristiques du programme de formation de l'UTW. Nous partageons l'opinion de madame le juge Rowles selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l ressort clairement des expressions "responsabilité professionnelle et [...] compétence de ses membres" que l'Ordre peut prendre en considération l'incidence que les programmes de formation des enseignants des écoles publiques ont sur la

ensure that “the fulfilment of public functions is undertaken in a manner that does not undermine public trust and confidence” (*Ross, supra*, at para. 84). Schools are meant to develop civic virtue and responsible citizenship, to educate in an environment free of bias, prejudice and intolerance. It would not be correct, in this context, to limit the scope of s. 4 to a determination of skills and knowledge.

We are therefore of the view that the BCCT had jurisdiction to consider discriminatory practices in dealing with the TWU application. All parties accepted that the standard of correctness applied to this decision because it was determinative of jurisdiction and beyond the expertise of the members of the Council.

(2) *Was the Decision of the BCCT Council Justified?*

(a) The Standard of Review

Before this question can be answered, we must decide what is the appropriate standard of review in these circumstances. As mentioned earlier, the appellant is of the view that the standard of patent unreasonableness applies. There is no substantive argument made in the appellant’s factum on this issue, but its position is basically the same as that of the intervener, the Ontario Secondary School Teachers’ Federation. In essence, the view of these parties is that the BCCT is a specialized tribunal with considerable expertise in the field of education. It is expressly granted wide discretion in deciding what factors to take into account when approving education programs. Determining criteria as to whether a program is appropriate for the public school system is a polycentric policy decision involving balancing multiple factors and competing interests. The Legislature contemplated that such decisions should be left to the Council. The

compétence et la responsabilité professionnelle des gens qui obtiennent leur diplôme après les avoir suivis » (par. 197). Le pouvoir d’établir des normes, prévu à l’art. 4 de la Loi, doit être interprété en fonction de l’objectif général de la Loi et, en particulier, du besoin de veiller à ce que « les fonctions publiques soient exercées de manière à ne pas saper la confiance du public » (*Ross, précité*, par. 84). Les écoles sont censées développer le civisme, former des citoyens responsables et offrir un enseignement dans un milieu où les préjugés, le parti pris et l’intolérance n’existent pas. Il ne conviendrait donc pas, dans ce contexte, de limiter la portée de l’art. 4 à la détermination des compétences et des connaissances.

Nous estimons donc que le BCCT avait compétence pour prendre en considération des pratiques discriminatoires en traitant la demande de l’UTW. Toutes les parties ont reconnu que la norme de la décision correcte s’appliquait à la décision rendue en l’espèce parce qu’elle était déterminante sur le plan de la compétence et excédait l’expertise des membres du Conseil.

(2) *La décision du Conseil du BCCT était-elle justifiée?*

a) La norme de contrôle

Pour répondre à cette question, il nous faut déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée dans les circonstances. Comme nous l’avons vu, l’appelant estime que la norme de la décision manifestement déraisonnable s’applique. Dans son mémoire, l’appelant n’avance aucun argument substantiel à ce sujet, mais son point de vue est pratiquement le même que celui de l’intervenante, la Fédération des enseignantes-enseignants des écoles secondaires de l’Ontario. Ces parties considèrent essentiellement que le BCCT est un tribunal spécialisé qui possède une grande expertise dans le domaine de l’éducation. Il est expressément investi d’un large pouvoir discrétionnaire de déterminer quels facteurs doivent être pris en considération lorsqu’il s’agit d’approuver des programmes de formation. L’établissement des critères applicables pour déterminer si un programme est approprié pour le système scolaire public est une décision de

14

15

respondent TWU argues that a correctness standard applies because the purpose of the decision is the protection of minorities and promotion of human rights. The expertise of the Council does not extend to human rights issues; the Council is predominantly comprised of school teachers with no experience in balancing competing interests in society. Furthermore, there is no privative clause applicable and s. 40 of the Act provides for a right of appeal. The Act also allows the Lieutenant Governor in Council to disallow a bylaw passed by the BCCT.

politique générale polycentrique qui exige de soulever des facteurs multiples et des intérêts opposés. Le législateur a prévu que ces décisions devraient être prises par le Conseil. L'UTW intimée soutient que la norme de la décision correcte s'applique parce que la décision en cause a pour but de protéger les minorités et de promouvoir les droits de la personne. L'expertise du Conseil ne s'étend pas aux questions de droits de la personne; le Conseil est surtout composé d'enseignants qui ne possèdent aucune expérience en matière d'évaluation d'intérêts opposés dans la société. De plus, aucune clause privative ne s'applique et l'art. 40 de la Loi prévoit un droit d'appel. La Loi permet également au lieutenant-gouverneur en conseil de rejeter un règlement adopté par le BCCT.

16 In the Court of Appeal, Goldie J.A. considered the pragmatic and functional approach first adopted in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and held that the lack of a privative clause, the lack of expertise in human rights issues of the BCCT and the purpose of the legislation indicated a standard of correctness. He nevertheless found that the misconception of TWU's world view and the error in finding intolerant behaviour were errors of fact and patently unreasonable. Rowles J.A., in her dissent, divided the question of jurisdiction and the existence of discriminatory practices generally, which were questions of law, and the effects of discriminatory practices, or whether the certification was in fact contrary to the public interest, which were questions of fact, applying different standards in each case. She applied the correctness standard to the first division and the reasonableness *simpliciter* standard to the second.

En Cour d'appel, le juge Goldie a examiné la méthode pragmatique et fonctionnelle adoptée pour la première fois dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et a conclu que l'absence de clause privative, le manque d'expertise du BCCT relativement aux questions touchant les droits de la personne et l'objet de la mesure législative militaient en faveur de l'application de la norme de la décision correcte. Il a toutefois jugé que la conception erronée de la vision que l'UTW a du monde et l'erreur commise en concluant à l'existence de comportement intolérant étaient des erreurs de fait et étaient manifestement déraisonnables. Dans ses motifs de dissidence, madame le juge Rowles a examiné séparément, d'une part, la question de la compétence et celle de l'existence de pratiques discriminatoires en général, qui étaient des questions de droit, et d'autre part, la question de l'incidence des pratiques discriminatoires ou celle de savoir si l'agrément du programme était en réalité contraire à l'intérêt public, qui étaient des questions de fait, et a appliqué des normes différentes dans chaque cas. Elle a appliqué la norme de la décision correcte aux questions de droit et la norme de la décision raisonnable *simpliciter* aux questions de fait.

17 In *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, Bastarache J. summarized the recent jurisprudence of the Court on the standards of review to provide

Dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, le juge Bastarache a résumé la jurisprudence récente de la Cour en matière de normes

a framework for easy reference by judges and lawyers. Bastarache J. insisted on the fact that, under the pragmatic and functional approach, the focus of the inquiry is still on the particular provision being interpreted by the tribunal and that some provisions will require more deference than others, although they are found in the same Act. *Pushpanathan* did not modify *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, and *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748. It proposes the use of the same four basic factors. Dealing for instance with the expertise factor, it is worth noting that *Pezim* was concerned with the discretion of a securities commission to determine what was in the public interest; in that case, the Court found that, where the tribunal plays an important policy development role, a higher degree of judicial deference is warranted. In the present instance, we are also dealing with the discretion of an administrative body to determine the public interest. The present context is, however, very different. We have already mentioned that s. 171(1) of the *School Act* states that the Minister of Education must appoint an education advisory council to “advise the minister on policy matters respecting education”. Section 11 of the *School Regulation* expands upon the role of the education advisory council and provides that it may advise the minister on “overall policies of the education system including, without limitation, the following areas: . . . (b) the teaching profession”. Even if bylaws on discriminatory practices were adopted by the BCCT by virtue of the s. 4 public interest provision, pursuant to s. 24 of the *Teaching Profession Act*, these bylaws would have to be filed with the minister within 10 days and would be subject to disavowal. Therefore, the BCCT is not the only government actor entrusted with policy development. Furthermore, its expertise does not qualify it to interpret the scope of human rights nor to reconcile competing rights. It cannot be seriously argued that the determination of good character, which is an individual matter, is sufficient to expand the jurisdiction of the BCCT to the evaluation of religious belief, freedom of association and the right to equality generally. As mentioned in *Pushpanathan*, the expertise of the tribunal must

de contrôle afin de fournir aux juges et aux avocats un cadre de référence facile à consulter. Il a souligné que, selon la méthode pragmatique et fonctionnelle, l’accent est toujours mis sur la disposition qui est interprétée par le tribunal administratif et que certaines dispositions doivent faire l’objet de plus de retenue que d’autres, même si elles se trouvent dans la même loi. L’arrêt *Pushpanathan* n’a pas modifié les arrêts *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. Il propose le recours aux quatre mêmes facteurs de base. En ce qui concerne, par exemple, le facteur de l’expertise, il vaut la peine de noter que *Pezim* portait sur le pouvoir discrétionnaire d’une commission des valeurs mobilières de déterminer ce qui était dans l’intérêt public; dans cette affaire, la Cour a conclu que, dans le cas où un tribunal administratif participe de façon importante à l’établissement de politiques, il faut faire preuve d’une plus grande retenue. En l’espèce, nous devons également nous prononcer sur le pouvoir discrétionnaire d’un organisme administratif de déterminer ce qui est dans l’intérêt public. Toutefois, le présent contexte est très différent. Nous avons déjà mentionné que le par. 171(1) de la *School Act* prévoit que le ministre de l’Éducation doit constituer un conseil consultatif en matière d’éducation [TRADUCTION] « qui sera chargé de le conseiller sur les questions de politique générale touchant l’éducation ». L’article 11 de la *School Regulation* explique le rôle du conseil consultatif en matière d’éducation et prévoit qu’il peut conseiller le Ministre sur [TRADUCTION] « l’ensemble des politiques du système d’éducation, notamment en ce qui concerne: [. . .] b) la profession d’enseignant ». Même si le BCCT adoptait des règlements sur les pratiques discriminatoires en vertu de la disposition de l’art. 4 relative à l’intérêt public, ces règlements devraient être déposés auprès du Ministre dans les 10 jours et pourraient être rejetés, conformément à l’art. 24 de la *Teaching Profession Act*. En conséquence, le BCCT n’est pas le seul intervenant officiel qui soit chargé d’établir des politiques. Il ne possède pas non plus l’expertise nécessaire pour interpréter la portée des droits de la personne ou pour concilier des droits opposés.

be evaluated in relation to the issue and the relative expertise of the court itself. The BCCT asked for a legal opinion before its last denial of the TWU application; it relied on someone else's expertise with regard to the issue before us. It has set standards for teachers, but this has never included the interpretation of human rights codes. The absence of a privative clause, the expertise of the BCCT, the nature of the decision and the statutory context all favour a correctness standard.

On ne saurait prétendre sérieusement que la détermination de la bonne moralité, qui est une question personnelle, est suffisante pour étendre la compétence du BCCT à l'évaluation de la croyance religieuse, de la liberté d'association et du droit à l'égalité en général. Comme on l'a mentionné dans l'arrêt *Pushpanathan*, l'expertise du tribunal doit être évaluée en fonction de la question litigieuse et de l'expertise relative du tribunal administratif lui-même. Le BCCT a sollicité un avis juridique avant de rejeter pour la dernière fois la demande de l'UTW; il s'en est remis à l'expertise de quelqu'un d'autre en ce qui concerne la question dont nous sommes saisis. Il a établi des normes pour les enseignants, mais cela n'a jamais compris l'interprétation des codes des droits de la personne. L'absence de clause privative, l'expertise du BCCT, la nature de la décision et le contexte législatif militent tous en faveur de l'application la norme de la décision correcte.

18 We mentioned earlier that a lower standard had been applied by the Court of Appeal on the findings of the BCCT with regard to the existence of discriminatory practices and, if they are present, whether they have created a perception that the BCCT condones this discriminatory conduct. The lower standard was also applied to the BCCT finding that the school system has or has not created a risk that graduates of TWU will not provide a discrimination-free environment for all students. We do not believe that different standards should apply in these circumstances. The existence of discriminatory practices is based on the interpretation of the TWU documents and human rights values and principles. This is a question of law that is concerned with human rights and not essentially educational matters.

Nous avons déjà souligné que la Cour d'appel avait appliqué une norme moins stricte aux conclusions que le BCCT a tirées relativement à l'existence de pratiques discriminatoires et quant à savoir, à supposer que de telles pratiques existent, si elles ont engendré la perception qu'il tolère cette conduite discriminatoire. La norme moins stricte a également été appliquée à la conclusion du BCCT que le système scolaire a ou n'a pas créé un risque que les diplômés de l'UTW n'offrent pas à tous les étudiants un milieu libre de toute discrimination. Nous ne croyons pas que des normes différentes devraient s'appliquer dans les présentes circonstances. L'existence de pratiques discriminatoires est fondée sur l'interprétation des documents de l'UTW et des valeurs et principes en matière de droits de la personne. Il s'agit d'une question de droit qui touche le domaine des droits de la personne et non pas essentiellement celui de l'enseignement.

19 The perception of the public regarding the religious beliefs of TWU graduates and the inference that those beliefs will produce an unhealthy school environment have, in our view, very little to do, if anything, with the particular expertise of the members of the BCCT. We believe it is particu-

La perception que le public a des croyances religieuses des diplômés de l'UTW et la déduction que ces croyances engendreront un milieu scolaire malsain ont, à notre avis, très peu à voir, s'il en est, avec l'expertise particulière des membres du BCCT. Nous croyons qu'il est particulièrement

larly important to note here that we are not in a situation where the Council is dealing with discriminatory conduct by a teacher, as in *Ross*. The evidence in this case is speculative, involving consideration of the potential future beliefs and conduct of graduates from a teacher education program taught exclusively at TWU. By contrast, in *Ross* the actual conduct of the teacher had, on the evidence, poisoned the atmosphere of the school (*Ross, supra*, at paras. 38-40 and 101). More importantly, the Council is not particularly well equipped to determine the scope of freedom of religion and conscience and to weigh these rights against the right to equality in the context of a pluralistic society. The public dimension of religious freedom and the right to determine one's moral conduct have been recognized long before the advent of the *Charter* (see *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 329) and have been considered to be legal issues. The accommodation of beliefs is a legal question discussed in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *Ross*. Perceptions were a concern in *Ross*, but they were founded on conduct, not simply beliefs. The respondent in this case argued that the refusal of accreditation would create the perception that the BCCT does not value freedom of religion and conscience and endorses stereotypical attributes with regard to TWU graduates. All this to say that even if it was open to the BCCT to base its decision on perception rather than evidence of actual discrimination or of a real risk of discrimination, there is no reason to give any deference to that decision.

(b) The Evidence of Discrimination

There are in reality two elements to be considered under this heading: Are the internal documents of TWU illustrative of discriminatory practices? If so, are these discriminatory practices sufficient to establish a risk of discrimination suffi-

important de souligner ici que nous ne sommes pas dans une situation où le Conseil traite de la conduite discriminatoire d'un enseignant, comme c'était le cas dans l'affaire *Ross*. En l'espèce, la preuve est hypothétique et exige de prendre en considération la conduite et les croyances futures potentielles des diplômés d'un programme de formation des enseignants offert exclusivement par l'UTW. Par contre, dans l'affaire *Ross*, la preuve démontrait que la conduite de l'enseignant avait empoisonné l'atmosphère de l'école (*Ross, précité*, par. 38-40 et 101). Qui plus est, le Conseil n'est pas particulièrement en mesure de déterminer la portée de la liberté de religion et de conscience, et de soulever ces droits en fonction du droit à l'égalité dans le cadre d'une société pluraliste. La dimension publique de la liberté religieuse et le droit de décider de sa propre conduite morale étaient reconnus bien avant l'adoption de la *Charte* (voir *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, p. 329) et sont considérés comme des questions de droit. La question de l'adaptation aux croyances est une question de droit qui a été examinée dans les arrêts *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *Ross*. Les perceptions étaient une préoccupation dans *Ross*, mais elles étaient fondées sur une conduite, et non simplement sur des croyances. L'intimée en l'espèce a soutenu que refuser l'agrément du programme engendrerait la perception que le BCCT n'accorde aucune importance à la liberté de religion et de conscience et qu'il approuve des caractéristiques stéréotypées relativement aux diplômés de l'UTW. Tout cela pour dire que, même s'il était loisible au BCCT de fonder sa décision sur une perception plutôt que sur une preuve de discrimination réelle ou d'un risque réel de discrimination, il n'y a aucune raison de faire preuve de retenue envers cette décision.

b) La preuve de discrimination

Il y a en réalité deux éléments à prendre en considération sous cette rubrique : Les documents internes de l'UTW révèlent-ils l'existence de pratiques discriminatoires? Dans l'affirmative, ces pratiques discriminatoires suffisent-elles à établir

cient to justify that graduates of TWU should not be admitted to teach in the public schools?

21 The BCCT relied on the internal documents of TWU as evidence of discrimination against homosexuals. It concluded that the inclusion of homosexual behaviour in the list of biblically condemned practices demonstrates intolerance and that this cannot be overridden by the adoption of other values. Both the program and the practices of TWU, the declarations required of students and faculty in particular, were condemned because they reflected the beliefs of the signatories. According to the BCCT, discrimination against homosexuals had been institutionalized; see majority decision of Goldie J.A., at para. 58.

22 The majority of the Court of Appeal was of the view that the BCCT misapprehended the evidence at the first stage by defining the world view of the TWU too narrowly. It pointed out that the TWU documents make no reference to homosexuals or to sexual orientation, but only to practices that the particular student is asked to give up himself, or herself, while at TWU. These practices include drunkenness, profanity, harassment, dishonesty, abortion, the occult and sexual sins of a heterosexual and homosexual nature. There is no evidence before this Court that anyone has been denied admission because of refusal to sign the document or was expelled because of non-adherence to it. On the other hand, there is evidence that not all students admitted to TWU adhere to the Christian world view.

23 The appellant argues that there is no distinction between homosexual persons and homosexual behaviour, and that reference to sinners is a condemnation of anyone who engages in homosexual practices; practices and identity are related. The BCCT points out that stealing and cheating are a behavioural choice, while sexual orientation is not. The question therefore is not whether students have been denied admission to TWU on the basis of their sexual orientation, but whether a homosex-

l'existence d'un risque de discrimination suffisant pour empêcher les diplômés de l'UTW d'enseigner dans les écoles publiques?

Le BCCT s'est servi des documents internes de l'UTW pour établir l'existence de discrimination envers les homosexuels. Il a conclu que l'inclusion du comportement homosexuel dans la liste des pratiques condamnées par la Bible est un signe d'intolérance qui ne peut pas être écarté par l'adoption d'autres valeurs. Le programme et les pratiques de l'UTW et, en particulier, les déclarations exigées des étudiants et des membres du corps professoral ont été condamnés parce qu'ils reflétaient les croyances des signataires. Selon le BCCT, la discrimination envers les homosexuels était institutionnalisée; voir la décision majoritaire du juge Goldie, par. 58.

La Cour d'appel, à la majorité, était d'avis que le BCCT avait mal compris la preuve à la première étape en définissant de manière trop stricte la vision que l'UTW avait du monde. Elle a souligné que les documents de l'UTW ne mentionnent ni les homosexuels ni l'orientation sexuelle, mais font seulement état des pratiques auxquelles on demande à l'étudiant de renoncer de son propre gré pendant qu'il fréquente l'UTW. Ces pratiques comprennent l'ivresse, les blasphèmes, le harcèlement, la malhonnêteté, l'avortement, l'occultisme et les péchés sexuels de nature hétérosexuelle ou homosexuelle. Notre Cour ne dispose d'aucune preuve que quelqu'un a été refusé parce qu'il ne voulait pas signer le document ou que quelqu'un a été renvoyé pour ne pas s'y être conformé. Par contre, il est prouvé que les étudiants admis à l'UTW ne partagent pas tous la vision chrétienne du monde.

L'appelant soutient qu'il n'y a aucune distinction entre les personnes homosexuelles et le comportement homosexuel, et que la mention des pécheurs est une condamnation de quiconque se livre à des pratiques homosexuelles; pratiques et identité sont connexes. Le BCCT fait remarquer que le vol et la tricherie sont des choix de comportement, alors que l'orientation sexuelle ne l'est pas. La question n'est donc pas de savoir si des étudiants ont été refusés à l'UTW en raison de leur

ual student could in good faith sign the declaration and consider that he or she is accepted by the TWU community on an equal basis.

The respondent says that the position of the BCCT is simply based on moral disapprobation of the religious beliefs of TWU students and faculty. It ignores the record of graduates and especially the fact that the TWU Community Standards require students and faculty to show respect to all people, to become aware of all different philosophical and social perspectives, and to teach tolerance as a first principle; see factum, at para. 79.

Although the Community Standards are expressed in terms of a code of conduct rather than an article of faith, we conclude that a homosexual student would not be tempted to apply for admission, and could only sign the so-called student contract at a considerable personal cost. TWU is not for everybody; it is designed to address the needs of people who share a number of religious convictions. That said, the admissions policy of TWU alone is not in itself sufficient to establish discrimination as it is understood in our s. 15 jurisprudence. It is important to note that this is a private institution that is exempted, in part, from the British Columbia human rights legislation and to which the *Charter* does not apply. To state that the voluntary adoption of a code of conduct based on a person's own religious beliefs, in a private institution, is sufficient to engage s. 15 would be inconsistent with freedom of conscience and religion, which co-exist with the right to equality.

This is not to say that the BCCT erred in considering equality concerns pursuant to its public interest jurisdiction. As we have already stated, concerns about equality were appropriately considered by the BCCT under the public interest component of s. 4 of the *Teaching Profession Act*. The impor-

orientation sexuelle, mais de savoir si un étudiant homosexuel pourrait en toute bonne foi signer la déclaration et considérer qu'il est accepté sur un pied d'égalité par la communauté de l'UTW.

L'intimée affirme que le point de vue du BCCT est simplement fondé sur la désapprobation morale des croyances religieuses des étudiants et des membres du corps professoral de l'UTW. Il ne tient pas compte des antécédents des diplômés et particulièrement du fait que les normes communautaires de l'UTW exigent que les étudiants et les membres du corps professoral témoignent du respect envers leur prochain, prennent conscience de tous les différents points de vue philosophiques et sociaux, et prêchent la tolérance comme principe de base; voir le mémoire, par. 79.

Bien que les normes communautaires soient énoncées sous la forme d'un code de conduite plutôt que sous celle d'un article de foi, nous concluons qu'un étudiant homosexuel ne serait pas tenté de présenter une demande d'admission et qu'il ne pourrait signer le prétendu contrat d'étudiant qu'à un prix très élevé sur le plan personnel. L'UTW ne s'adresse pas à tout le monde; elle est destinée à combler les besoins des gens qui ont en commun un certain nombre de convictions religieuses. Cela dit, la politique d'admission de l'UTW n'est pas suffisante en soi pour établir l'existence de discrimination au sens de notre jurisprudence relative à l'art. 15. Il importe de souligner qu'il s'agit d'un établissement privé qui échappe en partie à l'application de la législation de la Colombie-Britannique relative aux droits de la personne et auquel la *Charte* ne s'applique pas. Affirmer que l'adhésion volontaire d'une personne à un code de conduite fondé sur ses croyances religieuses, dans un établissement privé, est suffisante pour déclencher l'application de l'art. 15 serait incompatible avec la liberté de conscience et de religion qui coexiste avec le droit à l'égalité.

Cela ne revient pas à dire que le BCCT a eu tort de prendre en considération des préoccupations d'égalité conformément à sa compétence en matière d'intérêt public. Comme nous l'avons déjà affirmé, le BCCT a eu raison de prendre en considération des préoccupations relatives à l'égalité en

24

25

26

tance of equality in Canadian society was discussed by Cory J. for the majority of this Court in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 67:

The rights enshrined in s. 15(1) of the *Charter* are fundamental to Canada. They reflect the fondest dreams, the highest hopes and finest aspirations of Canadian society. When universal suffrage was granted it recognized to some extent the importance of the individual. Canada by the broad scope and fundamental fairness of the provisions of s. 15(1) has taken a further step in the recognition of the fundamental importance and the innate dignity of the individual. That it has done so is not only praiseworthy but essential to achieving the magnificent goal of equal dignity for all. It is the means of giving Canadians a sense of pride. In order to achieve equality the intrinsic worthiness and importance of every individual must be recognized regardless of the age, sex, colour, origins, or other characteristics of the person. This in turn should lead to a sense of dignity and worthiness for every Canadian and the greatest possible pride and appreciation in being a part of a great nation.

27

The equality guarantees in the *Charter* and in B.C.'s human rights legislation include protection against discrimination based on sexual orientation. In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, this Court unanimously affirmed that sexual orientation is an analogous ground to those enumerated in s. 15(1) of the *Charter*. In addition, a majority of this Court explicitly recognized that gays and lesbians, "whether as individuals or couples, form an identifiable minority who have suffered and continue to suffer serious social, political and economic disadvantage" (para. 175, *per* Cory J.; see also para. 89, *per* L'Heureux-Dubé J.). This statement was recently affirmed by a majority of this Court in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 64. See also *Vriend, supra*, and *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69. While the BCCT was not directly applying either the *Charter* or the province's human rights legislation when making its decision, it was entitled to look to these

vertu de la disposition concernant l'intérêt public figurant à l'art. 4 de la *Teaching Profession Act*. Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 67, le juge Cory a, au nom de notre Cour à la majorité, analysé l'importance de l'égalité dans la société canadienne :

Les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* sont fondamentaux pour le Canada. Ils reflètent les rêves les plus chers, les espérances les plus élevées et les aspirations les plus nobles de la société canadienne. L'adoption du suffrage universel a eu pour effet de reconnaître, jusqu'à un certain point, l'importance de l'individu. En adoptant le par. 15(1), dont les dispositions ont une large portée et se caractérisent par un grand souci de justice fondamentale, le Canada a franchi une autre étape dans la reconnaissance de l'importance fondamentale et de la dignité inhérente de chacun. Cette démarche est non seulement louable, mais essentielle à la réalisation d'un objectif admirable : le droit de chacun à la dignité. C'est le moyen d'inspirer aux Canadiens un sentiment de fierté. Pour qu'il y ait égalité, la valeur et l'importance intrinsèques de chaque individu doivent être reconnues sans égard à l'âge, au sexe, à la couleur, aux origines ou à d'autres caractéristiques de la personne. Cette reconnaissance devrait alors susciter chez tous les Canadiens un sentiment de dignité et de valorisation tout en leur inspirant la plus grande fierté et la satisfaction d'appartenir à une grande nation.

La garantie d'égalité qui figure dans la *Charte* et dans la législation de la Colombie-Britannique relative aux droits de la personne inclut la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, notre Cour a confirmé à l'unanimité que l'orientation sexuelle est un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. De plus, les juges majoritaires ont expressément reconnu que les gais et les lesbiennes, « à titre individuel ou comme couples, forment une minorité identifiable, victime encore aujourd'hui de désavantages sociaux, politiques et économiques graves » (par. 175, le juge Cory; voir également le par. 89, le juge L'Heureux-Dubé). Cette affirmation a récemment été confirmée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 64. Voir également les arrêts *Vriend*, précité, et *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69. Bien que sa décision n'ait pas été

instruments to determine whether it would be in the public interest to allow public school teachers to be trained at TWU.

At the same time, however, the BCCT is also required to consider issues of religious freedom. Section 15 of the *Charter* protects equally against “discrimination based on . . . religion”. Similarly, s. 2(a) of the *Charter* guarantees that “[e]veryone has the following fundamental freedoms: . . . freedom of conscience and religion”. British Columbia’s human rights legislation accommodates religious freedoms by allowing religious institutions to discriminate in their admissions policies on the basis of religion. The importance of freedom of religion in Canadian society was elegantly stated by Dickson J., as he then was, writing for the majority in *Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 336-37:

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person. The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion

fondée directement sur la *Charte* ou sur la législation de la province relative aux droits de la personne, le BCCT avait le droit de consulter ces instruments pour décider s’il serait dans l’intérêt public de permettre la formation d’enseignants d’école publique à l’UTW.

Cependant, le BCCT est, du même coup, tenu de prendre en considération des questions de liberté religieuse. L’article 15 de la *Charte* protège aussi contre la « discriminatio[n] fondé[e] sur [. . .] la religion ». De même, l’al. 2a) de la *Charte* prévoit que « [c]hacun a les libertés fondamentales suivantes : [. . .] liberté de conscience et de religion ». La législation de la Colombie-Britannique relative aux droits de la personne respecte les libertés religieuses en permettant aux établissements confessionnels de faire preuve de discrimination fondée sur la religion dans leur politique d’admission. Dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, précité, p. 336-337, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a expliqué de façon élégante, au nom des juges majoritaires, l’importance de la liberté de religion dans la société canadienne :

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l’égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j’affirme cela sans m’appuyer sur l’art. 15 de la *Charte*. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l’être humain. Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l’on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d’empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l’absence de coercion ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l’État ou par la volonté d’autrui à une conduite que, sans cela, elle n’aurait pas choisi d’adopter, cette personne n’agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu’elle est vraiment libre. L’un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercion et la contrainte. La coercion comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d’or-

includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. The *Charter* safeguards religious minorities from the threat of “the tyranny of the majority”.

It is interesting to note that this passage presages the very situation which has arisen in this appeal, namely, one where the religious freedom of one individual is claimed to interfere with the fundamental rights and freedoms of another. The issue at the heart of this appeal is how to reconcile the religious freedoms of individuals wishing to attend TWU with the equality concerns of students in B.C.’s public school system, concerns that may be shared with their parents and society generally.

29

In our opinion, this is a case where any potential conflict should be resolved through the proper delineation of the rights and values involved. In essence, properly defining the scope of the rights avoids a conflict in this case. Neither freedom of religion nor the guarantee against discrimination based on sexual orientation is absolute. As L’Heureux-Dubé J. stated in *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 182, writing for the majority on this point:

As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child’s best inter-

des directs d’agir ou de s’abstenir d’agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d’action d’autrui. La liberté au sens large comporte l’absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l’ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d’autrui, nul ne peut être forcé d’agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

Une majorité religieuse, ou l’État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de «tyrannie de la majorité».

Il est intéressant de noter que cet extrait laisse présager la situation même qui s’est matérialisée en l’espèce, à savoir celle dans laquelle on prétend que la liberté de religion d’une personne porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux d’une autre personne. La question qui est au cœur du présent pourvoi est de savoir comment concilier les libertés religieuses d’individus qui souhaitent fréquenter l’UTW avec les préoccupations d’égalité des élèves du système scolaire public de la Colombie-Britannique, préoccupations qui peuvent être partagées par les parents de ces élèves et par la société en général.

À notre avis, nous sommes en présence d’une situation dans laquelle il y a lieu de régler tout conflit éventuel en délimitant correctement les droits et valeurs en cause. Essentiellement, une bonne délimitation de la portée des droits permet d’éviter un conflit en l’espèce. Ni la liberté de religion ni la protection contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle ne sont absolues. Comme le juge L’Heureux-Dubé l’a affirmé à ce propos, au nom des juges majoritaires, dans l’arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, p. 182 :

Comme la Cour l’a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n’est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu’elles contrevien-

ests, without thereby infringing the parents' freedom of religion. [Emphasis added.]

Similarly, Iacobucci and Major JJ. concluded in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 226, that:

Just as there are limits to the ambit of freedom of expression (e.g. s. 2(b) does not protect violent acts: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at pp. 753 and 801; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 732 and 830), so are there limits to the scope of s. 2(a), especially so when this provision is called upon to protect activity that threatens the physical or psychological well-being of others. In other words, although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower, and it is the latter freedom at issue in this case. [Emphasis added.]

In addition, the *Charter* must be read as a whole, so that one right is not privileged at the expense of another. As Lamer C.J. stated for the majority of this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877:

A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict... *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

Therefore, although the BCCT was right to evaluate the impact of TWU's admission policy on the public school environment, it should have considered more. The *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, specifically provides for exceptions in the case of religious institutions, and the legislature gave recognition to TWU as an institution affiliated to a particular Church whose views were well known to it. While the BCCT says that it is not denying the right to TWU students and faculty to hold particular religious views, it has inferred without any concrete evidence that such views will limit consideration of social issues by TWU graduates and have a detrimental effect on the learning

ment au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents. [Nous soulignons.]

De même, les juges Iacobucci et Major ont tiré la conclusion suivante dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 226 :

Tout comme il existe des limites à la liberté d'expression (p. ex., l'al. 2b) ne protège pas les actes violents: *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, aux pp. 753 et 801; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 732 et 830), il y a également des limites à la portée de l'al. 2a), particulièrement lorsqu'on a recours à cette disposition pour préserver une activité qui menace le bien-être physique et psychologique d'autrui. En d'autres termes, bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, et c'est cette liberté qui est en cause en l'espèce. [Nous soulignons.]

En outre, la *Charte* doit s'interpréter comme un tout, de manière à éviter de privilégier un droit au détriment d'un autre. Comme le juge en chef Lamer l'a affirmé, au nom de notre Cour à la majorité, dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877 :

Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, [...] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

Par conséquent, bien que le BCCT ait eu raison d'évaluer l'incidence de la politique d'admission de l'UTW sur le milieu des écoles publiques, il n'aurait pas dû s'en tenir à cela. Le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, établit expressément des exceptions dans le cas d'établissements confessionnels, et le législateur a reconnu que l'UTW était un établissement affilié à une église particulière dont il connaissait bien les opinions. Alors que le BCCT affirme qu'il ne refuse ni aux étudiants ni aux membres du corps professoral de l'UTW le droit d'avoir des opinions religieuses particulières, il a déduit, sans aucune preuve tangible à l'appui, que de telles opinions limiteront la

30

31

32

environment in public schools. There is no denying that the decision of the BCCT places a burden on members of a particular religious group and in effect, is preventing them from expressing freely their religious beliefs and associating to put them into practice. If TWU does not abandon its Community Standards, it renounces certification and full control of a teacher education program permitting access to the public school system. Students are likewise affected because the affirmation of their religious beliefs and attendance at TWU will not lead to certification as public school teachers unless they attend a public university for at least one year. These are important considerations. What the BCCT was required to do was to determine whether the rights were in conflict in reality.

33

TWU's Community Standards, which are limited to prescribing conduct of members while at TWU, are not sufficient to support the conclusion that the BCCT should anticipate intolerant behaviour in the public schools. Indeed, if TWU's Community Standards could be sufficient in themselves to justify denying accreditation, it is difficult to see how the same logic would not result in the denial of accreditation to members of a particular church. The diversity of Canadian society is partly reflected in the multiple religious organizations that mark the societal landscape and this diversity of views should be respected. The BCCT did not weigh the various rights involved in its assessment of the alleged discriminatory practices of TWU by not taking into account the impact of its decision on the right to freedom of religion of the members of TWU. Accordingly, this Court must.

34

Consideration of human rights values in these circumstances encompasses consideration of the place of private institutions in our society and the reconciling of competing rights and values. Freedom of religion, conscience and association coex-

prise en compte de questions sociales par les diplômés de l'UTW et auront un effet préjudiciable sur le milieu d'apprentissage dans les écoles publiques. Il est indéniable que la décision du BCCT impose un fardeau aux membres d'un groupe religieux particulier et les empêche, en fait, d'exprimer librement leurs croyances religieuses et de s'associer pour les mettre en pratique. Si l'UTW n'abandonne pas ses normes communautaires, elle renoncera à l'agrément et au plein contrôle d'un programme de formation des enseignants donnant accès au système scolaire public. Les étudiants sont aussi touchés parce que, en affirmant leurs convictions religieuses et en fréquentant l'UTW, ils ne pourront obtenir leur brevet d'enseignement dans une école publique que s'ils fréquentent l'université publique pendant au moins un an. Ce sont là des facteurs importants. Le BCCT devait déterminer si les droits en cause étaient vraiment en conflit.

Les normes communautaires de l'UTW, qui ne font que dicter la conduite des gens qui fréquentent l'UTW ou qui y travaillent, ne sont pas suffisantes pour étayer la conclusion que le BCCT doit s'attendre à un comportement intolérant dans les écoles publiques. En fait, si les normes communautaires de l'UTW pouvaient être suffisantes en soi pour justifier le rejet de la demande d'agrément, on voit mal comment le même raisonnement ne pourrait pas servir à refuser de délivrer un brevet d'enseignement aux membres d'une confession particulière. La diversité de la société canadienne se reflète en partie dans les multiples organisations religieuses qui caractérisent le paysage social et il y a lieu de respecter cette diversité d'opinions. En ne tenant pas compte de l'incidence de sa décision sur le droit à la liberté de religion des membres de l'UTW, le BCCT n'a pas soupesé les différents droits en jeu dans son évaluation des prétendues pratiques discriminatoires de l'UTW. En conséquence, notre Cour doit le faire.

La prise en considération des valeurs relatives aux droits de la personne dans ces circonstances comprend celle de la place des établissements privés dans notre société et la conciliation de droits et valeurs opposés. La liberté de religion, de cons-

ist with the right to be free of discrimination based on sexual orientation. Even though the requirement that students and faculty adopt the Community Standards creates unfavourable differential treatment since it would probably prevent homosexual students and faculty from applying, one must consider the true nature of the undertaking and the context in which this occurs. Many Canadian universities, including St. Francis Xavier University, Queen's University, McGill University and Concordia University College of Alberta, have traditions of religious affiliations. Furthermore, s. 93 of the *Constitution Act, 1867* enshrined religious public education rights into our Constitution, as part of the historic compromise which made Confederation possible. Section 17 of the *Alberta Act, R.S.C. 1985, App. II, No. 20*, and *Saskatchewan Act, R.S.C. 1985, App. II, No. 21*, s. 22 of the *Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1985, App. II, No. 8*, and Term 17 of the Terms of Union of Newfoundland with Canada as confirmed by the *Newfoundland Act, R.S.C. 1985, App. II, No. 32*, were to the same effect. Although the constitutional protections were altered by constitutional amendment in Newfoundland in 1998 and eliminated in Quebec in 1997, they remain in effect in Ontario, Alberta, Saskatchewan and Manitoba.

Another part of that context is the *Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22*, referred to by the Court of Appeal and the respondents (now the *Human Rights Code*), which provides, in s. 19 (now s. 41), that a religious institution is not considered to breach the Act where it prefers adherents of its religious constituency. It cannot be reasonably concluded that private institutions are protected but that their graduates are *de facto* considered unworthy of fully participating in public activities. In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 554, McIntyre J. observed that a "natural corollary to the recognition of a right must be the social acceptance of a general duty to respect and to act within reason

science et d'association coexiste avec le droit d'être exempt de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Même si l'exigence que les étudiants et les membres du corps professoral adoptent les normes communautaires engendre un traitement différentiel défavorable du fait qu'elle dissuaderait probablement les étudiants et les enseignants homosexuels de tenter de joindre les rangs de l'université, il faut prendre en considération la vraie nature de l'engagement en cause et le contexte dans lequel il est pris. Bien des universités canadiennes, dont l'université St. Francis Xavier, l'université Queen's, l'université McGill et le Concordia University College of Alberta, ont été par tradition affiliées à une religion. En outre, l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* consacre le droit à l'enseignement confessionnel public dans notre Constitution, dans le cadre du compromis historique qui a rendu possible la Confédération. L'article 17 de la *Loi sur l'Alberta, L.R.C. 1985, app. II, n° 20*, et de la *Loi sur la Saskatchewan, L.R.C. 1985, app. II, n° 21*, l'art. 22 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba, L.R.C. 1985, app. II, n° 8*, et la clause 17 des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada ratifiées par la *Loi sur Terre-Neuve, L.R.C. 1985, app. II, n° 32*, allaient dans le même sens. Bien que les garanties constitutionnelles aient fait l'objet d'une modification constitutionnelle à Terre-Neuve en 1998 et qu'elles aient été supprimées au Québec en 1997, elles demeurent en vigueur en Ontario, en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba.

Un autre aspect de ce contexte est la *Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22*, mentionnée par la Cour d'appel et les intimées (désormais le *Human Rights Code*), qui prévoit, à l'art. 19 (désormais l'art. 41), qu'on ne considère pas qu'un établissement confessionnel enfreint la Loi quand il donne la préférence aux membres de sa confession. On ne saurait raisonnablement conclure que les établissements privés sont protégés, mais que leurs diplômés sont de fait jugés indignes de participer pleinement à des activités publiques. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 554, le juge McIntyre a fait remarquer qu'une « conséquence naturelle de la reconnaissance d'un

to protect it". In this particular case, it can reasonably be inferred that the B.C. legislature did not consider that training with a Christian philosophy was in itself against the public interest since it passed five bills in favour of TWU between 1969 and 1985. While homosexuals may be discouraged from attending TWU, a private institution based on particular religious beliefs, they will not be prevented from becoming teachers. In addition, there is nothing in the TWU Community Standards that indicates that graduates of TWU will not treat homosexuals fairly and respectfully. Indeed, the evidence to date is that graduates from the joint TWU-SFU teacher education program have become competent public school teachers, and there is no evidence before this Court of discriminatory conduct by any graduate. Although this evidence is not conclusive, given that no students have yet graduated from a teacher education program taught exclusively at TWU, it is instructive. Students attending TWU are free to adopt personal rules of conduct based on their religious beliefs provided they do not interfere with the rights of others. Their freedom of religion is not accommodated if the consequence of its exercise is the denial of the right of full participation in society. Clearly, the restriction on freedom of religion must be justified by evidence that the exercise of this freedom of religion will, in the circumstances of this case, have a detrimental impact on the school system.

droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger ». En l'espèce, on peut raisonnablement déduire que la législature de la Colombie-Britannique n'a pas considéré que la formation selon une philosophie chrétienne était contraire en soi à l'intérêt public, étant donné qu'elle a adopté cinq projets de loi en faveur de l'UTW entre 1969 et 1985. Quoique les homosexuels puissent être dissuadés de fréquenter l'UTW, un établissement privé qui préconise des croyances religieuses particulières, cela ne les empêchera pas de devenir enseignants. De plus, rien dans les normes communautaires de l'UTW n'indique que les diplômés de l'UTW ne traiteront pas les personnes homosexuelles d'une manière équitable et respectueuse. En effet, la preuve révèle que les diplômés du programme de formation des enseignants, offert conjointement par l'UTW et l'USF, sont devenus jusqu'à maintenant des enseignants compétents dans des écoles publiques, et notre Cour ne dispose d'aucune preuve de comportement discriminatoire de la part de l'un de ces diplômés. Bien qu'elle ne soit pas concluante étant donné qu'aucun étudiant n'a encore été diplômé après avoir suivi un programme de formation des enseignants offert exclusivement par l'UTW, cette preuve est intéressante. Les étudiants qui fréquentent l'UTW sont libres d'adopter des règles de conduite personnelles basées sur leurs croyances religieuses, pourvu qu'ils ne portent pas atteinte aux droits d'autrui. Leur liberté de religion n'est pas respectée si son exercice entraîne le déni du droit à une participation pleine et entière dans la société. Manifestement, la restriction de la liberté de religion doit être justifiée par la preuve que l'exercice de cette liberté aura, dans les circonstances de la présente affaire, une incidence préjudiciable sur le système scolaire.

36

Instead, the proper place to draw the line in cases like the one at bar is generally between belief and conduct. The freedom to hold beliefs is broader than the freedom to act on them. Absent concrete evidence that training teachers at TWU fosters discrimination in the public schools of B.C., the freedom of individuals to adhere to certain religious beliefs while at TWU should be

Au contraire, dans des cas comme celui dont nous sommes saisi, il convient généralement de tracer la ligne entre la croyance et le comportement. La liberté de croyance est plus large que la liberté d'agir sur la foi d'une croyance. En l'absence de preuve tangible que la formation d'enseignants à l'UTW favorise la discrimination dans les écoles publiques de la Colombie-Britannique, il y a

respected. The BCCT, rightfully, does not require public universities with teacher education programs to screen out applicants who hold sexist, racist or homophobic beliefs. For better or for worse, tolerance of divergent beliefs is a hallmark of a democratic society.

Acting on those beliefs, however, is a very different matter. If a teacher in the public school system engages in discriminatory conduct, that teacher can be subject to disciplinary proceedings before the BCCT. Discriminatory conduct by a public school teacher when on duty should always be subject to disciplinary proceedings. This Court has held, however, that greater tolerance must be shown with respect to off-duty conduct. Yet disciplinary measures can still be taken when discriminatory off-duty conduct poisons the school environment. As La Forest J. stated for a unanimous Court in *Ross*, *supra*, at para. 45:

It is on the basis of the position of trust and influence that we hold the teacher to high standards both on and off duty, and it is an erosion of these standards that may lead to a loss in the community of confidence in the public school system. I do not wish to be understood as advocating an approach that subjects the entire lives of teachers to inordinate scrutiny on the basis of more onerous moral standards of behaviour. This could lead to a substantial invasion of the privacy rights and fundamental freedoms of teachers. However, where a “poisoned” environment within the school system is traceable to the off-duty conduct of a teacher that is likely to produce a corresponding loss of confidence in the teacher and the system as a whole, then the off-duty conduct of the teacher is relevant.

In this way, the scope of the freedom of religion and equality rights that have come into conflict in this appeal can be circumscribed and thereby reconciled.

lieu de respecter la liberté des individus d’avoir certaines croyances religieuses pendant qu’ils fréquentent l’UTW. Le BCCT a raison de ne pas exiger que les universités publiques qui offrent un programme de formation des enseignants excluent les candidats ayant des croyances sexistes, racistes ou homophobes. Force est de constater que la tolérance de croyances divergentes est la marque d’une société démocratique.

Cependant, il en va tout autrement si quelqu’un agit sur la foi de ces croyances. L’enseignant du système scolaire public qui a un comportement discriminatoire peut faire l’objet de procédures disciplinaires devant le BCCT. Le comportement discriminatoire qu’un enseignant d’une école publique adopte dans l’exercice de ses fonctions devrait toujours faire l’objet de procédures disciplinaires. Notre Cour a cependant statué qu’il convenait de faire montre d’une plus grande tolérance à l’égard du comportement qu’un enseignant adopte en dehors de ses heures de travail. Des mesures disciplinaires peuvent néanmoins être prises lorsque le comportement discriminatoire adopté en dehors des heures de travail empoisonne le milieu scolaire. Comme le juge La Forest l’a affirmé, au nom de la Cour à l’unanimité, dans l’arrêt *Ross*, précité, par. 45 :

C’est en raison de cette position de confiance et d’influence que nous exigeons de l’enseignant qu’il se conforme à des normes élevées au travail comme à l’extérieur du travail, et c’est l’érosion de ces normes qui est susceptible d’entraîner, dans la collectivité, une perte de confiance dans le système scolaire public. Loin de moi l’idée de vouloir ainsi soumettre la vie entière des enseignants à un contrôle démesuré dicté par des normes morales plus strictes. Cela risquerait d’entraîner une violation importante des droits à la protection de la vie privée et des libertés fondamentales des enseignants. Toutefois, lorsque l’«empoisonnement» d’un milieu scolaire est imputable au comportement d’un enseignant après ses heures de travail, et qu’il est susceptible d’entraîner une perte correspondante de confiance dans l’enseignant et dans l’ensemble du système, ce comportement après le travail devient alors pertinent.

Ainsi, il est possible de concilier la liberté de religion et les droits à l’égalité qui sont en conflit dans le présent pourvoi, en en circonscrivant la portée.

38

For the BCCT to have properly denied accreditation to TWU, it should have based its concerns on specific evidence. It could have asked for reports on student teachers, or opinions of school principals and superintendents. It could have examined discipline files involving TWU graduates and other teachers affiliated with a Christian school of that nature. Any concerns should go to risk, not general perceptions. The appellant suggested in argument that it may be that no problem was incurred because of the participation of Simon Fraser University during the fifth year. This is rather difficult to accept. After finding that TWU students hold fundamental biases, based on their religious beliefs, how could the BCCT ever have believed that the last year's program being under the aegis of Simon Fraser University would ever correct the situation? Simon Fraser University is supervising eight credit hours taken off the TWU campus. There is no evidence that this instruction is in any way related to the problem of apprehended intolerance or that there has been a change in the mandate of Simon Fraser since the last year of the program was given to it to supervise in 1985. On the evidence, it is clear that the participation of Simon Fraser University never had anything to do with the apprehended intolerance from its inception to the present. The organization of the program in 1985 required assistance because of the need to provide a professional development component for certification of future teachers (see A.R., at pp. 45, 47, 48, 62, 64, 90, 95 and 133). The cooperation was intended to support a small faculty in its start-up stage (A.R., at pp. 128, 132 and 298). There is no basis for the inference that the fifth year corrected any attitudes.

(3) *The Argument that Other Criteria Were not Satisfied by TWU*

39

The appellant has argued that there were other matters outstanding relating to the readiness of the TWU program and that this alone should have prevented the issuance of a mandamus. We disagree. In the minutes of the initial Council meeting of May 16, 1996, there is extensive discussion of the

Pour que le rejet de la demande d'agrément de l'UTW soit légitime, il aurait fallu que les craintes du BCCT reposent sur une preuve particulière. Le BCCT aurait pu solliciter des rapports sur les élèves-enseignants ou encore des avis de directeurs d'école. Il aurait pu examiner les dossiers disciplinaires mettant en cause des diplômés de l'UTW et d'autres enseignants affiliés à une école chrétienne du genre. Toute crainte devrait concerner un risque et non des perceptions générales. L'appelant a laissé entendre, dans son argumentation, que l'absence de problème peut s'expliquer par la participation de l'université Simon Fraser pendant la cinquième année. Cela est plutôt difficile à accepter. Après avoir conclu que les étudiants de l'UTW ont des préjugés fondamentaux en raison de leurs croyances religieuses, comment le BCCT aurait-il pu croire que placer la dernière année du programme sous l'égide de l'université Simon Fraser corrigerait la situation? L'université Simon Fraser supervise huit heures-crédits suivies à l'extérieur du campus de l'UTW. Rien ne prouve que cette formation-là a un lien quelconque avec le problème d'intolérance appréhendé, ni que le mandat de l'université Simon Fraser a été modifié depuis qu'elle a été chargée de superviser la dernière année du programme en 1985. Compte tenu de la preuve, il est évident que la participation de l'université Simon Fraser n'a jamais rien eu à voir avec l'intolérance appréhendée depuis le début jusqu'à aujourd'hui. L'organisation du programme en 1985 nécessitait une aide en raison du besoin de présenter un élément de formation professionnelle pour la délivrance d'un brevet à de futurs enseignants (voir d.a., p. 45, 47, 48, 62, 64, 90, 95 et 133). La collaboration avait pour but d'épauler une petite faculté qui en était à ses tout débuts (d.a., p. 128, 132 et 298). Rien ne permet de déduire que la cinquième année corrigeait des attitudes.

(3) *L'argument selon lequel l'UTW ne satisfaisait pas à d'autres critères*

L'appelant a fait valoir qu'il existait d'autres questions non résolues quant à l'état de préparation du programme de l'UTW et que ce fait aurait dû à lui seul empêcher la délivrance d'un mandamus. Nous ne sommes pas de cet avis. Dans le procès-verbal de la première réunion du Conseil tenue le

wording of the conditions and wording of the ultimate denial of accreditation. Concerns expressed refer to the discrimination issue. There is no discussion of any stated criteria not having been met. At the reconsideration stage, the criteria addressed earlier are not mentioned, discussed or included in the final decision. This is supported by the affidavit of Dr. Harro Van Brummelen wherein he states that the only issue addressed by Council was that of discriminatory practices. The Report to Members is to the same effect. In any event, the conditions imposed by the TEPC and attached to the order in the nature of mandamus granted by the trial judge adequately address all of these outstanding concerns.

(4) *Is the Mandamus Order Justified?*

The exercise of the discretion of the trial judge in granting the order of mandamus must be quashed if he did not act judicially. In practical terms, the order of mandamus will be invalidated if the trial judge made an error in principle, significantly misapprehended the evidence, acted on irrelevant considerations or ignored relevant ones, lacked foundation for the exercise of his discretion, or otherwise made an error in law (see *Khalil v. Canada (Secretary of State)*, [1999] 4 F.C. 661 (C.A.)). The BCCT has argued that there was no foundation for the exercise of the discretion in the present case. We disagree.

The appellant relies on *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, affirmed by this Court at [1994] 3 S.C.R. 1100, to support the argument that mandamus is only available where a specific duty must be performed by operation of law, without discretion. In fact, *Apotex* clearly acknowledges that bodies having a discretionary decision-making power may still be faced with a court order for mandamus in certain circumstances. The appellant also argues that, in the present circumstances, even if the discriminatory

16 mai 1996, on trouve une analyse approfondie du libellé des conditions et du rejet final de la demande d'agrément. Les craintes exprimées ont trait à la question de la discrimination. On n'y parle pas de critères explicites auxquels il n'a pas été satisfait. À l'étape du nouvel examen, les critères abordés précédemment ne sont pas mentionnés, analysés ou inclus dans la décision finale. Cela est étayé par l'affidavit dans lequel M. Harro Van Brummelen affirme que la seule question abordée par le Conseil était celle des pratiques discriminatoires. Le rapport destiné aux membres va dans le même sens. Quoi qu'il en soit, les conditions imposées par le comité des programmes de formation des enseignants et rattachées à l'ordonnance de type mandamus délivrée par le juge de première instance répondent suffisamment à toutes ces questions.

(4) *L'ordonnance de mandamus est-elle justifiée?*

L'ordonnance de mandamus que le juge de première instance a rendue dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire doit être annulée s'il n'a pas agi de manière judiciaire. En pratique, l'ordonnance de mandamus est invalidée si le juge de première instance a commis une erreur de principe, s'il a très mal compris la preuve, s'il s'est fondé sur des considérations non pertinentes ou n'a pas tenu compte de considérations pertinentes, s'il n'était pas fondé à exercer son pouvoir discrétionnaire ou s'il a par ailleurs commis une erreur de droit (voir *Khalil c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1999] 4 C.F. 661 (C.A.)). Le BCCT a soutenu que l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'était pas fondé en l'espèce. Nous ne sommes pas de cet avis.

L'appelant s'appuie sur l'arrêt *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742, que notre Cour a confirmé à [1994] 3 R.C.S. 1100, pour soutenir que le recours au mandamus n'est possible que dans le cas où la loi ordonne d'accomplir un devoir précis, écartant toute discrétion en la matière. En fait, *Apotex* reconnaît clairement que les organismes qui ont un pouvoir décisionnel discrétionnaire peuvent tout de même faire face à une ordonnance judiciaire de mandamus dans certains cas. L'appelant soutient également que, en

practices as a basis for refusal are set aside, the BCCT still had to determine whether other criteria had been met. Having rejected the report of its committee, Council must therefore now be allowed to determine if TWU has met all relevant criteria. It must, it is argued, considering “TWU’s sectarian nature”, determine whether the degree of monitoring and evaluation recommended by the TEPC is appropriate, and whether library and faculty preparation concerns have been met.

42

We have already dealt with the satisfaction of criteria other than discrimination. We would add that the continuing focus of the BCCT on the sectarian nature of TWU is disturbing. It should be clear that the focus on the sectarian nature of TWU is the same as the original focus on the alleged discriminatory practices. It is not open to the BCCT to consider the sectarian nature of TWU in determining whether its graduates will provide an appropriate learning environment for public school students as long as there is no evidence that the particularities of TWU pose a real risk to the public educational system. The actual impact of the sectarian nature of TWU on the educational environment is what was examined in these reasons. The conditions attached to the five-year approval by the TEPC remain in place and provide for monitoring of the program to ensure that a proper teaching environment, in particular one that is free of discrimination, is provided by TWU graduates. The BCCT has the responsibility of assuring that programs in place in all private and public teacher training institutions continue to serve the public interest and it has all of the powers required to fulfil its obligations in that regard.

43

The order of mandamus was justified because the exercise of discretion by the BCCT was fet-

l’espèce, même si on considère que les pratiques discriminatoires ne justifient pas le rejet de la demande d’agrément, le BCCT devait quand même déterminer si les autres critères avaient été respectés. Étant donné qu’il a rejeté le rapport de son comité, le Conseil doit donc maintenant pouvoir décider si l’UTW a satisfait à tous les critères pertinents. On fait valoir qu’il doit, compte tenu de la [TRADUCTION] « nature confessionnelle de l’UTW », déterminer si le degré de contrôle et d’évaluation recommandé par le comité des programmes de formation des enseignants est approprié et si les problèmes de préparation de la bibliothèque et du corps professoral ont été résolus.

Nous avons déjà traité du respect des critères autres que la discrimination. Nous ajouterions que l’accent que le BCCT met encore sur la nature confessionnelle de l’UTW est troublant. Il devrait être clair que l’accent mis sur la nature confessionnelle de l’UTW est le même que celui qui a d’abord été mis sur les allégations de pratiques discriminatoires. Le BCCT ne peut pas tenir compte de la nature confessionnelle de l’UTW pour déterminer si les diplômés de cet établissement fourniront un milieu d’apprentissage approprié aux élèves des écoles publiques, dans la mesure où il n’y a aucune preuve que les particularités de l’UTW présentent un risque réel pour le système d’enseignement public. L’incidence réelle de la nature confessionnelle de l’UTW sur le milieu de l’enseignement est ce qui a été examiné dans les présents motifs. Les conditions qui se rattachent à l’approbation de cinq ans donnée par le comité des programmes de formation des enseignants continuent de s’appliquer et prévoient la surveillance du programme afin d’assurer que les diplômés de l’UTW fournissent un milieu d’enseignement approprié, libre de toute discrimination notamment. Le BCCT a la responsabilité de garantir que les programmes en vigueur dans tous les établissements privés et publics de formation des enseignants continuent de servir l’intérêt public et il possède tous les pouvoirs nécessaires pour qu’il puisse s’acquitter de ses obligations à cet égard.

L’ordonnance de mandamus était justifiée parce que l’art. 4 de la Loi entravait l’exercice du pou-

tered by s. 4 of the Act and because the only reason for denial of certification was the consideration of discriminatory practices. In considering the religious precepts of TWU instead of the actual impact of these beliefs on the school environment, the BCCT acted on the basis of irrelevant considerations. It therefore acted unfairly. There is no reason to return the matter of accreditation to the BCCT in the present circumstances. We would like to add that, although it is difficult to establish a relationship between the requirement of a fifth year of study under the aegis of Simon Fraser University and the assertion, at para. 58 of the reply factum of the appellant, that “all students wishing to teach in the public schools are required to do a professional year through a public university”, we want to stress that the above affirmation is simply wrong. The BCCT is, by this affirmation, stating that it will deny a full program to all private institutions regardless of circumstances. This is contrary to its mandate.

In light of all of these considerations, we see no merit in returning the matter to the BCCT and thereby interfering with the exercise of discretion of the trial judge. There is no interference with the discretion of the BCCT where all of its concerns have been met or dealt with according to law.

Given our conclusions on the main issue, it will not be necessary for us to deal with the question of the breach of the individual *Charter* rights of the respondent Donna Gail Lindquist.

The appeal is dismissed with costs to the respondents.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — At its core, this case is about providing the best possible educational environment for public school students in British Columbia. As our Court stated in *Ross v.*

voir discrétionnaire du BCCT et parce que le rejet de la demande d'agrément reposait uniquement sur la prise en considération de pratiques discriminatoires. En tenant compte des préceptes religieux de l'UTW au lieu de l'incidence réelle de ces croyances sur le milieu scolaire, le BCCT s'est fondé sur des considérations non pertinentes. Il a donc agi inéquitablement. Il n'y a aucune raison de renvoyer la question de l'agrément au BCCT dans les circonstances. Nous tenons à ajouter que, bien qu'il soit difficile d'établir un lien entre l'exigence d'une cinquième année d'études sous l'égide de l'université Simon Fraser et l'affirmation, au par. 58 de la réplique déposée par l'appelant, que [TRADUCTION] « les étudiants qui souhaitent enseigner dans des écoles publiques doivent tous passer une année de formation professionnelle dans une université publique », nous estimons que l'affirmation susmentionnée est tout simplement erronée. Le BCCT précise, dans cette affirmation, qu'il refusera un programme complet à tous les établissements privés quelles que soient les circonstances. Cela est contraire à sa mission.

Compte tenu de tous ces facteurs, nous ne croyons pas qu'il soit justifié de renvoyer l'affaire au BCCT et de s'ingérer ainsi dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Il n'y a pas d'ingérence dans le pouvoir discrétionnaire du BCCT quand toutes ses craintes ont été dissipées ou écartées conformément à la loi.

En raison des conclusions que nous tirons relativement à la question principale, nous n'avons pas à aborder la question de l'atteinte aux droits individuels que la *Charte* garantit à l'intimée Donna Gail Lindquist.

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur des intimés.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi porte essentiellement sur l'établissement du meilleur milieu d'enseignement possible pour les étudiants des écoles publiques de la

44

45

46

47

New Brunswick School District No. 15, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 42:

A school is a communication centre for a whole range of values and aspirations of society. In large part, it defines the values that transcend society through the educational medium. The school is an arena for the exchange of ideas and must, therefore, be premised upon principles of tolerance and impartiality so that all persons within the school environment feel equally free to participate. [Emphasis added.]

La Forest J. also remarked in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 299, that: “No proof is required to show the importance of education in our society or its significance to government. The legitimate, indeed compelling, interest of the state in the education of the young is known and understood by all informed citizens.” In short, there is a vital public interest in maintaining and improving supportive environments in the classrooms of our country, which are the intellectual incubators of Canada’s most vulnerable and impressionable citizens. The educational process “awakens children to the values a society hopes to foster and to nurture”: *Ross*, *supra*, at para. 82.

48

The present controversy stems from a 1996 decision by the Council of the British Columbia College of Teachers (“BCCT”), which refused to approve an application for teacher training accreditation submitted by Trinity Western University (“TWU”). On May 17, 1996, the Council adopted a motion stating

[t]hat the application for a new teacher education program by Trinity Western University be denied because it does not fully meet the criteria and because it is contrary to the public interest to approve a teacher education program offered by a private institution which appears to follow discriminatory practices that public institutions are, by law, not allowed to follow.

On May 22, 1996, the BCCT’s Registrar wrote an assistant dean at TWU explaining that “Council

Colombie-Britannique. Comme notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 42 :

Une école est un centre de communication de toute une gamme de valeurs et d’aspirations sociales. Par l’entremise de l’éducation, elle définit, dans une large mesure, les valeurs qui transcendent la société. Lieu d’échange d’idées, l’école doit reposer sur des principes de tolérance et d’impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer. [Je souligne.]

Le juge La Forest a également fait remarquer, dans l’arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, p. 299, qu’« [a]ucune preuve n’est nécessaire pour démontrer l’importance de l’éducation dans notre société ou son importance pour le gouvernement. Tous les citoyens informés savent et comprennent que l’État a un intérêt légitime, voire impérieux, à l’égard de l’éducation de la jeunesse. » Bref, il est d’intérêt public vital de créer et de maintenir un climat favorable dans les salles de classe de notre pays, qui constituent les incubateurs intellectuels des citoyens canadiens les plus vulnérables et les plus impressionnables. L’enseignement « éveille les enfants aux valeurs que la société espère promouvoir et développer » : *Ross*, précité, par. 82.

La présente controverse découle d’une décision rendue en 1996 par le conseil du British Columbia College of Teachers (« BCCT »), qui a refusé d’approuver la demande d’agrément d’un programme de formation des enseignants soumise par l’université Trinity Western (« UTW »). Le 17 mai 1996, le Conseil a adopté la résolution suivante :

[TRADUCTION] Que la demande de nouveau programme de formation des enseignants soumise par l’université Trinity Western soit rejetée parce qu’elle ne satisfait pas complètement aux critères et parce qu’il est contraire à l’intérêt public d’approuver un programme de formation des enseignants offert par un établissement privé qui paraît se livrer à des pratiques discriminatoires que la loi interdit dans les établissements publics.

Le 22 mai 1996, le registraire du BCCT a écrit à un vice-doyen de l’UTW pour lui expliquer que [TRADUCTION] « les membres du Conseil ont pris en considération l’ensemble ou une partie des

members considered all or some of these issues when voting on the recommendation”:

- Discriminatory practices at Trinity Western University, specifically the requirement for students to sign a contract of “Responsibilities of Membership in the Trinity Western University Community.”
- The suitability and preparedness of graduates to teach in the diverse and complex social environments found in the public school system.
- The ability of the faculty to provide a program of sufficient breadth and depth. . . .

TWU appealed the BCCT’s decision and a hearing was held on June 14, 1996. On June 29, 1996, the BCCT upheld its denial of accreditation, passing a motion stating “[t]hat Trinity Western University’s appeal in regard to the [BCCT’s] denial of its application for approval of a Teacher Education Program be denied because Council still believes the proposed program follows discriminatory practices which are contrary to the public interest and public policy which the [BCCT] must consider under its mandate as expressed in the *Teaching Profession Act*”.

TWU petitioned for judicial review of the BCCT’s decision. Davies J. of the Supreme Court of British Columbia ((1997), 41 B.C.L.R. (3d) 158) ordered it quashed and directed the Council to approve TWU’s program with stipulated conditions. He found that it was beyond the BCCT’s jurisdiction to consider discriminatory practices. Davies J. added that there was no reasonable foundation for the BCCT’s decision. A majority of the Court of Appeal (Goldie and Braidwood J.J.A.) affirmed the trial judgment, with Rowles J.A. dissenting: (1998), 59 B.C.L.R. (3d) 241. Like Davies J., the majority considered the BCCT to have exceeded its jurisdiction. In the alternative, “the decisions of Council embodied in the resolutions

questions suivantes lorsqu’ils ont voté au sujet de la recommandation » :

[TRADUCTION]

- Les pratiques discriminatoires ayant cours à l’université Trinity Western, en particulier l’exigence que les étudiants signent un contrat de « Responsabilités des membres de la communauté de l’université Trinity Western ».
- L’aptitude des diplômés à enseigner dans les divers milieux sociaux complexes du système scolaire public, et leur niveau de préparation à cet égard.
- La capacité du corps professoral d’offrir un programme de portée suffisamment large et détaillé . . .

L’UTW a interjeté appel contre la décision du BCCT et une audience a été tenue le 14 juin 1996. Le 29 juin 1996, le BCCT a confirmé qu’il rejetait la demande d’agrément en adoptant une résolution ainsi libellée : [TRADUCTION] « Que l’appel que l’université Trinity Western a interjeté contre le rejet par [le BCCT] de sa demande d’approbation d’un programme de formation des enseignants soit rejeté parce que le Conseil est toujours d’avis que le programme proposé suit des pratiques discriminatoires qui sont contraires à l’intérêt et à l’ordre publics dont [le BCCT] doit tenir compte en vertu du mandat qui lui est confié par la *Teaching Profession Act* ».

L’UTW a présenté une requête en contrôle judiciaire de la décision du BCCT. Le juge Davies de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ((1997), 41 B.C.L.R. (3d) 158) a annulé cette décision et a ordonné au Conseil d’approuver le programme de l’UTW sous réserve de certaines conditions explicites. Il a conclu que le BCCT n’avait pas compétence pour prendre en considération les pratiques discriminatoires. Il a ajouté que la décision du BCCT n’avait aucun fondement raisonnable. La Cour d’appel à la majorité (les juges Goldie et Braidwood) a confirmé la décision de première instance, madame le juge Rowles étant dissidente : (1998), 59 B.C.L.R. (3d) 241. À l’instar du juge Davies, les juges majoritaires ont considéré que le

under review reflect an error in law and are factually patently unreasonable. They are not entitled to deference” (para. 115).

I. BCCT’s Jurisdiction

50

This appeal raises two administrative law issues: a threshold question of jurisdiction and a subsequent determination of the appropriate standard of review of the BCCT’s decision. On the question of jurisdiction, I agree with my colleagues that s. 4 of the *Teaching Profession Act*, R.S.B.C. 1996, c. 449, confers jurisdiction on the BCCT to consider discriminatory practices as part of its evaluation of TWU’s application. In the words of Madam Justice Rowles, at para. 200:

The statutory mandate of the [BCCT] under the Act gives the College a broad discretion to approve teacher education programs and to set standards for the programs themselves, as well as their graduates. Those standards must relate ultimately to the ‘education, professional responsibility and competence’ of future public school teachers, but within that jurisdiction is a fairly broad discretion to consider what factors are relevant to those standards. The presence of discrimination is certainly relevant to any of those areas within the [BCCT’s] jurisdiction.

II. Standard of Review

51

As to the appropriate standard of review for the BCCT’s decision, my colleagues and I differ, however. An application of *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, supports a standard of patent unreasonableness. The Court’s decision in that case sets out four categories of factors to consider when determining the standard of review. I note at the outset that *Pushpanathan* indicates that the “absence of a privative clause does not imply a high standard of scrutiny, where other factors bespeak a low standard” (para. 30). The first factor of privative clauses does not apply to this case, in which the other three factors, namely expertise;

BCCT avait outrepassé sa compétence. Subsidiativement, [TRADUCTION] « les décisions du Conseil qui sont consacrées dans les résolutions examinées reflètent une erreur de droit et sont manifestement déraisonnables sur le plan des faits. Elles n’ont pas à faire l’objet de retenue judiciaire » (par. 115).

I. La compétence du BCCT

Le présent pourvoi soulève deux questions relevant du droit administratif : une question préliminaire de compétence et une détermination subséquente de la norme de contrôle applicable à la décision du BCCT. En ce qui a trait à la compétence, je suis d’accord avec mes collègues que l’art. 4 de la *Teaching Profession Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 449, habilitait le BCCT à prendre en considération des pratiques discriminatoires en évaluant la demande de l’UTW. Pour reprendre les termes de madame le juge Rowles, au par. 200 :

[TRADUCTION] D’après le mandat qui lui est confié par la Loi, [le BCCT] a un large pouvoir discrétionnaire d’approuver des programmes de formation des enseignants et d’établir les normes applicables autant aux programmes mêmes qu’aux diplômés. Même si ces normes doivent être reliées, en dernier ressort, à “[la] formation, [à la] responsabilité professionnelle et [à la] compétence” des futurs enseignants des écoles publiques, cette compétence comporte un pouvoir discrétionnaire suffisamment large pour décider quels sont les facteurs pertinents dans l’établissement de ces normes. L’existence de discrimination est sûrement pertinente quant à l’un ou l’autre de ces domaines de compétence [du BCCT].

II. La norme de contrôle

En ce qui concerne la norme de contrôle applicable à la décision du BCCT, je ne partage toutefois pas l’avis de mes collègues. L’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, appuie la norme du caractère manifestement déraisonnable. Dans cet arrêt, notre Cour a établi quatre catégories de facteurs à prendre en considération pour déterminer quelle norme de contrôle s’applique. Je souligne, au départ, que l’arrêt *Pushpanathan* indique que « [l’]absence de clause privative n’implique pas une norme élevée de contrôle, si d’autres facteurs commandent une norme peu exigeante » (par. 30). Le premier facteur, celui

what the purpose of the act as a whole and the provision in particular are; and whether the question at issue is one of law or fact, all weigh in favour of patent unreasonableness.

Pushpanathan emphasized the primary importance of assessing the tribunal's specialized expertise, at para. 33:

Making an evaluation of relative expertise has three dimensions: the court must characterize the expertise of the tribunal in question; it must consider its own expertise relative to that of the tribunal; and it must identify the nature of the specific issue before the administrative decision-maker relative to this expertise.

All these factors point to a high degree of curial deference in this case. As the Supreme Court of British Columbia has recognized, the BCCT has "relative expertise in the area of setting standards for admission into the teaching profession": *Casson v. British Columbia College of Teachers*, [2000] B.C.J. No. 1038 (QL), at para. 29 and at paras. 22-25. The BCCT, a majority of which is composed of teachers, also represents a self-governing profession. In *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, this Court emphasized at p. 890 the deference that should be accorded to self-governing professions: "a large part of effective self-governance depends upon the concept of peer review" (emphasis added). In the context of the legal profession, the Court stated at p. 888 that "the Manitoba Legislature has spoken, and spoken clearly. The *Law Society Act* manifestly intends to leave the governance of the legal profession to lawyers and, unless judicial intervention is clearly warranted, this expression of the legislative will ought to be respected." The *Teaching Profession Act* is also a clear statement of legislative intent and the BCCT is a similar self-governing body. As stated by the majority of the Court of Appeal, "[t]he scheme of the *Teaching Profession Act* suggests [that] the legislature considered [that] teachers needed little

des clauses privatives, ne s'applique pas en l'espèce, alors que les trois autres facteurs, à savoir l'expertise, l'objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause et le point de savoir si la question qui se pose est une question de droit ou de fait, militent tous en faveur de l'adoption de la norme du caractère manifestement déraisonnable.

L'arrêt *Pushpanathan* souligne l'importance primordiale d'évaluer l'expertise du tribunal (au par. 33) :

L'évaluation de l'expertise relative comporte trois dimensions: la cour doit qualifier l'expertise du tribunal en question; elle doit examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal; et elle doit identifier la nature de la question précise dont était saisi le tribunal administratif par rapport à cette expertise.

En l'espèce, tous ces facteurs militent en faveur d'un degré élevé de retenue judiciaire. Comme l'a reconnu la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le BCCT possède [TRADUCTION] « une expertise relative dans le domaine de l'établissement des normes d'admission à la profession d'enseignant » : *Casson c. British Columbia College of Teachers*, [2000] B.C.J. No. 1038 (QL), par. 29 et 22-25. Le BCCT, qui est composé en majorité d'enseignants, représente en outre une profession autonome. Dans l'arrêt *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 890, notre Cour a insisté sur la retenue dont il y a lieu de faire preuve à l'égard des professions autonomes : « l'efficacité de l'autonomie administrative repose en grande partie sur le concept de l'examen effectué par des pairs » (je souligne). Dans le contexte de la profession juridique, la Cour a affirmé, à la p. 888, que « l'assemblée législative du Manitoba s'est exprimée, et elle l'a fait clairement. La *Loi sur la Société du Barreau* vise manifestement à laisser aux avocats l'administration de la profession juridique et, à moins qu'une intervention des tribunaux ne soit manifestement justifiée, cette expression de la volonté du législateur devrait être respectée. » La *Teaching Profession Act* représente, elle aussi, une expression claire de la volonté du législateur, et le BCCT est un organisme autonome similaire. Comme l'ont précisé les juges majoritaires de la Cour d'appel, [TRADUC-

guidance in determining the standards applicable to the training of prospective teachers” (para. 97).

53

On the question of the purpose of the Act as a whole, the third *Pushpanathan* factor, that case states at para. 36:

In *Southam*, the Court found (at para. 48) that the “aims of the Act are more ‘economic’ than they are strictly ‘legal’” because the broad goals of the Act “are matters that business women and men and economists are better able to understand than is a typical judge”. This conclusion was reinforced by the creation in the statute of a tribunal with members having a special expertise in those domains. Also of significance is . . . the fact that an administrative commission plays a “protective role” *vis-à-vis* the investing public, and that it plays a role in policy development; *Pezim, supra*, at p. 596.

Each of these aspects is present here. The BCCT’s decision concerning TWU’s teacher education program goes to the heart of the *Teaching Profession Act*’s *raison d’être* and should only be disturbed by judges, who lack the specialized expertise of teachers, if it is patently unreasonable. As La Forest J. noted in *Jones, supra*, at p. 304: “The province cannot, in my view, be faulted for adopting the philosophy frequently applied in the courts of the United States, namely, that ‘The courtroom is simply not the best arena for the debate of issues of educational policy and the measurement of educational quality’”. Moreover, vulnerable schoolchildren are in need of much greater protection by the BCCT than was the investing public in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. Further, individual decisions under the purview of the BCCT, such as the one at issue concerning teacher training program accreditation, are central to the development of educational policy. There is a division of policy-making labour whereby the BCCT complements other

TION] « [l]’économie de la *Teaching Profession Act* porte à croire [que] le législateur a jugé [que] les enseignants avaient besoin de peu de directives pour établir les normes applicables à la formation des futurs enseignants » (par. 97).

Au sujet de l’objet de la Loi dans son ensemble, qui est le troisième facteur énuméré dans l’arrêt *Pushpanathan*, on peut lire au par. 36 de cet arrêt :

Dans l’arrêt *Southam*, la Cour a conclu, au par. 48, que les «objectifs visés par la Loi sont davantage “économiques” que strictement “juridiques”», parce que les objectifs généraux de la Loi «sont des questions que les gens d’affaires et les économistes sont plus à même de comprendre que les juges en général». Elle a appuyé cette conclusion sur le fait que la loi avait créé un tribunal dont les membres avaient une connaissance spécialisée dans ces domaines. Présent[e] aussi une importance [. . .] le fait [que le tribunal administratif] joue un «rôle protecteur» vis-à-vis du public investisseur et qu’il joue aussi un rôle en matière d’établissement des politiques; arrêt *Pezim*, précité, à la p. 596.

Chacun de ces aspects est ici présent. La décision du BCCT relative au programme de formation des enseignants de l’UTW touche au cœur même de la *raison d’être* de la *Teaching Profession Act* et les juges, qui n’ont pas l’expertise des enseignants, ne devraient la modifier que si elle est manifestement déraisonnable. Comme le juge La Forest l’a fait remarquer dans l’arrêt *Jones*, précité, p. 304, « [à] mon avis, on ne peut reprocher à la province d’adopter la philosophie qui est souvent appliquée dans les tribunaux des États-Unis, savoir que [TRADUCTION] “Le tribunal n’est tout simplement pas le meilleur endroit pour débattre les questions de politique en matière d’éducation et pour mesurer la qualité de l’enseignement” ». En outre, les écoliers vulnérables requièrent de la part du BCCT une protection beaucoup plus grande que le public investisseur dans l’arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. Du reste, chaque décision qui relève de la compétence du BCCT, comme celle relative, en l’espèce, à l’agrément d’un programme de formation des enseignants, est essentielle à l’établissement d’une politique d’enseignement. Dans le domaine de l’établissement des politiques, il existe une répartition des tâches qui fait en sorte que le

policy-making bodies. As observed by Madam Justice Rowles, at para. 173:

This policy-making mandate is reflected in the words of s. 4 of the Act. The statutory provision requires the [BCCT] to have 'regard to the public interest' in the setting of standards.

Pushpanathan, supra, indicates that the purpose of the particular provision of the statute at issue is relevant to the determination of the standard of review. The BCCT's decision was made pursuant to s. 21(i) of the Act, permitting it to "approve, for certification purposes, the program of any established faculty of teacher education or school of teacher education". This provision involves the application of "vague, open-textured" principles, requiring curial deference under *Pushpanathan* (para. 36). The BCCT has wide discretion to review teacher training programs under the Act. Its decision was, moreover, a polycentric one taking into account the educational interests of teachers, students, parents, and the public. *Pushpanathan* noted that "some problems require the consideration of numerous interests simultaneously, and the promulgation of solutions which concurrently balance benefits and costs for many different parties. Where an administrative structure more closely resembles this model, courts will exercise restraint" (para. 36).

The BCCT's decision is also fact-based, concerning an issue the nature of which implicates the tribunal's expertise. This feature addresses the fourth *Pushpanathan* factor, which asks whether the question addressed by the tribunal is legal or factual. Determining how TWU's program may affect its graduates' preparedness to teach in the public schools is a factual inquiry requiring the specialized expertise of the BCCT's members, the majority of whom have classroom experience. I agree with Madam Justice Rowles, who wrote that: "With respect to the factual question of the effect of the practices, I am of the view that the Council's decision is entitled to deference. The question as to

BCCT est le complément d'autres organismes en la matière. Comme l'a fait observer madame le juge Rowles (au par. 173) :

[TRADUCTION] Ce mandat relatif à l'établissement des politiques se reflète dans le libellé de l'art. 4 de la Loi. Cette disposition législative exige que [le BCCT] tienne « compte de l'intérêt public » en établissant des normes.

L'arrêt *Pushpanathan*, précité, indique que l'objet de la disposition particulière de la loi en cause est pertinent pour déterminer la norme de contrôle. La décision du BCCT a été rendue conformément à l'al. 21i) de la Loi, qui lui permet [TRADUCTION] « [d']approuver, aux fins de délivrance des brevets d'enseignement, le programme de toute faculté ou école reconnue de formation des enseignants ». Cette disposition fait intervenir des principes « vagues, non limitatifs », ce qui commande la retenue judiciaire selon l'arrêt *Pushpanathan* (par. 36). Le BCCT possède, en vertu de la Loi, un large pouvoir discrétionnaire d'examiner les programmes de formation des enseignants. De plus, il a rendu une décision polycentrique qui tient compte des intérêts pédagogiques des enseignants, des étudiants, des parents et du public. L'arrêt *Pushpanathan* souligne que « certains problèmes exigent la prise en compte de nombreux intérêts simultanément et l'adoption de solutions de nature à assurer en même temps un équilibre entre les coûts et les bénéfices pour de nombreuses parties distinctes. Quand un régime administratif ressemble davantage à ce modèle, les cours de justice feront preuve de retenue » (par. 36).

La décision du BCCT porte également sur une question de fait dont la nature fait appel à l'expertise de ce tribunal administratif. Cette caractéristique se rapporte au quatrième facteur de l'arrêt *Pushpanathan*, qui consiste à déterminer si le tribunal est saisi d'une question de droit ou de fait. La question de savoir de quelle façon le programme de l'UTW peut influencer sur le niveau de préparation de ses diplômés à l'enseignement dans les écoles publiques est une question de fait à laquelle seule l'expertise des membres du BCCT qui, en majorité, ont l'expérience des salles de classe permet de répondre. Je suis d'accord avec madame le juge Rowles, lorsqu'elle écrit : [TRA-

whether the discriminatory practices were contrary to the public interest in terms of the education, professional responsibility and competence of public school teachers appears to me to come clearly within the expertise and jurisdiction of the [BCCT]" (para. 150).

56

The BCCT's public interest jurisdiction was carefully described by Madam Justice Rowles (at para. 173): "The 'public interest' is not to be defined nebulously but in relation to the particular policy interest that the [BCCT] has jurisdiction over, that is, establishing in the public interest standards for the education, professional responsibility and competence of its members who teach in public schools" (emphasis added). Her wording paraphrases s. 4 of the *Teaching Profession Act*. Other sections of this legislation similarly support a contextual approach to understanding the meaning of "public interest". The BCCT fulfills the role of gatekeeper to the profession of public school teaching and is responsible for ensuring that its members meet the expertly determined requisites for qualifying to teach in the classrooms of the province. Thus, ss. 23(1)(d) and 23(1)(f) of the Act state that the BCCT may adopt bylaws:

(d) respecting the training and qualifications of teachers and establishing standards, policies and procedures with respect to the training and qualifications including, but not limited to, professional, academic and specialist standards, policies and procedures;

(f) respecting the standards of fitness for the admission of persons as members of the [BCCT]; [Emphasis added.]

57

Statutory interpretation of the BCCT's "public interest" responsibilities should be purposive, not nebulous. As the Manitoba Court of Appeal stated in *Lindsay v. Manitoba (Motor Transport)* (1989),

[TRANSLATION] « En ce qui a trait à la question factuelle de l'incidence des pratiques, je suis d'avis que la décision du Conseil doit faire l'objet de retenue judiciaire. La question de savoir si les pratiques discriminatoires étaient contraires à l'intérêt public sur les plans de la formation, de la responsabilité professionnelle et de la compétence des enseignants des écoles publiques m'apparaît relever clairement de l'expertise et de la compétence [du BCCT] » (par. 150).

Madame la juge Rowles décrit avec soin la compétence du BCCT en matière d'intérêt public (au par. 173) : [TRANSLATION] « L'«intérêt public» doit être défini non pas au hasard mais en fonction du champ de compétence particulier du [BCCT], c'est-à-dire l'établissement, dans l'intérêt public, des normes de formation, de responsabilité professionnelle et de compétence de ses membres qui enseignent dans les écoles publiques » (je souligne). Ce faisant, elle paraphrase l'art. 4 de la *Teaching Profession Act*. D'autres dispositions de cette loi militent également en faveur d'un mode d'interprétation contextuel de l'«intérêt public». Le BCCT joue le rôle de gardien de la profession d'enseignant dans une école publique et il est chargé de garantir que ses membres ont les qualifications requises, établies par des experts, pour enseigner dans les classes de la province. Les alinéas 23(1)d) et 23(1)f) de la Loi prévoient que le BCCT peut adopter des règlements :

[TRANSLATION]

d) concernant la formation et les conditions d'admissibilité des enseignants et établissant des normes, politiques et procédures relatives à la formation et aux conditions d'admissibilité y compris, notamment, des normes, politiques et procédures concernant la profession, le régime scolaire et la spécialisation;

f) concernant les normes d'admission de personnes comme membres [du BCCT]; [Je souligne.]

L'interprétation législative des responsabilités du BCCT eu égard à l'«intérêt public» doit se faire en fonction de l'objet visé et non pas de façon nébuleuse. Comme la Cour d'appel du Manitoba

62 D.L.R. (4th) 615, at p. 626: “The meaning of those words, neither precise nor unambiguous in themselves, must be construed in the context of the statute in which they are found”. Philp J.A. went on to observe that: “I think there can be no doubt that the determination of what constitutes the public interest is not ‘a matter of policy’ entirely within the jurisdiction of the Board, nor is it a finding of fact. It is the formulation of an opinion and, when acting within its jurisdiction, it is a determination within the exclusive administrative jurisdiction of the Board” (p. 628 (emphasis added)).

The BCCT is obligated by the *Teaching Profession Act* to assess any component of a teacher training program that may affect “the education, professional responsibility and competence of its members”. It is irrelevant that private religious institutions are protected under British Columbia’s *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210. The BCCT must review all teacher training programs in the same light, using its own expertly determined standards. It never found or considered TWU graduates to be “unworthy of fully participating in public activities”, as my colleagues imply (para. 35). To the contrary, the BCCT provided a route for these students to attain the requisites for teaching in public schools. These actions are fully consistent with the College’s contextualized mandate to establish and implement standards for its members “having regard to the public interest”.

It is a misconception to characterize the BCCT’s decision as being a balancing or interpretation of human rights values, an exercise that is beyond the tribunal’s expertise. The BCCT’s decision employed one relevant and undisputed *Charter* or human rights value, that of equality, in the narrow context of appraising the impact on the classroom environment of TWU’s proposal. Equality is a cen-

l’a affirmé dans l’arrêt *Lindsay c. Manitoba (Motor Transport)* (1989), 62 D.L.R. (4th) 615, p. 626 : [TRADUCTION] « Ces mots, qui ne sont ni précis ni clairs en soi, doivent s’interpréter en fonction du contexte dans lequel ils sont utilisés ». Le juge Philp ajoute ensuite : [TRADUCTION] « Il n’y a pas de doute, selon moi, que la définition de l’intérêt public n’est pas une “question de politique générale” qui relève entièrement de la Commission; il ne s’agit pas non plus d’une conclusion de fait. C’est une formulation d’opinion et, lorsque la Commission agit dans les limites de sa compétence, la définition qu’elle donne relève de sa compétence administrative exclusive » (p. 628 (je souligne)).

La *Teaching Profession Act* oblige le BCCT à évaluer tout élément d’un programme de formation d’enseignants qui peut toucher [TRADUCTION] « [la] formation, [la] responsabilité professionnelle et [la] compétence de ses membres ». Il importe peu que les établissements confessionnels privés jouissent de la protection du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 210. Le BCCT doit examiner tous les programmes de formation d’enseignants en fonction des mêmes éléments, c’est-à-dire en fonction des normes qu’il a lui-même fixées grâce à son expertise. Il n’a jamais jugé ni considéré que les diplômés de l’UTW sont « indignes de participer pleinement à des activités publiques », comme l’insinuent mes collègues (par. 35). Au contraire, le BCCT a indiqué à ces étudiants le chemin pour atteindre les conditions requises pour enseigner dans les écoles publiques. Ces mesures sont parfaitement compatibles avec le mandat contextualisé du BCCT d’établir et d’appliquer des normes pour ses membres, [TRADUCTION] « compte tenu de l’intérêt public ».

Il est erroné de caractériser la décision du BCCT comme une évaluation ou une interprétation de valeurs relatives aux droits de la personne, qui va au-delà de l’expertise de ce tribunal. La décision du BCCT a fait appel à une valeur pertinente et incontestée véhiculée par la *Charte* ou relative aux droits de la personne, celle de l’égalité, dans le contexte limité de l’évaluation de l’incidence que

tral component of the public interest that the BCCT is charged with protecting in the classrooms of the province. As Cory J. wrote in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 92, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is “a restatement of the fundamental values which guide and shape our democratic society” (emphasis added). The BCCT was entitled, indeed required, to consider the value of equality in its assessment of the effect TWU’s program will have on the classroom environment. In *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, the Court held at pp. 13-14 that “the Constitution, as the supreme law, must be respected by an administrative tribunal called upon to interpret law”. I agree with Madam Justice Rowles, who asked at para. 171: “When that is so, why would an administrative tribunal not also be expected to consider *Charter* values?”

la proposition de l’UTW aurait dans les salles de classe. L’égalité est une composante centrale de l’intérêt public que le BCCT est chargé de protéger dans les salles de classe de la province. Comme l’écrit le juge Cory dans l’arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 92, la *Charte canadienne des droits et libertés* est « une réaffirmation des valeurs fondamentales qui guident et façonnent notre société démocratique » (je souligne). Le BCCT pouvait et, en fait, devait tenir compte de la valeur de l’égalité en évaluant l’incidence que le programme de l’UTW aurait sur le climat des salles de classe. Dans l’arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p. 13-14, la Cour a statué que « la Constitution, en sa qualité de loi suprême, doit être respectée par les tribunaux administratifs appelés à interpréter la loi ». Je partage le point de vue de madame le juge Rowles, qui a posé la question suivante (au par. 171) : [TRADUCTION] « S’il en est ainsi, pourquoi ne s’attendrait-on pas également à ce qu’un tribunal administratif prenne en considération les valeurs véhiculées par la *Charte*? »

60

The BCCT was not acting as a human rights tribunal and was not required to consider other *Charter* or human rights values such as freedom of religion, which are not germane to the public interest in ensuring that teachers have the requisites to foster supportive classroom environments in public schools. Thus, it is not relevant to the standard of review that “the Council is not particularly well equipped to determine the scope of freedom of religion and conscience and to weigh these rights against the right to equality in the context of a pluralistic society” (Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 19). The BCCT’s equality based approach, focussed on supportive atmospheres in public school classrooms, merits a standard of review of patent unreasonableness because it directly engages the specialization of the tribunal.

Le BCCT n’agissait pas à titre de tribunal des droits de la personne et n’était pas tenu de prendre en considération d’autres valeurs véhiculées par la *Charte* ou relatives aux droits de la personne, qui n’ont rien à voir avec l’intérêt public veillant à garantir que les enseignants aient les qualifications requises pour favoriser le maintien d’un climat favorable dans les salles de classe des écoles publiques. Par conséquent, il n’est pas pertinent en ce qui concerne la norme de contrôle applicable que « le Conseil [ne soit] pas particulièrement en mesure de déterminer la portée de la liberté de religion et de conscience, et de soupeser ces droits en fonction du droit à l’égalité dans le cadre d’une société pluraliste » (les juges Iacobucci et Bastarache, par. 19). L’approche du BCCT, fondée sur l’égalité et axée sur le maintien d’un climat favorable dans les salles de classe des écoles publiques, justifie l’application de la norme du caractère manifestement déraisonnable parce qu’elle met directement en cause la spécialisation du tribunal.

If the BCCT were to have applied a value that is clearly not an accepted *Charter* or human rights value, or one irrelevant to the decision at hand, or if it failed to apply a clearly relevant value, then its decision would be patently unreasonable. None of these scenarios occurred here. Iacobucci and Bastarache JJ. write that “The BCCT has the responsibility of assuring that programs in place in all private and public teacher training institutions continue to serve the public interest. . . .” (para. 42). The BCCT has the expertise to determine the relevant criteria for this supervisory exercise and its assessment of these factors deserves significant deference. See generally *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 65: “Deference as respect requires not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision. . . . (D. Dyzenhaus, ‘The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy’, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286.)”

The circumstances of this case are analogous to those of *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, in which a freedom of religion claim was opposed to a child’s best interests in the context of parental access rights. In my reasons, I noted at p. 181 that “in ruling on a child’s best interests, a court is not putting religion on trial nor its exercise by a parent for himself or herself, but is merely examining the way in which the exercise of a given religion by a parent through his or her right to access affects the child’s best interests”. See also *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 228, *per* Iacobucci and Major JJ.:

. . . in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, L’Heureux-Dubé J. (writing for the majority on this point) held at p. 182 that:

Si le BCCT avait dû appliquer une valeur non clairement reconnue par la *Charte* ou non reliée aux droits de la personne, ou une valeur non pertinente quant à la décision en l’espèce, ou encore s’il n’avait pas appliqué une valeur clairement pertinente, sa décision serait alors manifestement déraisonnable. Aucun de ces scénarios ne s’est produit en l’espèce. Les juges Iacobucci et Bastarache écrivent que « [l]e BCCT a la responsabilité de garantir que les programmes en vigueur dans tous les établissements privés et publics de formation des enseignants continuent de servir l’intérêt public. . . » (par. 42). Le BCCT a l’expertise nécessaire pour déterminer les critères utiles à cette fonction de surveillance et son évaluation de ces éléments doit faire l’objet d’une grande retenue. Voir, de manière générale, l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 65 : [TRADUCTION] « La retenue au sens de respect ne demande pas la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision . . . (D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286.) »

Les circonstances de la présente affaire sont analogues à celles de l’arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, dans lequel il y avait conflit entre la liberté de religion invoquée et le meilleur intérêt d’un enfant dans le contexte des droits de visite et de sortie des parents. Dans mes motifs, j’ai souligné, à la p. 181, qu’« en statuant sur le meilleur intérêt de l’enfant, le tribunal ne fait le procès ni d’une religion ni de l’exercice qu’un parent peut en faire pour lui ou pour elle-même, mais examine uniquement la manière dont l’exercice par un parent, d’une religion donnée à l’occasion des droits de visite et de sortie, influe sur le meilleur intérêt de l’enfant ». Voir également *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 228, les juges Iacobucci et Major :

. . . dans l’arrêt [. . .] *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, le juge L’Heureux-Dubé (s’exprimant au nom de la majorité sur ce point) conclut, à la p. 182, que:

As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion. [Emphasis added by Iacobucci and Major JJ.]

There is a similar intersection between the asserted private religious beliefs and the public interest in the present appeal. Actions in the private sphere can have effects in the public realm. Everyone must assume the legal consequences of his or her private beliefs, so long as these consequences do not violate fundamental rights. The BCCT's expert attention to the classroom environment means that public school students' best interests, like those of children in custody and access disputes, are the focal point. In neither situation should a religiously based risk fall on children.

63

The BCCT's inquiry was reasonably limited to its area of educational expertise. Nothing in the impugned decision suggests that the respondents' religious faith influenced the result. The BCCT's statutory mandate is to act in the public interest by accrediting only teachers who are adequately prepared for the rigours of the public school classroom. The religion of a teacher or group of teachers is never at issue before the BCCT since religion cannot be a criterion for its certification decisions. Whatever the religion of the institution or individual concerned, all candidates must satisfy the BCCT that they possess the requisites for public school teaching. Indeed, if the BCCT had considered the respondents' religion in making its decision, this would have been not only discriminatory, but also a jurisdictional error of law. The BCCT's concern was with the impact on public school classrooms of a discriminatory practice; whether or not this practice is based on religion was immaterial to their decision. The mandate of the BCCT to have regard for the public interest in

Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents. [Souligné par les juges Iacobucci et Major.]

Dans le présent pourvoi, les croyances religieuses personnelles alléguées et l'intérêt public se croisent de façon similaire. Les actes accomplis dans la vie privée peuvent avoir une incidence dans le domaine des activités publiques. Chacun doit assumer les conséquences juridiques de ses croyances personnelles, dans la mesure où ces conséquences ne portent pas atteinte à des droits fondamentaux. L'attention spécialisée que le BCCT prête au climat des salles de classe signifie que l'accent est mis sur le meilleur intérêt des étudiants des écoles publiques, tout comme il est mis sur le meilleur intérêt des enfants dans le cas des conflits relatifs aux droits de garde et de visite. Dans aucune de ces situations, les enfants ne devraient-ils être exposés à un risque fondé sur la religion.

Le BCCT a confiné raisonnablement son examen à son champ d'expertise pédagogique. Rien dans la décision contestée n'indique que la foi religieuse des intimées a influé sur le résultat. La Loi confie au BCCT le mandat d'agir dans l'intérêt public en ne délivrant un brevet d'enseignement qu'aux enseignants qui sont bien préparés à affronter les rigueurs des salles de classe des écoles publiques. La religion d'un enseignant ou d'un groupe d'enseignants n'est jamais en cause devant le BCCT étant donné qu'elle ne peut pas entrer en ligne de compte dans ses décisions en matière d'agrément de programmes ou de délivrance de brevets d'enseignement. Quelle que soit la confession de l'établissement ou de l'individu concerné, tous les candidats doivent convaincre le BCCT qu'ils ont les qualifications requises pour enseigner dans une école publique. En réalité, si le BCCT avait pris en considération la religion des intimées en rendant sa décision, il aurait non seulement fait preuve de discrimination, mais encore il aurait commis une erreur de droit relative à sa compé-

its accreditation of teachers requires such scrutiny of any discriminatory practice.

The freedom of religion of the prospective teacher is thus not implicated in this case at the administrative law stage. I will examine TWU's and Donna Lindquist's *Charter* claims near the end of these reasons. At the time this litigation commenced, Ms. Lindquist was a student at TWU who intended to apply for admission to the teacher training program in September 1998, if the program were approved. She voluntarily signed the Community Standards contract, discussed below, on September 4, 1996.

I disagree with my colleagues, who believe that it was incumbent on the BCCT to "reconcile the religious freedoms of individuals wishing to attend TWU with the equality concerns of students in B.C.'s public school system" (para. 28). Their reasoning amounts to changing the statutory mandate and function of the BCCT into those of a human rights body. It supposes that the BCCT should have resolved what my colleagues have retrospectively identified as a conflict of rights. I find no such conflict in this case. Donna Lindquist was not a party to the BCCT's decision and in any event her freedom of religion did not need to be considered. Nor were B.C. public school students' equality interests considered for the sake of protecting their *Charter* rights. Rather, the *Charter* or human rights value of equality was applied only as it pertains to the classroom environment. I find it problematic to force an appraisal by an administrative tribunal of the allegedly dueling *Charter* rights or values of TWU students like Donna Lindquist and unnamed B.C. public school students. It is more appropriate, in my view, to respect the *Pushpanathan* test and to consider third-party *Charter* claims in a proper *Charter* analysis that is

tence. Le BCCT s'intéressait à l'incidence d'une pratique discriminatoire sur les salles de classe des écoles publiques; il était sans importance pour sa décision que cette pratique soit fondée ou non sur la religion. Le BCCT doit nécessairement procéder à un tel examen de toute pratique discriminatoire dans le cadre de son mandat de tenir compte de l'intérêt public en délivrant des brevets d'enseignement.

En l'espèce, la liberté de religion de l'enseignant éventuel n'est donc pas en cause à l'étape du droit administratif. J'examinerai, vers la fin des présents motifs, les arguments fondés sur la *Charte* que l'UTW et Donna Lindquist ont invoqués. Au moment où le présent litige a pris naissance, M^{me} Lindquist étudiait à l'UTW et comptait s'inscrire, en septembre 1998, au programme de formation des enseignants s'il était approuvé. Le 4 septembre 1996, elle a signé de son propre gré le contrat des normes communautaires analysé plus loin dans les présents motifs.

Je ne partage pas l'avis de mes collègues qu'il incombait au BCCT de « concilier les libertés religieuses d'individus qui souhaitent fréquenter l'UTW avec les préoccupations d'égalité des élèves du système scolaire public de la Colombie-Britannique » (par. 28). Cette façon de raisonner revient à transformer le mandat et rôle que le BCCT tient de la Loi en mandat et rôle d'un organisme des droits de la personne. Cela suppose que le BCCT aurait dû régler ce que mes collègues ont qualifié rétrospectivement de conflit d'intérêts. Il n'y a, selon moi, aucun conflit de cette nature en l'espèce. Donna Lindquist n'a pas participé à la décision du BCCT et, de toute façon, sa liberté de religion n'avait pas à être prise en considération. Les intérêts en matière d'égalité que partagent les élèves des écoles publiques de la Colombie-Britannique n'ont pas non plus été pris en considération dans le but de protéger les droits que leur garantit la *Charte*. La valeur d'égalité véhiculée par la *Charte* ou relative aux droits de la personne n'a plutôt été appliquée que dans la mesure où elle a trait au climat des salles de classe. J'estime qu'il est difficile de forcer un tribunal administratif à apprécier les droits ou valeurs, inconciliables

64

65

subsequent to, rather than conflated with, judicial review of an administrative law decision.

66

Ross emphasized precisely this point at para. 32. La Forest J. wrote that “the administrative law standard and the *Charter* standard are not conflated into one. When the issues involved are untouched by the *Charter*, the appropriate administrative law standard is properly applied as a standard of review. . . . As Dickson C.J. noted [in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038], the more sophisticated and structured analysis of s. 1 is the proper framework within which to review *Charter* values.” Thus, in these reasons, I employ a two-stage approach of, first, considering administrative law, a sphere in which the *Pushpanathan* factors indicate that deference is due to BCCT, and, then, assessing the *Charter* claims advanced by TWU and third parties affected by the BCCT’s decision.

III. Application of Patent Unreasonableness to this Case

67

I turn now to the application of the patent unreasonableness standard to the BCCT’s decision. As Cory J. observed in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 963-64, “if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test”. Earlier, Dickson J. (later Chief Justice) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237, put the question in these

prétend-on, que des étudiants de l’UTW, comme Donna Lindquist, et des élèves anonymes des écoles publiques de la Colombie-Britannique tiennent de la *Charte*. À mon sens, il convient davantage de respecter le critère de l’arrêt *Pushpanathan* et d’examiner les arguments de tierces parties fondés sur la *Charte* dans le cadre d’une analyse appropriée effectuée en vertu de la *Charte* non pas conjointement avec un contrôle judiciaire d’une décision de droit administratif, mais plutôt à la suite d’un tel contrôle.

C’est précisément ce que l’arrêt *Ross* souligne au par. 32. Le juge La Forest écrit que « la norme de droit administratif et celle dictée par la *Charte* ne sont pas fondues en une seule norme. Lorsque les questions en litige ne sont pas touchées par la *Charte*, la norme de contrôle appropriée est celle du droit administratif. [. . .] Comme l’a fait remarquer le juge en chef Dickson [dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038], l’analyse mieux structurée et plus subtile qui est fondée sur l’article premier constitue le cadre approprié pour l’examen des valeurs protégées par la *Charte*. » J’adopte donc, dans les présents motifs, une méthode en deux étapes qui consiste d’abord à examiner le droit administratif, où il convient de faire preuve de retenue à l’égard du BCCT selon les facteurs de l’arrêt *Pushpanathan*, et ensuite à apprécier les arguments fondés sur la *Charte* qu’invoquent l’UTW et les tierces parties touchées par la décision du BCCT.

III. Application de la norme du caractère manifestement déraisonnable à la présente affaire

J’aborde maintenant l’application de la norme du caractère manifestement déraisonnable à la décision du BCCT. Comme le juge Cory l’a fait observer dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, p. 963-964, « si la décision qu’a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n’est pas clairement irrationnelle, c’est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu’il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s’agit là d’un critère très strict ». Auparavant, dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section*

terms: was the tribunal's "interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?"

The BCCT's finding of discriminatory practices is related to the Council's consideration of the "suitability and preparedness of graduates to teach in the diverse and complex social environments found in the public school system" (see para. 48 of these reasons). These two elements, amounting to cause and effect, will be discussed in turn. First, the BCCT expressed a concern that the TWU Community Standards contract, mandatory for students, faculty, and staff to sign, embodied discrimination against homosexuals. All students, faculty, and staff must

REFRAIN FROM PRACTICES THAT ARE BIBLICALLY CONDEMNED. These include but are not limited to drunkenness (Eph. 5:18), swearing or use of profane language (Eph. 4:29, 5:4; Jas 3:1-12), harassment (Jn 13:34-35; Rom. 12:9-21; Eph. 4:31), all forms of dishonesty including cheating and stealing (Prov. 12:22; Col. 3:9; Eph. 4:28), abortion (Ex. 20:13; Ps. 139:13-16), involvement in the occult (Acts 19:19; Gal. 5:19), and sexual sins including premarital sex, adultery, homosexual behaviour and viewing of pornography (I Cor. 6:12-20; Eph. 4:17-24; I Thess. 4:3-8; Rom. 2:26-27; I Tim. 1:9-10). [Emphasis added. This wording is taken from the student version of the Code, which is almost identical to that provided to employees.]

I note in passing that "homosexual behaviour" is undefined and could be interpreted to include a wide range of activity falling short of sexual intercourse. The preamble to the Community Standards Code states that "[i]ndividuals who are invited to become members of this community but cannot with integrity pledge to uphold the application of these standards are advised not to accept the invitation and to seek instead a living-learning [or

locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 237, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) avait formulé la question en ces termes : « l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire? »

La conclusion du BCCT à l'existence de pratiques discriminatoires est liée à la prise en considération par le Conseil de « [l']aptitude des diplômés à enseigner dans les divers milieux sociaux complexes du système scolaire public, et [de] leur niveau de préparation à cet égard » (voir par. 48 des présents motifs). Ces deux éléments de cause et effet seront analysés l'un après l'autre. Premièrement, le BCCT a exprimé la crainte que le contrat des normes communautaires de l'UTW, que les étudiants et les membres du corps professoral et du personnel sont tenus de signer, soit discriminatoire envers les homosexuels. Tous les étudiants et les membres du corps professoral et du personnel doivent

[TRADUCTION] S'ABSTENIR DE SE LIVRER À DES PRATIQUES QUE LA BIBLE CONDAMNE. Sont notamment visés l'ivresse (Éph. 5:18), les jurons ou les blasphèmes (Éph. 4:29, 5:4; Jacq. 3:1-12), le harcèlement (Jean 13:34-35; Rom. 12:9-21; Éph. 4:31), toute forme de malhonnêteté, dont la tricherie et le vol (Prov. 12:22; Col. 3:9; Éph. 4:28), l'avortement (Ex. 20:13; Ps. 139:13-16), toute activité liée à l'occultisme (Act. 19:19; Gal. 5:19) et les péchés sexuels, y compris les relations sexuelles avant le mariage, l'adultère, le comportement homosexuel et le visionnement de matériel pornographique (I Cor. 6:12-20; Éph. 4:17-24; I Thess. 4:3-8; Rom. 2:26-27; I Tim. 1:9-10). [Je souligne. Ce texte provient de la version du code destinée aux étudiants qui est presque identique à celle fournie aux employés.]

Je fais remarquer, en passant, que l'expression « comportement homosexuel » n'est pas définie et pourrait s'entendre d'une vaste gamme d'activités qui ne vont pas jusqu'aux rapports sexuels. Le préambule des codes des normes communautaires précise que [TRADUCTION] « [l]es personnes qui sont invitées à devenir membres de notre communauté, mais qui ne peuvent pas complètement s'engager à en respecter les normes sont avisées de ne

employment] situation more acceptable to them” (emphasis added).

pas accepter l’invitation et de rechercher plutôt une situation d’apprentissage de la vie [ou de travail] qui leur convient mieux » (je souligne).

69

I am dismayed that at various points in the history of this case the argument has been made that one can separate condemnation of the “sexual sin” of “homosexual behaviour” from intolerance of those with homosexual or bisexual orientations. This position alleges that one can love the sinner, but condemn the sin. But, in the words of the intervenor EGALÉ, “[r]equiring someone not to act in accordance with their identity is harmful and cruel. It destroys the human spirit. Pressure to change their behaviour and deny their sexual identity has proved tremendously damaging to young persons seeking to come to terms with their sexual orientation” (factum, at para. 34). The status/conduct or identity/practice distinction for homosexuals and bisexuals should be soundly rejected, as *per* Madam Justice Rowles: “Human rights law states that certain practices cannot be separated from identity, such that condemnation of the practice is a condemnation of the person” (para. 228). She added that “the kind of tolerance that is required [by equality] is not so impoverished as to include a general acceptance of all people but condemnation of the traits of certain people” (para. 230). This is not to suggest that engaging in homosexual behaviour automatically defines a person as homosexual or bisexual, but rather is meant to challenge the idea that it is possible to condemn a practice so central to the identity of a protected and vulnerable minority without thereby discriminating against its members and affronting their human dignity and personhood.

Je constate avec regret qu’à diverses reprises, dans le cours de cette affaire, on a avancé l’argument qu’il est possible de séparer la condamnation du « péché sexuel » que représente le « comportement homosexuel » et l’intolérance à l’égard des gens qui ont une orientation homosexuelle ou bisexuelle. Selon ce point de vue, on peut aimer le pécheur tout en condamnant le péché. Cependant, pour reprendre les propos de l’intervenante EGALÉ, [TRADUCTION] « [f]orcer quelqu’un à déroger à son identité est néfaste et cruel. Cela a un effet destructeur sur le plan psychologique. Les pressions exercées pour que des jeunes qui tentaient d’accepter leur orientation sexuelle modifient leur comportement et nient leur identité sexuelle se sont révélées extrêmement dommageables dans leur cas » (mémoire, par. 34). La distinction statut/conduite ou identité/pratique établie pour les homosexuels et les bisexuels devrait être complètement rejetée, comme l’affirme madame le juge Rowles : [TRADUCTION] « La législation en matière de droits de la personne prévoit que certaines pratiques sont inséparables de l’identité, de sorte que condamner la pratique revient à condamner la personne » (par. 228). Elle ajoute que « le genre de tolérance requis [par l’égalité] n’est pas étioilé au point de comprendre l’acceptation générale de toutes les personnes, mais la condamnation des caractéristiques de certaines personnes » (par. 230). Cela revient non pas à laisser entendre que la personne qui adopte un comportement homosexuel est automatiquement une personne homosexuelle ou bisexuelle, mais à contester l’idée qu’il est possible de condamner une pratique si essentielle à l’identité d’une minorité vulnérable et protégée sans pour autant faire preuve de discrimination à l’égard de ses membres ni porter atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité.

70

As another preliminary matter, I would emphasize the relevance of the United States Supreme Court’s decision in *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983). In that case, the court

À titre préliminaire également, je tiens à souligner la pertinence de l’arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Bob Jones University c. United States*, 461 U.S. 574 (1983). Dans cet arrêt, la cour

denied tax-exempt status to a religious institution that at the time prohibited interracial dating and marriage based on apparently sincerely held religious beliefs. Burger C.J. for the court wrote that “there can no longer be any doubt that racial discrimination in education violates deeply and widely accepted views of elementary justice” (p. 592). He added that “Bob Jones University . . . contends that it is not racially discriminatory. It emphasizes that it now allows all races to enroll, subject only to its restrictions on the conduct of all students, including its prohibitions of association between men and women of different races, and of interracial marriage” (p. 605). This American case provides an example, namely a ban on interracial dating and marriage, that is difficult to distinguish in a principled way from the ban on homosexual behaviour at issue here. In my view, to paraphrase Burger C.J., there can no longer be any doubt that sexual orientation discrimination in education violates deeply and widely accepted views of elementary justice.

It was not Bob Jones University faculty or students’ religious beliefs that led to the American Supreme Court decision, but rather a disciplinary rule of conduct prohibiting interracial dating and marriage. Similarly, in this case, where the salient difference is the ground of discrimination, namely sexual orientation, it is the Code of Community Standards that is at issue. See B. MacDougall, “Silence in the Classroom: Limits on Homosexual Expression and Visibility in Education and the Privileging of Homophobic Religious Ideology” (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 41, at p. 78: “Once the religious characterization is removed from an issue of racial or gender discrimination, the issue becomes much more straightforward. So it should be with homosexuality.” I thus find it alarmist for my colleagues to suggest that “if TWU’s Community Standards could be suffi-

a refusé d’accorder une exonération fiscale à un établissement confessionnel qui, à l’époque, interdisait les fréquentations et les mariages interraciaux sur la foi de croyances religieuses apparemment sincères. Le juge en chef Burger a affirmé, au nom de la cour, [TRADUCTION] « [qu’il] ne saurait plus y avoir aucun doute que la discrimination raciale dans l’enseignement contrevient aux conceptions profondes et généralement acceptées de justice élémentaire » (p. 592). Il a ajouté que « [l’]université Bob Jones [. . .] prétend qu’elle ne fait pas preuve de discrimination raciale. Elle souligne qu’elle permet désormais aux personnes de toutes les races de s’inscrire, sous réserve seulement des restrictions en matière de conduite qu’elle impose à tous les étudiants, notamment son interdiction des associations d’hommes et de femmes de races différentes et des mariages interraciaux » (p. 605). L’exemple que cet arrêt américain fournit, soit l’interdiction des fréquentations et des mariages interraciaux, est difficile à distinguer, sur le plan des principes, de l’interdiction du comportement homosexuel ici en question. Pour paraphraser le juge en chef Burger, j’estime qu’il ne saurait plus y avoir aucun doute que la discrimination, fondée sur l’orientation sexuelle, dans l’enseignement contrevient aux conceptions profondes et généralement acceptées de justice élémentaire.

Ce ne sont pas les croyances religieuses des étudiants ou des membres du corps professoral de l’université Bob Jones qui ont motivé la décision de la Cour suprême des États-Unis, mais plutôt une règle de conduite disciplinaire qui interdisait les fréquentations et les mariages interraciaux. De même, dans la présente affaire où la différence marquante est le motif de discrimination, soit l’orientation sexuelle, c’est le Code des normes communautaires qui est en cause. Voir B. MacDougall, « Silence in the Classroom: Limits on Homosexual Expression and Visibility in Education and the Privileging of Homophobic Religious Ideology » (1998), 61 *Sask. L. Rev.* 41, p. 78 : [TRADUCTION] « Lorsqu’on supprime la caractérisation religieuse d’une question de discrimination fondée sur la race ou sur le sexe, la question devient beaucoup plus simple. Il devrait égale-

cient in themselves to justify denying accreditation, it is difficult to see how the same logic would not result in the denial of accreditation to members of a particular church” (para. 33).

ment en être ainsi de l’homosexualité. » J’estime donc qu’il est alarmiste, de la part de mes collègues, d’affirmer que « si les normes communautaires de l’UTW pouvaient être suffisantes en soi pour justifier le rejet de la demande d’agrément, on voit mal comment le même raisonnement ne pourrait pas servir à refuser de délivrer un brevet d’enseignement aux membres d’une confession particulière » (par. 33).

72

It is far from patently unreasonable for the BCCT to have concluded that TWU’s Code of Community Standards embodies discriminatory practices. The Code is not a proxy for belief; TWU students’ beliefs are not the issue here. Indeed, it is impossible to know what individual students believe since, as recognized in the Code, ultimately convictions are a personal matter. Signing the Community Standards contract, by contrast, makes the student or employee complicit in an overt, but not illegal, act of discrimination against homosexuals and bisexuals. With respect, I do not see why my colleagues classify this signature as part of the freedom of belief as opposed to the narrower freedom to act on those beliefs (para. 36). In *Ross, supra*, the Board of Inquiry noted that human rights legislation “does not prohibit a person from thinking or holding prejudicial views. The *Act*, however, may affect the right of that person to be a teacher when those views are publicly expressed in a manner that impacts on the school community or if those views influence the treatment of students in the classroom by the teacher” (para. 39 (emphasis added)). Whether or not TWU students’ signatures on the Community Standards contract reflect their true beliefs, it is not patently unreasonable for the BCCT to treat their public expressions of discrimination as potentially affecting the public school communities in which TWU graduates wish to teach.

La conclusion du BCCT que le Code des normes communautaires de l’UTW comporte des pratiques discriminatoires est loin d’être manifestement déraisonnable. Le Code n’est pas une représentation des croyances; les croyances des étudiants de l’UTW ne sont pas en cause dans la présente affaire. En fait, il est impossible de savoir quelles sont les croyances de chaque étudiant car, comme on le reconnaît dans le Code, les croyances relèvent, en définitive, d’un choix personnel. Par contre, la signature du contrat des normes communautaires par l’étudiant ou l’employé le rend complice d’un acte de discrimination manifeste, mais non illégal, contre les homosexuels et les bisexuels. En toute déférence, je m’explique mal pourquoi mes collègues considèrent que cette signature s’inscrit dans le cadre de la liberté de croyance plutôt que dans celui de la liberté plus restreinte d’agir sur la foi d’une croyance (par. 36). Dans l’affaire *Ross*, précitée, la commission d’enquête a souligné que la législation en matière de droits de la personne « n’interdit pas à une personne d’avoir des pensées ou des idées discriminatoires. Toutefois, elle peut limiter le droit de cette personne d’être un enseignant lorsque ces idées sont exprimées publiquement d’une manière qui a des répercussions sur le milieu scolaire ou si ces idées influencent la façon dont l’enseignant traite ses élèves en classe » (par. 39 (je souligne)). Peu importe que la signature que les étudiants de l’UTW apposent au contrat des normes communautaires reflète ou non leurs véritables croyances, il n’est pas manifestement déraisonnable que le BCCT considère que leurs manifestations publiques de discrimination peuvent influencer sur les milieux scolaires publics dans lesquels les diplômés de l’UTW souhaitent enseigner.

There are manifold repercussions to this requirement that TWU students and employees affirm a policy that discriminates against those who practice the “sexual sin” of “homosexual behaviour.” As my colleagues acknowledge at para. 25, “a homosexual student would not be tempted to apply for admission, and could only sign the so-called student contract at a considerable personal cost”. To this it should be added that homosexual or bisexual faculty and staff would also in practice be excluded from the campus. This is an important supplementary fact because “faculty must actually endorse those standards as correct and agree to teach in accordance with the principles of the school” (Madam Justice Rowles, at para. 265). The negative impact on campus diversity and pluralism is patently reasonable to assume. This is especially true considering the BCCT Program Approval Team’s recommendation that TWU faculty associates be seconded from the public school system to “ensure a broad worldview”, since they “significantly influence the development of the student teacher” (A.R., at pp. 250 and 249). I agree with Madam Justice Rowles that “the ‘message’ sent by TWU’s Community Standards Contract not only to gays and lesbians but also to every member of the TWU Community is discriminatory in a way that may be viewed as contrary to the public interest” (para. 226).

I acknowledge that tolerance is also a fundamental value in the Community Standards, which include an admonition for students to show “respect for all people regardless of race or gender”. This and like statements, such as those contained in the slightly different faculty and staff document, may well implicitly encompass tolerance for those of homosexual and bisexual orientations and lead to discrimination-free interactions. I share the view of Madam Justice Rowles, however, that “the public interest in the public school

L’exigence que les étudiants et les employés de l’UTW endossent une politique discriminatoire envers ceux qui s’adonnent au « péché sexuel » du « comportement homosexuel » a de nombreuses répercussions. Comme mes collègues le reconnaissent, au par. 25, « un étudiant homosexuel ne serait pas tenté de présenter une demande d’admission et [...] il ne pourrait signer le prétendu contrat d’étudiant qu’à un prix très élevé sur le plan personnel ». Il y a lieu d’ajouter à cela qu’en pratique les membres homosexuels ou bisexuels du corps professoral et du personnel seraient eux aussi exclus du campus. Il s’agit d’un autre fait important car [TRADUCTION] « les membres du corps professoral doivent vraiment adopter ces normes et accepter d’enseigner conformément aux principes de l’école » (madame le juge Rowles, par. 265). Il est manifestement raisonnable de présumer l’existence d’une incidence négative sur la diversité et le pluralisme du campus. Cela est particulièrement vrai à la lumière de la recommandation de l’équipe du BCCT chargée d’approuver les programmes que les membres agrégés du corps professoral de l’UTW soient des enseignants en détachement du système scolaire public afin [TRADUCTION] « [d’]assurer une vision élargie du monde », étant donné qu’ils [TRADUCTION] « influencent considérablement le développement de l’élève-enseignant » (d.a., pp. 250 et 249). Je suis d’accord avec madame le juge Rowles que [TRADUCTION] « le “message” qu’envoie le contrat des normes communautaires de l’UTW, non seulement aux gais et aux lesbiennes mais également à chacun des membres de la communauté de l’UTW, est discriminatoire d’une façon qui peut être jugée contraire à l’intérêt public » (par. 226).

Je reconnais que la tolérance est également une valeur fondamentale des normes communautaires, qui exhorte notamment les étudiants à témoigner du [TRADUCTION] « respect pour son prochain, sans égard à la race ou au sexe ». Cette déclaration et d’autres déclarations similaires, comme celles qu’on trouve dans le document légèrement différent destiné aux membres du corps professoral et du personnel, peuvent bien englober implicitement la tolérance envers les gens qui ont une orientation homosexuelle ou bisexuelle et donner lieu à des

system may also require something more than mere tolerance. As was stated in [Ross], *supra*, public school teachers and those who administer and regulate the public school system may have a positive duty to ensure nondiscrimination in our public schools” (para. 230). See *Ross, supra*, at para. 50: “it is not sufficient for a school board to take a passive role. A school board has a duty to maintain a positive school environment for all persons served by it and it must be ever vigilant of anything that might interfere with this duty.”

75

The BCCT’s decision answers a more complex question than that of whether TWU graduates would be intolerant and engage in overt discrimination in public schools. The BCCT’s accreditation ruling was based, in part, on consideration of whether the discriminatory practices of TWU have the potential to cause deleterious effects on the classroom environment because of graduates’ lack of preparedness. As stated in the BCCT’s Fall 1996 Report to Members, the BCCT was concerned about “the integrity and the values of the public school system and the institutions and programs which will prepare graduates to teach in the public system”. The Report added that

[t]he motion made by Council reflects the majority belief that Trinity Western University’s Community Standards contract discriminates on the basis of sexual orientation.

. . .

Labelling homosexual behaviour as sinful has the effect of excluding persons whose sexual orientation is gay or lesbian.

. . .

Councillors also expressed concern that the particular world view held by Trinity Western University with ref-

interactions exemptes de discrimination. Cependant, je partage le point de vue de madame le juge Rowles que [TRADUCTION] « l’intérêt public dans le système scolaire public peut également commander davantage que la simple tolérance. Comme on l’a affirmé dans l’arrêt [Ross], précité, les enseignants des écoles publiques et les personnes qui administrent et régissent le système scolaire public peuvent être formellement tenus de garantir l’absence de discrimination dans nos écoles publiques » (par. 230). Voir *Ross*, précité, par. 50 « il ne suffit pas pour le conseil scolaire d’assumer un rôle passif. Il a l’obligation de maintenir un milieu scolaire positif pour toutes les personnes qu’il sert et il doit toujours veiller à écarter tout ce qui pourrait nuire à cette obligation. »

La décision du BCCT répond à une question plus complexe que celle de savoir si les diplômés de l’UTW seraient intolérants et feraient manifestement preuve de discrimination dans les écoles publiques. Pour rendre sa décision relative à la demande d’agrément, le BCCT s’était notamment demandé si, en raison du manque de préparation des diplômés, les pratiques discriminatoires de l’UTW étaient susceptibles d’avoir des effets préjudiciables sur le climat des salles de classe. Comme en fait foi le rapport qu’il a présenté à ses membres à l’automne 1996, le BCCT était préoccupé par [TRADUCTION] « l’intégrité et les valeurs du système scolaire public et par les établissements et programmes qui prépareront les diplômés à enseigner dans le système public ». On y ajoutait ceci :

[TRADUCTION] La motion adoptée par le Conseil reflète la conviction de la majorité que le contrat des normes communautaires de l’université Trinity Western fait preuve de discrimination fondée sur l’orientation sexuelle.

. . .

Qualifier un comportement homosexuel de péché a pour effet d’exclure les personnes ayant une orientation homosexuelle.

. . .

Les membres du Conseil ont également exprimé la crainte que la vision particulière du monde que l’univer-

erence to homosexual behaviour may have a detrimental effect in the learning environment of public schools. A teacher's ability to support all children regardless of race, colour, religion or sexual orientation within a respectful and nonjudgmental relationship is considered by the [BCCT] to be essential to the practice of the profession.

Thus, the only institutional expression of discriminatory practices by TWU concerning homosexual behaviour, namely the Community Standards contract, was thought by the BCCT to have the potential to affect the classroom environment negatively.

All TWU graduates to this point have been asked to complete their fifth year Professional Development Program under the auspices of Simon Fraser University ("SFU"). There is, therefore, no track record to assess with respect to the way in which TWU graduates would behave without this fifth year. Aside from this methodological problem, I do not believe that incidents of overt discriminatory behaviour are the evidentiary basis on which to test the BCCT's decision. The BCCT's concern is about the classroom environment and it is patently reasonable for it to have concluded that there could be ulterior consequences for the classroom environment if TWU students were allowed to do all five years of their training within their university's program. It is within the realm of reasonableness for the BCCT to be apprehensive about whether TWU graduates may be less than fully prepared to teach in diverse public school classrooms.

My colleagues ask: "After finding that TWU students hold fundamental biases, based on their religious beliefs, how could the BCCT ever have believed that the last year's program being under the aegis of Simon Fraser University would ever correct the situation?" (para. 38). With respect, I cannot agree that the BCCT made any such finding of "fundamental biases, based on . . . religious beliefs". Nor were "[b]oth the program and the practices of TWU, the declarations required of students and faculty in particular . . . condemned because they reflected the beliefs of the signato-

sité Trinity Western a en ce qui concerne le comportement homosexuel ait un effet préjudiciable sur le milieu d'apprentissage des écoles publiques. Selon le [BCCT], il est essentiel à l'exercice de la profession que l'enseignant soit en mesure de soutenir tous les enfants indépendamment de leur race, de leur couleur, de leur religion ou de leur orientation sexuelle, et ce, avec respect et sans porter de jugement à leur égard.

Le BCCT estimait donc que la seule manifestation par l'UTW de pratiques discriminatoires concernant le comportement homosexuel, soit le contrat des normes communautaires, pourrait avoir un effet négatif sur le climat des salles de classe.

Jusqu'à maintenant, tous les diplômés de l'UTW ont été requis de compléter leur cinquième année du programme de développement professionnel sous l'égide de l'université Simon Fraser (« USF »). Il n'y a donc aucun antécédent permettant d'évaluer la manière dont se comporteraient les diplômés de l'UTW en l'absence de cette cinquième année. Abstraction faite de ce problème méthodologique, je ne crois pas que des épisodes de comportement manifestement discriminatoire constituent des éléments de preuve au regard desquels la décision du BCCT doit être testée. Le BCCT se préoccupe du climat des salles de classe et il est manifestement raisonnable qu'il ait conclu à des conséquences possibles sur ce climat si les étudiants étaient autorisés à compléter leurs cinq années de formation dans le cadre du programme offert par leur université. Il est raisonnable pour le BCCT de craindre que les diplômés de l'UTW ne soient pas tout à fait préparés à enseigner dans le milieu diversifié des salles de classe des écoles publiques.

Mes collègues posent la question suivante : « Après avoir conclu que les étudiants de l'UTW ont des préjugés fondamentaux en raison de leurs croyances religieuses, comment le BCCT aurait-il pu croire que placer la dernière année du programme sous l'égide de l'université Simon Fraser corrigerait la situation? » (par. 38). En toute déférence, je ne suis pas d'accord que le BCCT ait tiré une telle conclusion qu'il existait des « préjugés fondamentaux en raison de [...] croyances religieuses ». De même, « [l]e programme et les pratiques de l'UTW et, en particulier, les déclarations

76

77

ries” (para. 21). I reiterate that consideration of TWU students’ beliefs did not enter into the decision at issue (see paras. 63 and 72 of these reasons). The BCCT simply found discriminatory practices based on the signing of the Community Standards contract. I also object to the idea that the fifth year is somehow ineffective in “correct[ing] the situation”. That is a matter for educators, not judges, to determine. Beliefs do not have to be “corrected”, in Orwellian fashion, but it is reasonable to conclude that teachers must be equipped to deal with diverse classroom environments.

exigées des étudiants et des membres du corps professoral [n’]ont [pas] été condamnés parce qu’ils reflétaient les croyances des signataires » (par. 21). Je répète que les croyances des étudiants de l’UTW n’ont pas été prises en considération dans la décision en cause (voir par. 63 et 72 des présents motifs). Le BCCT a simplement conclu à l’existence de pratiques discriminatoires en raison de la signature du contrat des normes communautaires. Je ne souscris pas non plus à l’idée que la cinquième année ne permet pas, d’une manière ou d’un autre, de « corrige[r] la situation ». C’est une question qu’il appartient aux éducateurs, et non pas aux juges, de trancher. Les croyances n’ont pas à être « corrigées » à la façon orwellienne, mais il est raisonnable de conclure que les enseignants doivent être en mesure de faire face à différents climats de salle de classe.

78

Without taking a position on the efficacy of the fifth year requirement, I would for the record like to enumerate potential reasons that the BCCT could have for mandating it. This is not a matter of policy debate, but rather an exercise to show that the requirement itself is not irrational and does not render the BCCT’s decision patently unreasonable. Withdrawing the Simon Fraser University-supervised fifth year requirement would mean that SFU would no longer be the institution recommending students for certification, but rather TWU, an institution that mandates a discriminatory practice, would. TWU students would be exempted from engaging in reflection on why, as under the present program, they cannot complete their training at their own university before entering the public school system. The SFU year could be seen to be symbolically important as a catalyst for this introspection. More significantly, the BCCT could reasonably find that without the fifth year there would be an unacceptable pedagogical cost in terms of reduced exposure of TWU students to diversity and its values. At present, SFU students attend courses at TWU run under their own university’s aegis. The SFU year involves both SFU faculty and students coming to the TWU campus (and TWU students going to the SFU campus). It exposes TWU students to a diversity of people and values that they might not encounter at TWU. The

Sans me prononcer sur l’efficacité de l’exigence de la cinquième année, j’aimerais, pour les fins du dossier, énoncer les raisons qui pourraient inciter le BCCT à l’imposer. Il s’agit non pas d’un débat de fond, mais plutôt d’un exercice visant à montrer que l’exigence n’est pas irrationnelle en soi et qu’elle ne rend pas manifestement déraisonnable la décision du BCCT. La suppression de l’exigence d’une cinquième année supervisée par l’université Simon Fraser signifierait que ce serait désormais non plus cette dernière, mais plutôt l’UTW, un établissement qui prescrit une pratique discriminatoire, qui recommanderait la délivrance de brevets d’enseignement à des étudiants. Les étudiants de l’UTW n’auraient pas à réfléchir, comme c’est le cas dans le cadre du présent programme, sur les raisons pour lesquelles ils ne peuvent compléter leur formation à leur propre université avant de faire leur entrée dans le système scolaire public. L’année passée à l’USF pourrait être perçue comme ayant une importance symbolique à titre de catalyseur de cette introspection. Qui plus est, le BCCT pourrait raisonnablement conclure que la suppression de cette cinquième année engendrerait un coût pédagogique inacceptable en ce sens que les étudiants de l’UTW seraient moins exposés à la diversité et aux valeurs qui s’y rattachent. À l’heure actuelle, les étudiants de l’USF suivent à l’UTW des cours donnés sous l’égide de leur pro-

fifth year also ensures supervision by SFU associates for the teaching practicum.

In the fifth year, TWU students now spend seven weeks at TWU, six weeks at SFU, and 19 weeks practice teaching, all under the supervision of SFU personnel. The BCCT could rationally find that this promotes interaction between TWU students and the purportedly more diverse faculty, staff and student body of SFU. We should not question what appears to be the expert opinion of the BCCT: that this time is valuable for inculcating teachers with the skills needed to promote and enhance diverse classroom environments. Beliefs do not have to change, but it is not patently unreasonable to hope that awareness and attitudes will become broader. This is a vital concern, for “[t]eacher attitudes can provide the validation for a gay student’s self-acceptance or self-rejection”: J. H. Fontaine, “The Sound of Silence: Public School Response to the Needs of Gay and Lesbian Youth”, in M. B. Harris, ed., *School Experiences of Gay and Lesbian Youth: The Invisible Minority* (1997), 101, at p. 105.

Instead of immersing themselves in the scholastic context, those who urge us to dismiss this appeal give short shrift to the pressing need for teachers in public schools to be sensitive to the concerns of homosexual and bisexual students. It is reasonable to insist that graduates of accredited teacher training programs be equipped to provide a welcoming classroom environment, one that is as sensitive as possible to the needs of a diverse student body. The modern role of the teacher has developed into a multi-faceted one, including

pre université. Au cours de l’année passée à l’USF, tant les membres du corps professoral que les étudiants de l’USF se rendent sur le campus de l’UTW (les étudiants de l’UTW se rendant, quant à eux, sur le campus de l’USF). Les étudiants de l’UTW sont ainsi exposés à une diversité de personnes et de valeurs qu’ils ne connaîtraient peut-être pas à l’UTW. La cinquième année permet également à des professeurs agrégés de l’USF de superviser le stage pédagogique.

Pendant la cinquième année, les étudiants de l’UTW passent sept semaines à l’UTW, six semaines à l’USF et 19 semaines en stage pédagogique, tout cela sous la supervision du personnel de l’USF. Le BCCT pouvait rationnellement juger que cela encourage l’interaction entre les étudiants de l’UTW et le corps professoral, le personnel et la population étudiante apparemment plus diversifiés de l’USF. Nous ne devrions pas mettre en question ce qui paraît être l’opinion d’expert du BCCT, soit que cette période est précieuse pour inculquer aux enseignants les compétences requises pour promouvoir et favoriser différents climats dans les salles de classe. Les croyances n’ont pas à changer, mais il n’est pas manifestement déraisonnable d’espérer qu’une personne fasse montre d’une plus grande ouverture d’esprit ou modifie ses attitudes. Il s’agit d’une question vitale, car [TRADUCTION] « [I]es attitudes des enseignants peuvent décider de l’acceptation ou du rejet de soi par les étudiants homosexuels » : J. H. Fontaine, « The Sound of Silence: Public School Response to the Needs of Gay and Lesbian Youth », dans M. B. Harris, dir., *School Experiences of Gay and Lesbian Youth: The Invisible Minority* (1997), 101, p. 105.

Au lieu de se plonger dans le contexte scolaire, ceux qui nous pressent de rejeter le présent pourvoi ne tiennent aucun compte du besoin pressant pour les enseignants des écoles publiques d’être attentifs aux préoccupations des étudiants homosexuels et bisexuels. Il est raisonnable d’insister pour que les diplômés des programmes agrégés de formation des enseignants soient en mesure de faire en sorte qu’il règne, dans les salles de classe, un climat accueillant qui tienne compte le plus possible des besoins d’une population étudiante variée. Le rôle moderne

counselling as well as educative functions. The Court noted in *Ross, supra*, that “[t]eachers occupy positions of trust and confidence, and exert considerable influence over their students as a result of their positions” (para. 43).

de l’enseignant s’est diversifié et comporte autant un volet de conseiller qu’un volet d’éducateur. La Cour a souligné, dans l’arrêt *Ross*, précité, qu’« [e]n raison de la position de confiance qu’ils occupent, [les enseignants] exercent une influence considérable sur leurs élèves » (par. 43).

81

As the intervener EGALÉ pointed out, it is vital to remember in the context of the case at bar that “[b]ecause lesbian, gay, and bisexual youth are almost always ‘minorities’ in their own families, they do not enter the school environment with the same level of family support and understanding that other members of minority groups do. Thus schools are an important second line of support for students dealing with issues of sexuality, and can counter the effect of a hostile family environment” (factum, at para. 14). See also MacDougall, *supra*, at p. 44: “Many families make it clear that discovering that their child is gay or lesbian is the worst possible news they could have, and this can lead to exclusion from the family group”, and K. A. Lahey, *Are We “Persons” Yet? Law and Sexuality in Canada* (1999), at p. 197: “[Queer] [y]ouths who are ostracized from their families receive inadequate emotional and social support, and completely lose their families as ‘social safety nets.’ This leaves them to the streets, vulnerable to involvement in the sex trades, use of drugs, and unhealthy relationship patterns.”

Comme l’a fait remarquer l’intervenante EGALÉ, il est très important de se rappeler, dans le contexte du présent pourvoi, que [TRADUCTION] « [p]arce que les jeunes homosexuels ou bisexuels sont presque toujours en minorité dans leur propre famille, ils ne bénéficient pas, lorsqu’ils commencent l’école, du soutien et de la compréhension dont les membres d’autres groupes minoritaires jouissent de la part de leur famille. Les écoles constituent donc une importante source secondaire de soutien pour les étudiants qui sont aux prises avec des problèmes de sexualité, et elles peuvent neutraliser l’effet d’un milieu familial hostile » (mémoire, par. 14). Voir également MacDougall, *loc. cit.*, p. 44 : [TRADUCTION] « Nombreuses sont les familles qui affirment clairement que la découverte que leur enfant est homosexuel est la pire nouvelle qui puisse leur être annoncée, et que cela peut mener à l’exclusion du groupe familial »; K. A. Lahey, *Are We “Persons” Yet? Law and Sexuality in Canada* (1999), p. 197 : [TRADUCTION] « Les jeunes [homosexuels] qui sont exclus de leur famille bénéficient d’un soutien émotif et social insuffisant et perdent totalement le “filet de sécurité sociale” que représente leur famille. Cela les mène à la rue et peut les conduire au commerce du sexe ou à la consommation de drogues ou encore les jeter dans un engrenage de relations malsaines. »

82

Evidence shows that there is an acute need for improvement in the experiences of homosexual and bisexual students in Canadian classrooms. Health Canada, in a review of literature on *The Experiences of Young Gay Men in the Age of HIV* (1996), noted at p. 19 that:

La preuve montre qu’il existe un besoin pressant d’améliorer la situation des étudiants homosexuels et bisexuels dans les salles de classe au Canada. Dans son analyse bibliographique, intitulée *Les expériences des jeunes gais à l’ère du VIH* (1996), Santé Canada a fait remarquer ceci, aux p. 21-22 :

Implicit and explicit discrimination runs throughout the education system. Schools often fail in their responsibility to lesbian, bisexual and gay youth. Whether it is the invisibility of gay role models in the curricula or

La discrimination implicite et explicite règne dans tout le système scolaire. Les écoles assument rarement leurs responsabilités à l’égard des jeunes lesbiennes, des bisexuels et des gais. Que ce soit en raison du manque

derogatory epithets in school hallways, many gay youth see school as a frightening and hostile place.

A self-identified gay youth, or one uncertain of his sexual identity, is bombarded by obvious and subtle messages that homosexuality is not valued. The heterosexual bias in educational materials and the lack of information regarding homosexuality leaves many gay youth with little support for many of their special interests and needs.

This leads many youth to deny their gay identity and stay closeted at school. . . .

Most teachers and counsellors have a low comfort level with homosexuality and lack the skills necessary to help an adolescent who approaches with questions about homosexuality. A lack of expertise among school staff creates missed opportunities to help lesbian, bisexual and gay youth before a crisis develops.

See also I. T. Kroll and L. B. Warneke, "The Dynamics of Sexual Orientation & Adolescent Suicide" (1995), at p. 40: "Because of the added burdens of anomie, rejection, and violence, school drop-out among homosexually oriented youth remains a big problem."

In an April 3, 2000 article, the Chief Commissioner of the British Columbia Human Rights Commission, Mary-Woo Sims, wrote that "[g]ay, lesbian, bisexual and transgender students face isolation, harassment, intimidation and violence at school. . . . [They] need to know they have other students and teachers they can turn to for support and understanding": see "Gay/Straight Alliance Clubs — Understanding Our Differences". She discussed the results of a study, *Being Out: Lesbian, Gay, Bisexual & Transgender Youth in B.C.: an Adolescent Health Survey* (1999). Importantly, this British Columbia survey found that 39 percent of participants "told a teacher or school counsellor that they are gay or lesbian" (p. 6). Such a result demonstrates the imperative nature of assuring that homosexual and bisexual students do not perceive a barrier to approaching their teachers for counselling. The BCCT was not patently unreasonable in

de visibilité des modèles de comportement de gais dans le programme ou d'épithètes méprisantes dans les couloirs d'écoles, bien des jeunes gais voient l'école comme un endroit effrayant et hostile.

Un jeune gai qui a trouvé son identité, ou un autre qui n'en est pas certain, se voient bombarder de messages clairs ou subtils à l'effet que l'homosexualité n'est pas de mise. Les préjugés hétérosexuels dans les manuels scolaires et le manque d'information au sujet de l'homosexualité ne soutiennent guère les nombreux intérêts et besoins spéciaux des jeunes gais.

Cela conduit bien des jeunes à nier leur identité gaie et à rester dans l'anonymat à l'école. . . .

Bien des enseignants et des conseillers ne se sentent guère à l'aise avec l'homosexualité et n'ont pas les compétences nécessaires pour aider un adolescent ou une adolescente qui les aborde avec des questions sur l'homosexualité. Étant donné que le corps enseignant manque de savoir-faire à cet égard, il rate des occasions d'aider les jeunes lesbiennes, bisexuels et gais avant qu'une crise ne survienne.

Voir également I. T. Kroll et L. B. Warneke, « The Dynamics of Sexual Orientation & Adolescent Suicide » (1995), p. 40 : [TRADUCTION] « En raison des fardeaux additionnels de l'anomie, du rejet et de la violence, le décrochage chez les jeunes qui ont une orientation homosexuelle demeure un grave problème. »

Dans un article daté du 3 avril 2000, la présidente de la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique, Mary-Woo Sims, écrit que [TRADUCTION] « [Les étudiants homosexuels, bisexuels et transsexuels subissent l'isolement, le harcèlement, l'intimidation et la violence à l'école. [. . .] [Ils] ont besoin de savoir qu'il y a d'autres étudiants et enseignants vers lesquels ils peuvent se tourner pour obtenir du soutien et de la compréhension » : voir « Gay/Straight Alliance Clubs — Understanding Our Differences ». Elle a analysé les résultats d'une étude intitulée *Being Out: Lesbian, Gay, Bisexual & Transgender Youth in B.C.: an Adolescent Health Survey* (1999). Fait important, ce sondage effectué en Colombie-Britannique a permis de constater que 39 pour 100 des répondants [TRADUCTION] « ont révélé à un enseignant ou à un conseiller scolaire qu'ils étaient gais ou lesbiennes » (p. 6). Un tel résultat

concluding that, without spending a year under the auspices of SFU, TWU graduates, due to their signature of the Community Standards pledge, could have a negative impact on the supportive environment required in classrooms. It is not patently unreasonable for the BCCT to believe that a component of the noble effort to eradicate public school homophobia, whether perceived or actual, is to require TWU students to take a fifth year of training outside the supervision of that institution.

démontre qu'il est impératif de s'assurer que les étudiants homosexuels et bisexuels se sentent libres de demander des conseils à leurs enseignants. Il n'était pas manifestement déraisonnable que le BCCT conclue que, s'ils ne passaient pas une année sous l'égide de l'USF, les diplômés de l'UTW pourraient avoir une incidence négative sur le climat favorable requis dans les salles de classe en raison de leur engagement à respecter les normes communautaires. Il n'est pas manifestement déraisonnable que le BCCT croie que la tentative louable d'éliminer l'homophobie, réelle ou perçue, dans les écoles publiques consiste notamment à exiger que les étudiants de l'UTW complètent une cinquième année de formation sous la supervision d'un autre établissement.

84 The B.C. report also showed that 37 percent of the gay and lesbian youth questioned feel like outsiders at school. None of the youth gave high ratings to the quality of his or her family relationships. Almost 40 percent have dramatically low self-esteem. Two-thirds often hear homophobic remarks made by other students at school. Nearly one in five had been physically assaulted at school in the past year.

Le rapport de la Colombie-Britannique révèle aussi que 37 pour 100 des jeunes gais et lesbiennes interrogés se sentent exclus à l'école. Aucun des jeunes n'a attribué une note élevée à la qualité de ses relations familiales. Presque 40 pour 100 de ceux-ci avaient une estime de soi particulièrement faible. Les deux tiers ont déclaré avoir souvent entendu d'autres étudiants faire des commentaires homophobes à l'école. Au cours de la dernière année, presque un étudiant sur cinq a été victime de violence physique à l'école.

85 The study found that 46 percent of the gay and lesbian youth had attempted suicide at least once. Their average age at the first suicide attempt was 13 years. See also *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 174, *per* Cory J.: "a study by the Quebec Human Rights Commission has indicated that the isolation, harassment and violence imposed by the public and the rejection by their families has caused young homosexuals to have a higher rate of attempted and successful suicide than heterosexual youths" and Kroll and Warneke, *supra*: "Canada has one of the highest youth suicide rates in the world. . . . Of all teens who commit suicide, about one third appear to be homosexual in orientation. Many such youth become depressed in the ongoing struggle with social fear and rejection. . . . Cognitive, emotional and social isolation, ongoing external and internalized homophobia and lack of support may lead

Cette étude a permis de constater que 46 pour 100 des jeunes gais et lesbiennes avaient fait au moins une tentative de suicide. L'âge moyen des jeunes qui avaient fait une première tentative de suicide était de 13 ans. Voir aussi l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 174, le juge Cory : « une étude menée par la Commission des droits de la personne du Québec a indiqué que l'isolement, le harcèlement et la violence imposés par le public et le rejet par la famille se sont traduits chez les jeunes homosexuels par un taux de suicide et de tentatives de suicide supérieur à celui des adolescents hétérosexuels », et Kroll et Warneke, *loc. cit.* : [TRADUCTION] « Le Canada compte l'un des taux de suicide chez les jeunes les plus élevés au monde. [. . .] Le tiers des adolescents qui se suicident semblent avoir une orientation sexuelle. Le fait d'être continuellement aux prises avec la crainte et le rejet de la société décourage un

homosexually oriented adolescents to perceive suicide as their only means of escape. . . . 'Closeted' adolescents who are aware of their same-sex attraction but who have not yet established a positive homosexual identity, are at particular risk for suicide" (see introduction and pp. 1 and 4).

With these statistics and observations in the foreground, the assertion that "[h]omophobia . . . is one lesson students (both gay and straight) learn in the informal curriculum" is eminently plausible: see S. L. Nichols, "Gay, Lesbian, and Bisexual Youth: Understanding Diversity and Promoting Tolerance in Schools" (1999), 99 *Elementary School Journal* 505, at p. 514. See also MacDougall, *supra*, at p. 41: "The most important factor in the perpetuation of homophobia and the marginalization of homosexuals, including self-hatred in homosexuals, is the intense indoctrination in heterosexism that children experience. A great deal of this indoctrination occurs in educational institutions". In this context, the BCCT's decision to refuse to accredit TWU unconditionally is a reasonable proactive measure designed to prevent any potential problems of student, parent, colleague, or staff perception of teachers who have not completed a year of training under the supervision of SFU, but have signed the Community Standards contract. As the intervenor the Ontario Secondary School Teachers' Federation stated in oral argument:

To suggest that we must await harm is to suggest that we will experiment upon children when, in fact, within our power is the power to expose the students at TWU before they enter into the public school system to that range of values that they are expected to extricate and

bon nombre de ces jeunes. [. . .] L'isolement cognitif, émotif et social, l'homophobie constante manifestée et intériorisée, de même que l'absence de soutien peuvent amener les adolescents qui ont une orientation homosexuelle à percevoir le suicide comme leur seule porte de sortie. [. . .] Les adolescents qui restent dans l'anonymat et qui sont conscients de l'attrance qu'ils ressentent pour les personnes du même sexe, mais qui n'ont pas encore affirmé leur identité homosexuelle, risquent davantage de se suicider » (voir introduction et p. 1 et 4).

Compte tenu de ces statistiques et de ces observations, l'affirmation que [TRADUCTION] « [l']homophobie [. . .] est une leçon que les étudiants (tant homosexuels qu'hétérosexuels) apprennent dans le cadre du programme d'études informel » est fort plausible : voir S. L. Nichols, « Gay, Lesbian, and Bisexual Youth: Understanding Diversity and Promoting Tolerance in Schools » (1999), 99 *Elementary School Journal* 505, p. 514. Voir également MacDougall, *loc. cit.*, p. 41 : [TRADUCTION] « Le facteur le plus important qui contribue à perpétuer l'homophobie et la marginalisation des homosexuels, y compris la haine de soi que ressentent les homosexuels, est l'endoctrinement hétérosexiste intense que les enfants subissent. Cet endoctrinement se fait en grande partie dans les établissements d'enseignement. » Dans ce contexte, la décision du BCCT de refuser d'agréer l'UTW de façon inconditionnelle se veut une mesure proactive raisonnable destinée à prévenir tout problème de perception que pourraient avoir les étudiants, les parents, les collègues ou les membres du personnel à l'égard des enseignants qui n'ont pas complété une année de formation sous la supervision de l'USF, mais qui ont signé le contrat des normes communautaires. Comme l'intervenante la Fédération des enseignantes-enseignants des écoles secondaires de l'Ontario l'a noté dans sa plaidoirie :

[TRADUCTION] Affirmer qu'il faut attendre que le mal soit fait revient à affirmer que les enfants serviront de cobayes, alors que nous avons en fait le pouvoir de familiariser les étudiants de l'UTW, avant leur entrée dans le système scolaire public, avec la gamme des

live by while working within that public education system.

87

I agree with Madam Justice Rowles that “it is open to the Council to concern itself with whether graduates from an applicant program will be perceived as upholding discriminat[ion]-free values in the public classroom” (para. 197 (emphasis added)). See also *Ross, supra*, at para. 44:

By their conduct, teachers as “medium” must be perceived to uphold the values, beliefs and knowledge sought to be transmitted by the school system. The conduct of a teacher is evaluated on the basis of his or her position, rather than whether the conduct occurs within the classroom or beyond. Teachers are seen by the community to be the medium for the educational message and because of the community position they occupy, they are not able to “choose which hat they will wear on what occasion” (see *Re Cromer and British Columbia Teachers’ Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.), at p. 660); teachers do not necessarily check their teaching hats at the school yard gate and may be perceived to be wearing their teaching hats even off duty. [Allison] Reyes affirms this point in her article, [“Freedom of Expression and Public School Teachers” (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35], at p. 37:

The integrity of the education system also depends to a great extent upon the perceived integrity of teachers. It is to this extent that expression outside the classroom becomes relevant. While the activities of teachers outside the classroom do not seem to impact *directly* on their ability to teach, they may conflict with the values which the education system perpetuates. [Emphasis added by Reyes.]

88

It is not patently unreasonable for the BCCT to have denied accreditation when the audience perceiving public school teachers includes homosexual and bisexual students, parents, colleagues, and staff, students with homosexual and bisexual relatives and friends, and also adolescents exploring their sexual identities. As this Court stated in *Ross*, at para. 82, “[t]he importance of ensuring an equal and discrimination free educational environment,

valeurs qu’ils sont censés répandre et respecter pendant qu’ils travaillent dans le système d’enseignement public.

Je suis d’accord avec madame le juge Rowles [TRADUCTION] « [qu’]il est loisible au Conseil de se préoccuper de savoir si les diplômés du programme visé par la demande d’agrément seront perçus comme défendant des valeurs non discriminatoires dans les salles de classe des écoles publiques » (par. 197 (je souligne)). Voir également l’arrêt *Ross*, précité, par. 44 :

Le comportement de l’intermédiaire qu’est l’enseignant doit traduire son adhésion à ces valeurs, croyances et connaissances que le système scolaire cherche à communiquer. Son comportement est évalué en fonction de la position même qu’il occupe, et non en fonction de la question de savoir si le comportement en cause a été adopté en classe ou ailleurs. L’enseignant est perçu dans la collectivité comme l’intermédiaire par lequel passe le message éducatif, et en raison de la position qu’il y occupe, il n’est pas en mesure de [TRADUCTION] « choisir le chapeau qu’il portera et dans quelle occasion » (voir *Re Cromer and British Columbia Teachers’ Federation* (1986), 29 D.L.R. (4th) 641 (C.A.C.-B.), à la p. 660); ce chapeau d’enseignant, il ne l’enlève donc pas nécessairement à la sortie de l’école et, pour certains, il continue à le porter même après les heures de travail. C’est ce que [Allison] Reyes affirme, [«Freedom of Expression and Public School Teachers» (1995), 4 *Dal. J. Leg. Stud.* 35], à la p. 37:

[TRADUCTION] L’intégrité du système d’éducation dépend aussi en grande mesure de la perception de l’intégrité des enseignants. C’est dans cette mesure que l’expression à l’extérieur de la classe devient pertinente. Bien que les activités des enseignants à l’extérieur de la classe ne semblent pas influencer *directement* sur leur capacité d’enseigner, elles peuvent entrer en conflit avec les valeurs perpétuées par le système d’éducation. [Les italiques sont de M^{me} Reyes.]

Il n’est pas manifestement déraisonnable que le BCCT ait rejeté la demande d’agrément dans les cas où la collectivité qui perçoit les enseignants des écoles publiques comprend des étudiants, parents, collègues et membres du personnel qui sont homosexuels ou bisexuels, des étudiants qui ont des proches et des amis homosexuels et bisexuels, ainsi que des adolescents à la recherche de leur propre identité sexuelle. Comme notre

and the perception of fairness and tolerance in the classroom are paramount in the education of young children. This helps foster self-respect and acceptance by others” (emphasis added). At para. 43 of that case, La Forest J. also found that:

Teachers are inextricably linked to the integrity of the school system. . . . The conduct of a teacher bears directly upon the community’s perception of the ability of the teacher to fulfil such a position of trust and influence, and upon the community’s confidence in the public school system as a whole. [Emphasis added.]

The conduct at issue in this case is simply the signing of the Community Standards contract by TWU students and its potential impact on the learning environment in public schools.

Considering the importance of perceptions for the healthy functioning of the classroom, I find my colleagues’ emphasis on the need for positive proof of discriminatory conduct sadly ironic. *Ross* took a broader view than this of the school environment (at para. 100): “In order to ensure a discrimination-free educational environment, the school environment must be one where all are treated equally and all are encouraged to fully participate” (emphasis added). Moreover, the principal metaphor for the homosexual and bisexual experience of discrimination has been that of the closet, an isolated refuge of invisibility often enveloped in fear. Indeed, the history of struggles against sexual orientation discrimination has been described as a battle against “the apartheid of the closet”, W. N. Eskridge Jr., *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* (1999). See generally *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 64, *per* Cory J.: “In *Egan* . . . a majority of this Court explicitly recognized that gays, lesbians and bisexuals, ‘whether as individuals or couples, form an identifiable minority who have suffered and continue to suffer serious social, political and economic disad-

Cour l’a précisé dans l’arrêt *Ross*, par. 82, « [l]a création d’un milieu d’enseignement non discriminatoire où règne l’égalité et l’instauration d’un climat d’équité et de tolérance dans la classe revêtent une importance prépondérante dans l’éducation des jeunes enfants. Cela aide à promouvoir le respect de soi et l’acceptation par autrui » (je souligne). Au paragraphe 43 de cet arrêt, le juge La Forest conclut également :

Les enseignants sont inextricablement liés à l’intégrité du système scolaire. [. . .] Le comportement d’un enseignant influe directement sur la perception qu’a la collectivité de sa capacité d’occuper une telle position de confiance et d’influence, ainsi que sur la confiance des citoyens dans le système scolaire public en général. [Je souligne.]

Le comportement visé en l’espèce est simplement la signature, par les étudiants de l’UTW, du contrat des normes communautaires et son incidence potentielle sur le milieu d’apprentissage des écoles publiques.

Compte tenu de l’importance prépondérante des perceptions dans une salle de classe, je juge tristement ironique l’accent que mes collègues mettent sur la nécessité d’une preuve incontestable de l’existence d’un comportement discriminatoire. L’arrêt *Ross* prône une conception plus large du milieu scolaire (au par. 100) : « Pour éviter la discrimination, le milieu scolaire doit être un milieu où tous sont traités sur un pied d’égalité et encouragés à participer pleinement » (je souligne). De plus, la principale métaphore pour décrire la discrimination dont sont victimes les homosexuels et les bisexuels est celle du placard (« *closet* »), c’est-à-dire l’anonymat, souvent marqué par la peur, dans lequel ils se réfugient afin de passer inaperçus. En fait, les luttes livrées dans le passé contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle ont été qualifiées de combat contre [TRADUCTION] « l’apartheid du placard » : W. N. Eskridge Jr., *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* (1999). Voir, de manière générale, l’arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 64, le juge Cory : « Dans l’arrêt *Egan* [. . .] notre Cour, à la majorité, a explicitement reconnu que les gais, les lesbiennes et les bisexuels, “à titre individuel ou comme couples, forment une minorité identifiable, victime encore

vantage' (para. 175, *per* Cory J.; see also para. 89, *per* L'Heureux-Dubé J.)."

aujourd'hui de désavantages sociaux, politiques et économiques graves" (par. 175, le juge Cory; voir également, par. 89, le juge L'Heureux-Dubé). »

90

As one commentator has written, "[g]ay and lesbian students at all ages and stages of schooling share an identity that has been bumped, bruised, or completely ignored. That this personal identity crosses all ethnic, cultural, economic, geographic, and gender boundaries makes gay and lesbian students universally present, yet easily invisible": C. Mathison, "The Invisible Minority: Preparing Teachers to Meet the Needs of Gay and Lesbian Youth" (1998), 49 *Journal of Teacher Education* 151, at p. 154. I believe that the students' perspective must be the paramount concern and that, even if there are no overt acts of discrimination by TWU graduates, this vantage point provides ample justification for the BCCT's decision.

Comme l'a écrit un commentateur, [TRADUCTION] « [I]es étudiants homosexuels de tous âges et de tous niveaux de scolarité ont ceci en commun que leur identité a été vilipendée, dénigrée ou complètement ignorée. Le fait que cette identité personnelle transcende toutes les frontières ethniques, culturelles, économiques et géographiques ou l'appartenance à un sexe rend les étudiants homosexuels universellement présents, quoique facilement invisibles » : C. Mathison, « The Invisible Minority: Preparing Teachers to Meet the Needs of Gay and Lesbian Youth » (1998), 49 *Journal of Teacher Education* 151, p. 154. Je crois que c'est le point de vue des étudiants qui importe avant tout et que, même si les diplômés de l'UTW n'accomplissent ouvertement aucun acte discriminatoire, ce point de vue justifie amplement la décision du BCCT.

91

Without the existence of supportive classroom environments, homosexual and bisexual students will be forced to remain invisible and reluctant to approach their teachers. They will be victims of identity erasure, forced to endure what Professor Kathleen Lahey has called "a 'spiral of silence' in which lesbians and gays modify their behaviour to avoid the impact of prejudice": see *Brillinger v. Brockie* (2000), 37 C.H.R.R. D/15, at para. 34. The BCCT's decision that TWU graduates are more likely to foster a welcoming classroom environment after participating in SFU's program for one year is not patently unreasonable. Most of the relevant evidence in this case is the reality of hostile school environments faced by homosexual and bisexual students. The courts, by trespassing into the field of pedagogy, deal a setback to the efforts of the BCCT to ensure the sensitivity and empathy of its members to all students' backgrounds and characteristics.

En l'absence d'un climat favorable dans les salles de classes, les étudiants homosexuels et bisexuels seront forcés de rester dans l'ombre et hésiteront à se confier à leurs enseignants. Ils seront victimes d'un effacement identitaire et forcés d'endurer ce que le professeur Kathleen Lahey a qualifié de [TRADUCTION] « "spirale du silence" dans laquelle les lesbiennes et les gais modifient leur comportement afin d'éviter les effets des préjugés » : voir *Brillinger c. Brockie* (2000), 37 C.H.R.R. D/15, par. 34. La décision du BCCT, selon laquelle les diplômés de l'UTW seront plus susceptibles de faire régner un climat accueillant dans les salles de classe après avoir participé au programme de l'USF pendant un an, n'est pas manifestement déraisonnable. La plupart des éléments de preuve pertinents en l'espèce ont trait à la réalité de milieux scolaires hostiles à laquelle font face les étudiants homosexuels et bisexuels. En empiétant sur le domaine de la pédagogie, les tribunaux infligent un revers aux tentatives du BCCT d'assurer la réceptivité et l'empathie de ses membres à l'égard des antécédents et des caractéristiques de tous les étudiants.

IV. *Charter* Claims

Having concluded my analysis of administrative law, which found that the BCCT's decision was not patently unreasonable, I turn now to the *Charter* claims advanced by the respondents. They presented arguments concerning alleged s. 2(b), (d), (a), and 15 violations.

I agree with Madam Justice Rowles, the only member of the Court of Appeal who considered *Charter* claims, that: "Signing TWU's Community Standards Contract may well be an expressive activity protected by s. 2(b), but it does not follow that the consequences of the exercise of that expression are immune from consideration by the certifying body" (para. 270). *Ross* stated that courts assessing alleged s. 2(b) violations must determine "whether the purpose or effect of the impugned government action is to restrict the individual's freedom of expression" (para. 64). The purpose in this case, by way of contrast to *Ross*, is not to restrict expression. Rather, the purpose of the BCCT's decision is to ensure the existence of supportive classroom environments. The effect of the decision is to restrict Ms. Lindquist's expression, however, since TWU students who sign the Community Standards contract lose the opportunity to be certified automatically as public school teachers. Having found an individual rights violation, I will assume without deciding that TWU's expression is also fettered. I find these violations to be saved under s. 1.

My colleagues write that "this is a case where any potential conflict should be resolved through the proper delineation of the rights and values involved. In essence, properly defining the scope of the rights avoids a conflict in this case" (para. 29). I believe that a s. 1 analysis is more appropriate considering the facts before us; the Court in *Ross*, *supra*, encouraged and itself undertook the s. 1 inquiry in similar circumstances (see para. 66

IV. Arguments fondés sur la *Charte*

Ayant conclu au terme de mon analyse du droit administratif que la décision du BCCT n'était pas manifestement déraisonnable, je vais maintenant aborder les arguments fondés sur la *Charte* que les intimées ont avancés. Leur argumentation concerne des allégations de violation des al. 2b), d) et a), ainsi que de l'art. 15.

Je partage l'avis de madame le juge Rowles, la seule à avoir examiné les arguments fondés sur la *Charte* en Cour d'appel, que [TRADUCTION] « [l]a signature du contrat des normes communautaires de l'UTW peut bien être une activité expressive protégée par l'al. 2b), mais il ne s'ensuit pas que les conséquences de cette activité échappent à tout examen par l'organisme responsable de la délivrance des brevets d'enseignement » (par. 270). L'arrêt *Ross* précise que les tribunaux saisis d'allégations de violation de l'al. 2b) doivent déterminer « si l'action gouvernementale attaquée a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression d'un particulier » (par. 64). Contrairement à la situation dans l'arrêt *Ross*, le but visé ici n'est pas de restreindre la liberté d'expression. La décision du BCCT vise plutôt le maintien d'un climat favorable dans les salles de classe. Il en résulte cependant une restriction de la liberté d'expression de M^{me} Lindquist en ce sens que les étudiants de l'UTW qui signent le contrat des normes communautaires perdent la chance d'obtenir automatiquement un brevet d'enseignement les autorisant à enseigner dans des écoles publiques. Ayant conclu à l'existence d'une violation des droits individuels, je vais présumer, sans toutefois le décider, qu'il y a également entrave à la liberté d'expression de l'UTW. À mon avis, ces violations sont justifiées au regard de l'article premier.

Mes collègues écrivent que « nous sommes en présence d'une situation dans laquelle il y a lieu de régler tout conflit éventuel en délimitant correctement les droits et valeurs en cause. Essentiellement, une bonne délimitation de la portée des droits permet d'éviter un conflit en l'espèce » (par. 29). J'estime que, compte tenu des faits dont nous sommes saisis, il est plus approprié de procéder à une analyse fondée sur l'article premier; dans

92

93

94

of these reasons). See also *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 153, *per* L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: "Where courts are asked to consider whether a violation is justified under s. 1, they must be sensitive to the competing rights and values that exist in our democracy."; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, *supra*, at para. 118, *per* La Forest J.: "I am happy to see that my colleagues concede that the balancing of the competing rights could be integrated in a s. 1 analysis, since apart from specific provisions such as 'fundamental justice', that is the only balancing mechanism provided under the *Charter*. The *Charter* makes no provision for directly balancing constitutional rights against one another. It is aimed rather at governmental and legislative intrusion against the protected rights; see s. 32 of the *Charter*." Section 1's contextual approach protects all the interests involved and ensures careful consideration of all the implications of the impugned state action: see Madam Justice Wilson's opinion in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56 ("The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1."). My following analysis of the s. 2(b) violation stays true to this imperative and meaningful attention to context.

l'arrêt *Ross*, précité, la Cour a, dans des circonstances similaires, encouragé et effectué elle-même l'analyse fondée sur l'article premier (voir par. 66 des présents motifs). Voir également l'arrêt *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 153, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache : « Lorsqu'ils sont appelés à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, les tribunaux doivent tenir compte des droits et des valeurs opposés qui existent dans notre démocratie »; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, par. 118, le juge La Forest : « Je suis heureux de constater que mes collègues conviennent que l'évaluation des droits opposés pourrait être intégrée dans une analyse fondée sur l'article premier puisque, à l'exception de dispositions spécifiques comme la "justice fondamentale", cette analyse représente le seul instrument d'évaluation prévu sous le régime de la *Charte*. Cette dernière ne prévoit aucune évaluation directe de droits constitutionnels l'un par rapport à l'autre. Elle vise plutôt l'ingérence gouvernementale et législative dans les droits garantis; voir l'art. 32 de la *Charte*. » L'approche contextuelle de l'article premier assure une protection à tous les intérêts en cause et permet d'examiner soigneusement toutes les répercussions de la mesure étatique contestée voir l'opinion de madame le juge Wilson, dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1355-1356 (« La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier. »). L'analyse suivante de la violation de l'al. 2b) accorde au contexte cette attention impérative et utile.

This case presents a context that calls for deference to the impugned decision based on the public educational setting and the vulnerability of the group that is being protected: see *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998]

Le contexte, en l'espèce, commande de faire preuve de retenue à l'égard de la décision contestée en raison du milieu d'enseignement public et de la vulnérabilité du groupe qu'on cherche à protéger : voir *Thomson Newspapers Co. c. Canada*

1 S.C.R. 877, at para. 87, “context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right”. As the Court stated in *Ross, supra*, at para. 82: “There can be no doubt that the attempt to foster equality, respect and tolerance in the Canadian educational system is a laudable goal. But the additional driving factor in this case is the nature of the educational services in question: we are dealing here with the education of young children.” See also *Sharpe, supra*, at para. 169, *per* L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: “Because of their physical, mental, and emotional immaturity, children are one of the most vulnerable groups in society”; and *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, at para. 73: “children are vulnerable and depend on their parents or other caregivers for the necessities of life, as well as for their physical, emotional and intellectual development and well-being. Thus, protecting children from harm has become a universally accepted goal: see the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, now ratified by 191 states, including Canada.”

My review in the administrative law section of the objective behind the BCCT’s decision, namely to protect the classroom environment in public schools by ensuring that teachers meet the BCCT’s requisite standards, shows that it is pressing and substantial, as required by *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. I find that the BCCT’s decision also satisfies the proportionality test of *Oakes*. The burden placed on expression is rationally connected to the BCCT’s goal of ensuring a welcoming and supportive atmosphere in classrooms. The expression at issue, namely the signing of the Community Standards contract, is itself the source of the BCCT’s concern about the educational implications of teachers completing TWU’s training without the SFU year. Therefore a burden on this

(*Procureur général*), [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87 : « le contexte est l’indispensable support qui permet de bien qualifier l’objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d’apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l’objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte* ». Comme notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Ross*, précité, par. 82 : « Il ne fait aucun doute que tenter de promouvoir l’égalité, le respect et la tolérance dans le système d’enseignement canadien est un objectif louable. Toutefois, l’autre facteur déterminant en l’espèce est la nature des services éducatifs en question: il s’agit ici de l’éducation de jeunes enfants. » Voir également *Sharpe*, précité, par. 169, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache : « En raison de leur immaturité physique, mentale et émotive, les enfants forment un des groupes les plus vulnérables de la société »; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 73 : « les enfants sont vulnérables et [. . .] dépendent de leurs parents ou d’autres personnes responsables des soins pour les nécessités de la vie de même que pour leur développement et leur bien-être physique, affectif et intellectuel. La protection des enfants est en conséquence devenue un objectif universellement reconnu: voir la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, maintenant ratifiée par 191 États, dont le Canada. »

Dans la section portant sur le droit administratif, mon examen de l’objectif sous-jacent de la décision du BCCT, qui est de protéger le climat des salles de classe dans les écoles publiques en garantissant que les enseignants satisfont aux normes requises du BCCT, montre qu’il s’agit là d’un objectif urgent et réel, comme l’exige l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Je suis d’avis que la décision du BCCT satisfait également au critère de proportionnalité énoncé dans l’arrêt *Oakes*. La restriction de la liberté d’expression comporte un lien rationnel avec l’objectif du BCCT de maintenir un climat favorable et accueillant dans les salles de classe. L’activité expressive en cause, soit la signature du contrat des normes communautaires, est elle-même à l’origine de la préoccupation du

expression is a rational response to the BCCT's mandate to protect the public interest. As indicated in my administrative law analysis, the BCCT had a reasonable apprehension of harm to the classroom environment; there is no need for scientific proof of cause and effect between the objective and the means: see *Ross*, *supra*, at para. 101.

BCCT concernant les répercussions qu'aurait sur l'enseignement la suppression de l'année à l'USF du programme de formation des enseignants de l'UTW. La restriction de cette activité expressive a donc un lien rationnel avec le mandat du BCCT de protéger l'intérêt public. Comme je l'ai indiqué dans mon analyse du droit administratif, le BCCT craignait raisonnablement une détérioration du climat des salles de classe; il n'est pas nécessaire de faire une preuve scientifique de cause à effet entre l'objectif visé et le moyen choisi pour l'atteindre : voir l'arrêt *Ross*, précité, par. 101.

97

Further, I agree with Madam Justice Rowles that "[i]t would be inappropriate for this Court to suggest or endorse a particular set of conditions to meet the Council's compelling objective in the public school system" (para. 291). As Madam Justice McLachlin (now Chief Justice) wrote for the majority in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160, "[i]f the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement". See also *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, at para. 220, *per* McLachlin J.:

De plus, je partage l'opinion de madame le juge Rowles [TRADUCTION] « [qu'il] serait inapproprié pour notre Cour de proposer ou d'adopter un ensemble précis de conditions à remplir pour satisfaire à l'objectif impérieux que le Conseil poursuit dans le système scolaire public » (par. 291). Comme madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) l'a écrit, au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160, « [s]i la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation ». Voir aussi l'arrêt *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, par. 220, le juge McLachlin :

Where social issues are at stake, courts approach the legislature's decision as to what infringement is required to achieve the desired end with considerable deference. It is not difficult to conjure up hypothetical solutions which might infringe the right in question less than the solution chosen by the legislature. This alone is insufficient to allow the courts to declare that the legislature's solution violates the *Charter*. As long as the measure falls within a range of acceptable solutions to the problem, it will pass the minimal impairment test: *Edwards Books*, *supra*, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

Lorsque des questions sociales sont en jeu, les tribunaux abordent avec énormément de retenue la décision du législateur pour ce qui est de déterminer l'atteinte requise pour réaliser la fin souhaitée. Il n'est pas difficile d'évoquer des solutions hypothétiques qui pourraient porter moins atteinte au droit en question que la solution retenue par le législateur. Cela n'est pas suffisant en soi pour permettre aux tribunaux de déclarer que la solution du législateur viole la *Charte*. Pourvu que la mesure se situe à l'intérieur d'une gamme de solutions acceptables au problème, elle satisfait au critère de l'atteinte minimale: *Edwards Books*, précité, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

By falling within the acceptable range of solutions, the BCCT's decision satisfies the minimal impair-

Du fait qu'elle se situe dans la gamme de solutions acceptables, la décision du BCCT satisfait au volet

ment prong of the *Oakes* test. Finally, the extent of the deleterious effects on TWU and its students like Ms. Lindquist is more than offset by the salutary gains that will plausibly accrue in classrooms. I find, therefore, that the violation of s. 2(b) caused by the BCCT's decision is justified under s. 1.

Because in these reasons I find no unjustified individual rights violation, Ms. Lindquist's s. 2(d) claim also fails since TWU students are not unconstitutionally restrained from exercising their individual rights collectively: see *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367, at p. 403, *per* Sopinka J. My comments in that case are also apposite here, but only with respect to the Community Standards contract: "Though the pursuit of them may be lawful, the objects of some associations may be either sexist or racist or in some other fashion contemptible. To my mind it is difficult to suggest that the freedom envisaged by s. 2(d) was ever meant to embrace these objects" (p. 393).

In addition, the respondents claim violations of their freedom of religion. TWU's claim must confront the obstacle that this Court has not yet decided whether a religiously based corporation may initiate a s. 2(a) claim or whether in challenging the BCCT's decision TWU qualifies for standing as of right: see *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157. I will assume without deciding that TWU can advance a s. 2(a) claim. I find it without merit, however. I agree with Madam Justice Wilson's analogous analysis of religious school certification in *Jones*, *supra*, at p. 312. Here, as there, the impugned state action "does not offend religious freedom; it accommodates it. It . . . permits the existence of schools such as the [respondent TWU's] which have a religious orientation. It is a flexible piece of

de l'atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes*. Enfin, l'ampleur des effets préjudiciables sur l'UTW et ses étudiants comme M^{me} Lindquist est plus que compensée par les gains salutaires qui en résulteront vraisemblablement dans les salles de classe. Je suis donc d'avis que la violation de l'al. 2b) entraînée par la décision du BCCT est justifiée au regard de l'article premier.

Vu que je conclus, dans les présents motifs, à l'absence de violation injustifiée de droits individuels, l'argument de M^{me} Lindquist fondé sur l'al. 2d) échoue également puisque les étudiants de l'UTW ne sont pas inconstitutionnellement empêchés d'exercer collectivement leurs droits individuels : voir *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, p. 403, le juge Sopinka. Les commentaires que j'ai faits dans cet arrêt sont tout aussi pertinents en l'espèce, mais uniquement en ce qui concerne le contrat des normes communautaires : « Bien que leur poursuite puisse être légitime, les objectifs de certaines associations peuvent être soit sexistes soit racistes ou encore de quelque autre manière méprisables. Je considère qu'il est difficile d'affirmer que la liberté visée à l'al. 2d) a été conçue pour englober ces objectifs » (p. 393).

En outre, les intimées soutiennent qu'il a été porté atteinte à leur liberté de religion. L'argument de l'UTW se heurte au fait que notre Cour n'a pas encore décidé si une entité morale confessionnelle peut invoquer l'al. 2a) ou si, en contestant la décision du BCCT, l'UTW a qualité pour agir de plein droit : voir l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157. Je vais présumer, sans toutefois le décider, que l'UTW peut invoquer l'al. 2a). J'estime cependant que cet argument n'est pas fondé. Je souscris à l'analyse analogue que madame le juge Wilson fait de la délivrance d'un certificat par une école confessionnelle dans l'arrêt *Jones*, précité, p. 312. Comme c'était le cas dans cette affaire, la mesure étatique contestée en l'espèce « ne porte pas atteinte à la liberté religieuse; elle compose avec elle. Elle [. . .] autorise des écoles, comme celle de [l'intimée l'UTW], qui ont une orientation reli-

98

99

legislation which seeks to ensure one thing—that all children receive an adequate education.”

100 With respect to Ms. Lindquist’s individual s. 2(a) claim, I adhere to the analysis of s. 2(a) expressed in my dissenting reasons in *Adler*, *supra*, at para. 72:

While s. 2(a) of the *Charter* is primarily concerned with the necessary limits to be placed on the state in its potentially coercive interference with the original, objectively perceived religious “choice” that individuals make, s. 15 ensures that consequences in behaviour and belief, which flow from this initial choice and are not perceived by the rights claimant as optional, not be impacted upon by state action in such a way as to attack the inherent dignity and consideration which are due all human persons. The protections afforded in s. 15 may thus be of greater scope than those in s. 2(a), as our concern moves from the coercive aspect of the state action to its impact on the individuals’ and groups’ sense of dignity and worth in the socio-economic context of the day.

I will therefore confine my appraisal of Donna Lindquist’s religious *Charter* rights to her s. 15 claim. There is no impairment of her s. 2(a) rights.

101 Madam Justice Rowles found that in this case “the burden on students for attending the religious school of their choice would be the exclusion from the automatic certification process for teaching in the public schools. This constitutes an adverse impact and is related to the students’ religious conviction” (para. 276). She thus found a violation of s. 15. This decision preceded our Court’s judgment in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. Based on the guidelines assembled and applied in that case and in subsequent jurisprudence, I find that no s. 15 violation has been established by Ms. Lindquist.

gieuse. C’est une législation souple qui n’a qu’un seul but — que tous les enfants reçoivent un enseignement adéquat. »

Quant à l’argument fondé sur l’al. 2a) que M^{me} Lindquist a avancé à titre individuel, je m’en tiens à l’analyse de l’al. 2a) qui figure dans les motifs dissidents que j’ai rédigés dans *Adler*, précité, par. 72 :

Si l’alinéa 2a) de la *Charte* s’intéresse avant tout aux restrictions qu’il faut apporter à une possibilité d’ingérence coercitive de l’État dans le « choix » initial objectif qu’une personne fait de sa religion, l’art. 15, lui, garantit que les conséquences sur le plan du comportement et de la foi — liées à ce choix initial et non considérées comme facultatives par celui qui invoque ces droits — ne seront pas touchées par des mesures prises par l’État d’une façon qui porte atteinte à la dignité et à la considération inhérentes dont il faut faire preuve envers tout être humain. En conséquence, les mécanismes de protection prévus à l’art. 15 pourraient être d’une plus grande étendue que ceux visés à l’al. 2a) du fait que notre préoccupation passe alors de l’aspect coercitif de la mesure prise par l’État à son incidence sur la valeur et la dignité de la personne et du groupe dans le contexte socio-économique du jour.

Je vais donc confiner mon évaluation des droits religieux que la *Charte* garantit à Donna Lindquist à l’argument fondé sur l’art. 15 qu’elle avance. Il n’y a eu aucune violation des droits que lui garantit l’al. 2a).

Madame le juge Rowles a conclu que, dans la présente affaire, [TRADUCTION] « en fréquentant l’école confessionnelle de leur choix, les étudiants étaient exclus du processus de délivrance automatique d’un brevet d’enseignement les autorisant à enseigner dans des écoles publiques. Cela constitue un effet préjudiciable lié aux convictions religieuses des étudiants » (par. 276). Elle a donc décidé qu’il y avait violation de l’art. 15. Cette décision a précédé l’arrêt de notre Cour *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Compte tenu des lignes directrices réunies et appliquées dans cet arrêt et dans la jurisprudence subséquente, j’estime que M^{me} Lindquist n’a pas démontré l’existence d’une violation de l’art. 15.

The *Law* guidelines ask whether the challenged state action draws a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics. They further inquire whether the claimant is subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds. The distinction and differential treatment resulting from the BCCT's decision are not based on Ms. Lindquist's religion, but on the act of signing the Community Standards contract performed by TWU students. There is every indication that the BCCT would be as concerned if a private secular institution were to require a discriminatory practice (assuming for the sake of argument that this hypothetical secular equivalent to TWU were also shielded from human rights legislation). The impugned decision is neutral with regard to the claimant's religion. I understand this case to be an example of a type of s. 15 challenge predicted by the Court in *Law*. There, Iacobucci J. described "adverse effects discrimination . . . cases where a law which applies identically to all fails to take into account the claimant's different traits or circumstances, yet does not infringe the claimant's human dignity in so doing. In such cases, there could be said to be substantively differential treatment between the claimant and others, because the law has a meaningfully different effect upon the claimant, without there being discrimination for the purpose of s. 15(1)" (para. 86 (emphasis added)).

Law, supra, at para. 53, described the inquiry into human dignity as follows:

Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recog-

D'après les lignes directrices de l'arrêt *Law*, il faut se demander si la mesure étatique contestée établit entre le demandeur et d'autres personnes une distinction formelle fondée sur une seule ou plusieurs caractéristiques personnelles. Il faut également se demander si le demandeur fait l'objet d'une différence de traitement fondée sur un seul ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues. La distinction et la différence de traitement qui résultent de la décision du BCCT sont fondées non pas sur la religion de M^{me} Lindquist, mais sur la signature même du contrat des normes communautaires par les étudiants de l'UTW. Il y a tout lieu de croire que le BCCT serait tout aussi préoccupé si un établissement laïque privé imposait une pratique discriminatoire (en supposant, pour les fins de la discussion, que cet équivalent laïque hypothétique de l'UTW échapperait également à l'application de la législation relative aux droits de la personne). La décision contestée est tout à fait neutre quant à la religion de la demanderesse. J'estime que le présent pourvoi illustre le genre de contestation fondée sur l'art. 15 que la Cour a prédit dans l'arrêt *Law*. Dans cet arrêt, le juge Iacobucci parle de cas de « discrimination par suite d'effets préjudiciables [. . .] où une loi s'appliquant indistinctement à tous omet de tenir compte des caractéristiques ou de la situation personnelles du demandeur sans toutefois porter atteinte à sa dignité. Dans de tels cas, on pourrait dire que, la loi ayant un effet vraiment différent sur le demandeur, il y a une différence de traitement réelle entre le demandeur et les autres personnes, sans qu'il y ait pour autant discrimination au sens du par. 15(1) » (par. 86 (je souligne)).

L'arrêt *Law*, précité, par. 53, décrit ce que signifie la dignité humaine :

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est

nize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law? [Emphasis added.]

Importantly, as my reasons stated in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, “I would emphasize that the ‘reasonable person’ considered by the subjective-objective perspective [on human dignity] understands and recognizes not only the circumstances of those like him or her, but also appreciates the situation of others. Therefore, when legislation impacts on various groups, particularly if those groups are disadvantaged, the subjective-objective perspective will take into account the particular experiences and needs of all of those groups” (para. 65 (last emphasis added)). In my view, the disadvantaged group in this case is that composed of homosexual and bisexual public school students, who have generally experienced “pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice” (*Law, supra*, at para. 63). It is their human dignity that is truly at stake.

bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi? [Je souligne.]

Ce qui importe, pour reprendre mes motifs dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, « [j]e tiens à souligner que la “personne raisonnable” prise en considération dans cette analyse subjective-objective [de la dignité humaine] comprend et admet non seulement la situation des personnes qui sont comme elle, mais elle est également sensible à la situation d'autrui. Par conséquent, dans les cas où une mesure législative produit des effets sur divers groupes, spécialement si ces groupes sont défavorisés, cette analyse subjective-objective tiendra compte des expériences et besoins particuliers de chacun de ces groupes » (par. 65 (dernier soulignement ajouté)). À mon avis, le groupe défavorisé en l'espèce est celui composé des élèves homosexuels et bisexuels des écoles publiques, qui sont généralement aux prises avec la « préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés » (*Law, précité*, par. 63). C'est leur dignité humaine qui est véritablement en jeu.

104

Law enumerated three other contextual factors to guide the inquiry into whether state action has violated human dignity. Before delving into these, I would like to state that I recognize that Ms. Lindquist may herself feel singled out on the basis of religious belief. Nevertheless, I believe that a subjective-objective examination of *Law's* contextual factors reveals that her human dignity is not demeaned by the BCCT's decision to attach consequences to TWU students' signature of the Community Standards contract. A reasonable person with similar characteristics to the claimant, who is fully informed of the circumstances and context and rationally takes them into account, as posited by *Law*, at para. 61, would not feel less capable, or

L'arrêt *Law* énumère trois autres facteurs contextuels utiles pour déterminer si une mesure étatique a porté atteinte à la dignité humaine. Avant d'examiner ces facteurs, j'aimerais préciser que je reconnais que M^{me} Lindquist a pu elle-même se sentir traitée différemment en raison de ses croyances religieuses. J'estime néanmoins qu'une analyse à la fois subjective et objective des facteurs contextuels de l'arrêt *Law* révèle que la décision du BCCT d'attacher des conséquences à la signature du contrat des normes communautaires par les étudiants de l'UTW ne porte pas atteinte à la dignité humaine de M^{me} Lindquist. Une personne raisonnable qui aurait des caractéristiques similaires à celles de la demanderesse, qui serait

less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration: see *Law, supra*, at para. 49, quoting *Egan, supra*, at para. 39, *per L'Heureux-Dubé J.*

She would take note of the fact that a public institution could not require students to engage in the discriminatory practice of TWU. This mandatory discrimination insulates the BCCT's focus on TWU students' complicity with it from attack as a stereotype. According to *Law, supra*, at para. 64, "[a] stereotype may be described as a misconception whereby a person or, more often, a group is unfairly portrayed as possessing undesirable traits, or traits which the group, or at least some of its members, do not possess." In this case, the undeniable fact is that TWU students sign their names to a discriminatory document.

Our reasonable person would further observe that while the religious exemption from human rights legislation allows for religious teacher training institutions in British Columbia to self-regulate without state interference, once graduates ask to be accredited for public school teaching, the public interest comes to the fore and reasonable secular requirements can be imposed without infringing the freedom of religion: see *Jones, supra*. If the religious exemption were allowed to shield TWU graduates from complete scrutiny of their abilities to work and to be perceived to work effectively in diverse classrooms, then an advantage would be conferred on these students as compared with public institution graduates, suggested as the appropriate comparator group by the respondents.

bien informée des circonstances et du contexte et qui les prendrait en considération de façon rationnelle, pour citer l'arrêt *Law*, par. 61, n'aurait pas l'impression d'être moins capable ou de moins mériter d'être reconnue ou valorisée en tant qu'être humain ou en tant que membre de la société canadienne qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération voir l'arrêt *Law*, précité, par. 49, où on cite *Egan*, précité, par. 39, le juge L'Heureux-Dubé.

Elle tiendrait compte du fait qu'un établissement public ne pourrait pas obliger ses étudiants à se livrer à la pratique discriminatoire de l'UTW. Cette discrimination obligatoire fait en sorte que l'accent mis par le BCCT sur la complicité des étudiants de l'UTW à cet égard ne peut pas être qualifié de stéréotype. Selon l'arrêt *Law*, précité, par. 64, « [u]n stéréotype peut se définir comme une conception erronée à partir de laquelle une personne ou, la plupart du temps un groupe, est injustement dépeint comme possédant des caractéristiques indésirables, ou des caractéristiques que le groupe, ou au moins certains de ses membres, ne possède pas. » En l'espèce, il est indéniable que les étudiants de l'UTW apposent leur signature à un document discriminatoire.

Notre personne raisonnable ferait également observer que, bien que l'exemption religieuse de l'application de la législation relative aux droits de la personne permette aux établissements confessionnels de formation des enseignants de s'autogérer sans l'intervention de l'État en Colombie-Britannique, dès que les diplômés demandent un brevet d'enseignement les autorisant à enseigner dans des écoles publiques, l'intérêt public revêt alors une importance prépondérante et des exigences laïques raisonnables peuvent être imposées sans porter atteinte à la liberté de religion : voir l'arrêt *Jones*, précité. Si l'exemption religieuse pouvait permettre aux diplômés de l'UTW d'échapper à un examen complet de leurs aptitudes à travailler et d'être perçus comme étant efficaces dans diverses salles de classe, ces étudiants seraient alors avantagés par rapport aux diplômés des établissements publics, que les intimées proposent comme groupe de comparaison approprié.

105

106

Depriving TWU students of such an advantage is not an affront to their human dignity.

Priver les étudiants de l'UTW d'un tel avantage ne porte pas atteinte à leur dignité humaine.

107

The four contextual factors identified in *Law* all militate against finding a violation of Ms. Lindquist's human dignity. I have already discussed the fact that the historically disadvantaged group in this case is that composed of homosexual and bisexual public school students. The second relevant *Law* factor examines whether the state action takes into account a claimant's actual situation. The BCCT's decision was tailored to the fact that students like Ms. Lindquist signed the Community Standards contract. Yet due to the irrelevance of the enumerated ground, namely religion, to the decision, and to the absence of Ms. Lindquist from the proceedings, the BCCT did not take her religious circumstances into consideration. I do not find this to be an affront to Ms. Lindquist's human dignity, however, since her *Charter* rights could not have been properly considered in the BCCT's deliberations.

Les quatre facteurs contextuels décrits dans l'arrêt *Law* indiquent tous qu'il n'y a pas lieu de conclure qu'il y a eu atteinte à la dignité humaine de M^{me} Lindquist. J'ai déjà mentionné que le groupe historiquement défavorisé en l'espèce est composé des étudiants homosexuels et bisexuels des écoles publiques. Le deuxième facteur pertinent auquel renvoie l'arrêt *Law* consiste à déterminer si la mesure étatique tient compte de la situation véritable du demandeur. La décision du BCCT tenait compte du fait que des étudiants comme M^{me} Lindquist avaient signé le contrat des normes communautaires. Pourtant, le BCCT n'a pas tenu compte de la situation de M^{me} Lindquist sur le plan religieux parce que celle-ci n'a pas pris part aux procédures et parce que le motif énuméré qu'est la religion n'était pas pertinent pour les fins de la décision. J'estime cependant que cela ne porte pas atteinte à la dignité humaine de M^{me} Lindquist, étant donné que les droits que lui garantit la *Charte* n'auraient pas pu être dûment considérés lors des délibérations du BCCT.

108

The third *Law* factor looks for ameliorative purpose or effects: "An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation" (para. 72). See also *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, at para. 95, discussing the interpretive assistance provided for s. 15(1) by the language of s. 15(2) and quoting with approval Madam Justice Wilson's statement in *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, at pp. 474-75: "By its terms s. 15(2) informs us that measures aimed at ameliorating the conditions of those who are disadvantaged . . . (those in other words who have been the victims of discrimination) are constitutionally permissible. In this way subsection (2) strengthens the notion adopted by this Court in *Andrews v. Law Society of British*

Le troisième facteur relevé dans l'arrêt *Law* est l'objet ou l'effet d'amélioration : « Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives » (para. 72). Voir également l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, par. 95, où on analyse la manière dont le texte du par. 15(2) sert d'outil d'interprétation du par. 15(1) et où on cite, en les approuvant, les propos que madame le juge Wilson a tenus dans l'arrêt *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, p. 474-475 : « Par ses termes mêmes, le par. 15(2) nous assure de la constitutionnalité des mesures destinées à améliorer la situation de ceux qui sont défavorisés [...] (en d'autres termes, ceux qui ont été victimes de la discrimination). De cette façon, le par. (2) renforce la

Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143, that what lies at the heart of the equality guarantee is protection from discrimination". In these reasons, I have discussed why homosexual and bisexual students have an acute need for welcoming and supportive classroom environments. The BCCT's decision attempts to alleviate the effects on this disadvantaged group of a discriminatory practice engaged in by the group represented by the s. 15 claimant. This is clearly an ameliorative purpose, one which does not violate Ms. Lindquist's human dignity.

The fourth *Law* factor examines the nature of the interest affected and also indicates to me that there is no cognizable affront to Ms. Lindquist's human dignity. *Law* quoted with approval the pertinent section of my reasons in *Egan*, *supra*. There I wrote that "a group's interests will be more adversely affected in cases involving complete exclusion or non-recognition than in cases where the legislative distinction does recognize or accommodate the group, but does so in a manner that is simply more restrictive than some would like" (para. 64 (emphasis in original)). See also *Lovelace*, *supra*, at para. 88. I do not consider the impact of the BCCT's decision on Ms. Lindquist to be severe enough to conclude that its effect on her interest in not studying at all under the auspices of SFU violates her human dignity. She remains free to apply to the BCCT for individual certification and the requirement to spend one year at SFU is not overly onerous for her or for the future of TWU's educational community. The BCCT's decision merely maintains the *status quo ante* for TWU students. What was affected by it was only Ms. Lindquist's interest in automatic certification for TWU students, since there is no right for TWU to receive such accreditation from the BCCT. The BCCT seeks not to penalize future teachers from TWU, but to ensure that they pos-

notion adoptée par cette Cour dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, selon laquelle la garantie d'égalité vise essentiellement à protéger contre la discrimination. » Dans les présents motifs, j'ai expliqué pourquoi les étudiants homosexuels et bisexuels ont un besoin pressant de disposer d'un climat accueillant et favorable dans les salles de classe. La décision du BCCT tente d'atténuer l'effet sur ce groupe défavorisé d'une pratique discriminatoire à laquelle se livre le groupe représenté par l'auteur de la demande fondée sur l'art. 15. Cela représente nettement une mesure destinée à améliorer la situation, mesure qui ne porte pas atteinte à la dignité humaine de M^{me} Lindquist.

Le quatrième facteur de l'arrêt *Law* a trait à la nature du droit touché et m'indique également qu'il n'y a eu aucune atteinte perceptible à la dignité humaine de M^{me} Lindquist. Dans l'arrêt *Law*, on a cité, en l'approuvant, la partie pertinente de mes motifs dans l'arrêt *Egan*, précité. Dans ce dernier arrêt, j'avais écrit que « les droits du groupe qui est complètement exclu ou ignoré seront touchés plus gravement que si la distinction législative reconnaît ou accommode effectivement le groupe, de façon cependant plus limitée que certains le souhaiteraient » (par. 64 (souligné dans l'original)). Voir également l'arrêt *Lovelace*, précité, par. 88. Selon moi, la décision du BCCT n'a pas une incidence assez grave sur M^{me} Lindquist pour que nous puissions conclure que son droit de ne pas étudier sous l'égide de l'USF est touché à tel point qu'il y a atteinte à sa dignité humaine. Il lui est toujours loisible de demander au BCCT de lui délivrer un brevet d'enseignement à titre individuel, et l'exigence de passer une année à l'USF n'est pas trop onéreuse en ce qui la concerne ou en ce qui a trait à l'avenir du milieu d'enseignement de l'UTW. La décision du BCCT ne fait que maintenir le *status quo ante* des étudiants de l'UTW. Elle ne touche que le droit de M^{me} Lindquist à la délivrance automatique d'un brevet d'enseignement dont bénéficient les étudiants de l'UTW, puisque l'UTW ne possède aucun droit à la délivrance d'un tel brevet par le BCCT. Le BCCT cherche non pas à pénaliser les futurs enseignants provenant de l'UTW, mais à garantir qu'ils ont les

sess the requisites to teach in British Columbia's public schools.

110 I therefore close my *Charter* analysis by holding that no violation of Ms. Lindquist's s. 15 equality rights has been demonstrated.

V. Conclusion

111 I have found that the BCCT had jurisdiction to consider TWU's discriminatory practices. Using a standard of review of patent unreasonableness, I then demonstrated why the BCCT's decision not to accredit a free-standing TWU teacher training program should be upheld. Lastly, I rejected *Charter*-based challenges to the decision. For these reasons, I would allow the appeal and set aside the orders of the trial judge.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Nelson & Vanderkruyk, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Kuhn & Company, Abbotsford, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Secondary School Teachers' Federation: Green & Chercover, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops: Barnes, Sammon, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Lindsay Kenney, Vancouver.

Solicitors for the intervener EGALE Canada Inc.: Elliott & Kim, Toronto.

qualifications requises pour enseigner dans les écoles publiques de la Colombie-Britannique.

Je termine donc mon analyse fondée sur la *Charte* en concluant que l'on n'a pas démontré l'existence d'une atteinte aux droits à l'égalité que l'art. 15 garantit à M^{me} Lindquist.

V. Conclusion

J'ai conclu que le BCCT avait compétence pour prendre en considération les pratiques discriminatoires de l'UTW. Appliquant la norme de contrôle du caractère manifestement déraisonnable, j'ai ensuite démontré pourquoi il y a lieu de confirmer la décision du BCCT de ne pas agréer un programme autonome de formation des enseignants offert par l'UTW. Enfin, j'ai rejeté les contestations de la décision fondées sur la *Charte*. Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi et j'annulerais les ordonnances du juge de première instance.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissident.

Procureurs de l'appelant : Nelson & Vanderkruyk, Vancouver.

Procureurs des intimées : Kuhn & Company, Abbotsford (Colombie-Britannique).

Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des enseignantes-enseignants des écoles secondaires de l'Ontario : Green & Chercover, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada : Barnes, Sammon, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association : Lindsay Kenney, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante EGALE Canada Inc. : Elliott & Kim, Toronto.

Solicitors for the interveners the Christian Legal Fellowship and the Seventh-Day Adventist Church in Canada: Fraser Milner Casgrain, Calgary.

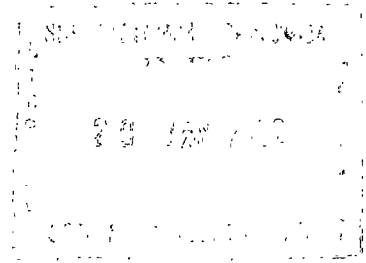
Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Christian Legal Fellowship et l'Église adventiste du septième jour au Canada : Fraser Milner Casgrain, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 5, 2001 Vol. 1

and Tables

Cited as [2001] 1 S.C.R. { i-lvi
863-1013

5^e cahier, 2001 Vol. 1

et Tables

Renvoi [2001] 1 R.C.S. { i-lvi
863-1013

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISELE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.

Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe communication Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	xxi
Table of Cases Cited	xxix
Statutes and Regulations Cited.....	xlv
Authors Cited	xlix
Index	1001

Mitchell v. M.N.R. 911

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to bring goods across St. Lawrence River for purposes of trade — Whether Mohawks of Akwesasne have right to bring goods into Canada from U.S. for trading purposes without paying customs duties — Whether claimed right incompatible with Canadian sovereignty — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Evidence — Aboriginal rights — Evidence to be adduced to establish aboriginal right — Assessment of evidence in aboriginal claims.

R. v. Find 863

Criminal law — Jurors — Right to challenge for cause — Nature of offence — Whether charges of sexual assault against children raise realistic possibility of juror partiality entitling accused to challenge for cause — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 638(1)(b).

R. v. Peters; R. v. Rendon..... 997

Courts — Judges — Judicial independence — Court of Appeal properly concluding that there was appearance of interference by Crown with judicial independence of trial judge — Court of Appeal's order for new trial upheld.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements	xxv
Table de la jurisprudence	xxix
Lois et règlements cités	xlvii
Doctrine citée	xlix
Index	1007

Mitchell c. M.R.N. 911

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales — Les Mohawks d'Akwesasne ont-ils le droit de rapporter au Canada des marchandises des États-Unis à des fins commerciales sans payer de droits de douane? — Le droit revendiqué est-il incompatible avec la souveraineté canadienne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Preuve — Droits ancestraux — Preuve nécessaire pour établir un droit ancestral — Appréciation de la preuve dans les revendications autochtones.

R. c. Find 863

Droit criminel — Jurés — Droit aux récusations motivées — Nature de l'infraction — Des accusations d'agression sexuelle contre des enfants font-elles naître une possibilité réaliste de partialité des jurés donnant à l'accusé le droit de recourir à la procédure de récusation motivée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 638(1)(b).

R. c. Peters; R. c. Rendon..... 997

Tribunaux — Juges — Indépendance judiciaire — Cour d'appel concluant à bon droit à une apparence d'ingérence de la part du ministère public mettant en cause l'indépendance judiciaire — Ordonnance du nouveau procès de la Cour d'appel confirmée.



2001 Volume 1

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef

CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition

GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET PETER O'DOHERTY
ANNE-MARIE NOËL GINETTE MIGNEAULT

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif

CHANTAL CORBEIL

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LEBEL

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LEBEL

Appeal / Appel

January 25, 2001 (hearing)

Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.

CORAM: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

THE CHIEF JUSTICE: The Court learned late last night that in these proceedings a summary judgment had been filed in the Kansas proceedings November 8, 1999. It appears to the Court that this development, which we were unaware of, may significantly change the nature of the issues and argument before us on this appeal. We therefore propose to adjourn the hearing of this appeal to give the parties an opportunity, should they wish, to file affidavit material as to the facts surrounding this development and to make submissions on the effect it may have on this appeal. The parties may also wish to discuss costs in their submissions. We would ask that in the event the parties choose to file material, that the filings of materials and submissions be completed within 60 days of today's date in default of which the appeal will be dismissed.

Both parties filed supplemental factums within 60 days. On April 17, 2001, the Court delivered the following judgment:

Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co., 2001 SCC 26

CORAM: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

The appeal is dismissed.

Le 25 janvier 2001 (audition)

Westec Aerospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co.

CORAM : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

LE JUGE EN CHEF : La Cour a appris tard hier soir que, dans la présente instance, un jugement sommaire a été déposé relativement aux procédures devant le Kansas le 8 novembre 1999. La Cour pense que ce fait nouveau, dont elle n'était pas au courant, peut changer de façon significative la nature des questions en litige et des arguments présentés dans le présent pourvoi. Nous proposons donc l'ajournement de l'audition du pourvoi afin que les parties puissent, si elles le désirent, déposer un affidavit exposant les circonstances de ce fait nouveau et présenter des arguments sur les répercussions possibles sur l'issue du pourvoi. Les parties voudraient peut-être aussi aborder la question des dépens dans leur argumentation. Les documents et arguments doivent être déposés dans les 60 jours suivant la date d'aujourd'hui, sinon le pourvoi sera rejeté.

Les deux parties ont déposé des mémoires supplémentaires dans les 60 jours. Le 17 avril 2001, la Cour a rendu le jugement suivant :

Westec Aerospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co., 2001 CSC 26

CORAM : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

Le pourvoi est rejeté.

Rehearing / Nouvelle audition

Spire Freezers Ltd. v. Canada, [2001] 1 S.C.R. 391, 2001 SCC 11

The judgment of the Court was amended on September 24, 2001 by adding in para. 29 the words "in this Court and in the courts below" after the word "costs".

Spire Freezers Ltd. c. Canada, [2001] 1 R.C.S. 391, 2001 CSC 11

Le jugement de la Cour a été modifié le 24 septembre 2001 par l'ajout au par. 29 des mots « dans notre Cour et dans les cours d'instance inférieure » après le mot « dépens ».

MOTIONS — REQUÊTES
(January 1 to June 30, 2001 – 1^{er} janvier au 30 juin 2001)

- 146726 Canada Inc. v. City of Montreal* (Que.), 27941, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- 158514 Canada Inc. v. Stéphane Lachance & Associés inc.* (Que.), 28082, leave to appeal dismissed with costs, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- 442246 B.C. v. Salloum* (B.C.), 28329, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- 592123 B.C. Ltd. v. The Queen* (B.C.), 28127, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- 605715 Saskatchewan Ltd. v. Saskatchewan Liquor and Gaming Licensing Commission* (Sask.), 28152, leave to appeal dismissed with costs, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- 698114 Alberta Ltd. v. Town of Banff* (Alta.), 28209, notice of discontinuance filed, 15.5.01, avis de désistement produit.
- A.H. c. Institut Philippe Pinel* (Qué.), 27854, leave to appeal dismissed with costs, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- A.K. v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 28028, leave to appeal dismissed, 8.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Abbott Laboratories Ltd. v. Nu-Pharm Inc.* (F.C.), 27051, leave to appeal dismissed with costs, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Abitibi-Consolidated Inc. v. Communications, Energy and Paperworks Union of Canada, Local 63* (Nfld.), 28050, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Advanced Management Enterprises Ltd. v. Pate's Variety Inc.* (Ont.), 28173, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Aghaipour v. National Bank of Canada* (Ont.), 28350, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- All Seasons Display Inc. v. Mylett* (B.C.), 28185, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Alvarez v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28120, leave to appeal dismissed, 11.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Anraj Fish Products Industries Inc. v. Hyundai Merchant Marine Co.* (F.C.), 28125, leave to appeal dismissed with costs, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Attorney General of Canada* (F.C.), 28059, leave to appeal dismissed with costs, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Archibald v. The Queen* (F.C.), 28116, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Aservatham v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 28218, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

- Aseervatham v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 28232, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Aselford c. Ross* (Qué.), 28088, leave to appeal dismissed with costs, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Assiniboine South Teacher's Association of the Manitoba Teachers' Society v. Assiniboine South School Division No. 3* (Man.), 28115, leave to appeal dismissed with costs, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Association pour la protection des automobilistes c. Édutile Inc.* (C.F.), 27981, leave to appeal dismissed, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Atomic Energy of Canada Ltd. v. Sierra Club of Canada* (F.C.), 28020, leave to appeal granted with costs, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Babcock* (B.C.), 28091, leave to appeal granted, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Attorney General of Canada v. Camp Church & Associates* (B.C.), 28377, leave to appeal dismissed with costs, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Juliar* (Ont.), 28304, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Attorney General of Nova Scotia v. Walsh* (N.S.), 28179, leave to appeal granted, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Axa Boreal Assurances v. The Co-Operators Insurance Co.* (Ont.), 28238, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Azar c. Zurich du Canada* (Qué.), 28001, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Babes v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28083, leave to appeal dismissed, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bacon c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28147, leave to appeal dismissed, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bains v. Bhandar* (B.C.), 28211, leave to appeal dismissed, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Balla v. Alliance Semiconductor Corp.* (B.C.), 28220, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Bank of Montreal v. Korico Enterprises Ltd.* (Ont.), 28224, leave to appeal dismissed with costs on a party and party basis, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens comme entre parties.
- Bannon v. Corporation of the City of Thunder Bay* (Ont.), 27985, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Barabasz v. Municipality of Metropolitan Toronto* (Ont.), 28145, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Bastien c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28320, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bedard v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28291, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bell ExpressVu Limited Partnership v. Richard Rex* (B.C.), 28227, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Bell v. The Queen* (F.C.), 28065, leave to appeal dismissed with costs, 8.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Bernier c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick* (N.-B.), 28191, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Berntson v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 27896, leave to appeal dismissed, 23.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Berry v. Pulley* (Ont.), 27992, leave to appeal granted, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Biron c. Lévesque Beaubien Geoffrion Inc.* (Qué.), 28203, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Biron c. Louise Champoux-Paillé* (Qué.), 28216, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Biscuits Leclerc Ltée c. Compagnie d'Assurance-vie transamérica occidental* (Qué.), 28039, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Black v. The Queen* (N.S.) (Crim.), 27837, leave to appeal dismissed, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Blackburn c. Boivin* (Qué.), 28162, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Blacklaws v. Morrow* (Alta.), 28126, leave to appeal dismissed with costs, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Blondin c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28366, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bogatin v. Royal Trust Corporation of Canada* (Ont.), 28353, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Bombardier Inc. v. Public Service Alliance of Canada* (F.C.), 28414, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Boucher c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28280, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Boucher v. Doiron* (N.B.), 28278, leave to appeal dismissed with costs, 10.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Bouvier v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 28523, leave to appeal dismissed, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bradford v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28474, leave to appeal dismissed, 11.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Brentwood Pioneer Holding Ltd. v. Provincial Agricultural Land Commission* (B.C.), 28013, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Bridgesoft Systems Corporation v. The Queen* (B.C.), 28047, leave to appeal dismissed, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- British Columbia Institute of Technology v. Student Association of British Columbia Institute of Technology* (B.C.), 28240, leave to appeal dismissed with costs, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Brown v. Synchronics, Inc.* (F.C.), 27995, leave to appeal dismissed, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Budd v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28389, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Budreo v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28230, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bulmer v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28375, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Burns v. United States of America* (B.C.) (Crim.), 26211, leave to appeal dismissed, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

- Byer v. Bar of Montreal* (Que.) (Crim.), 28140, leave to appeal dismissed, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Byer v. Inspector General of Financial Institutions* (Que.), 27894, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- C.T. c. L.G.* (Qué.), 28281, leave to appeal dismissed, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Caine v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28148, leave to appeal granted, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers* (N.S.), 28099, leave to appeal dismissed, 8.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Canadian Newspapers Co. v. Hodgson* (Ont.), 28136, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Caron v. The Queen* (F.C.), 28290, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Castineira v. The Queen* (Que.) (Crim.), 28186, leave to appeal dismissed, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Caya v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28495, leave to appeal dismissed, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Chaoulli c. Ministre de la Santé et des Services sociaux* (Qué.), 27910, leave to appeal dismissed, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Chaoulli c. Procureur général du Québec* (Qué.), 28253, leave to appeal dismissed with costs, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Chaoulli c. Procureur général du Québec* (Qué.), 28357, notice of discontinuance filed, 9.3.01, avis de désistement produit.
- Chaoulli c. Régie de l'assurance-maladie du Québec* (Qué.), 28252, leave to appeal dismissed, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Chief and Council of the Shubenacadie Indian Band v. Attorney General of Canada* (F.C.), 28078, leave to appeal dismissed, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Chief Ron Ignace v. Registrar of Land Titles* (B.C.), 28276, notice of discontinuance filed, 28.5.01, avis de désistement produit.
- Chief Ronnie Jules v. The Queen* (B.C.), 28071, leave to appeal dismissed, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Chowdhury c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28195, leave to appeal dismissed, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- CIBC Mortgage Corp. c. Vasquez* (Qué.), 27963, leave to appeal granted, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Cigana v. Millette* (Que.), 28016, leave to appeal dismissed with costs, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- City of Calgary v. Nice* (Alta.), 28161, leave to appeal dismissed with costs, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- City of Calgary v. Sagers* (Alta.), 28266, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Clark v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 28242, leave to appeal dismissed, 8.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Clay v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28189, leave to appeal granted, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

- Codina v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28434, leave to appeal dismissed, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Commission scolaire English-Montreal c. Procureure générale du Québec* (Qué.), 28196, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Commissioner of Official Languages v. Lavigne* (F.C.), 28188, leave to appeal granted, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Commissioner of Patents v. President and Fellows of Harvard College* (F.C.), 28155, leave to appeal granted, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Compagnie D'Assurance-Vie Transamerica du Canada c. Goulet* (Qué.), 27939, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Conley v. Beaudoin* (Man.), 28316, leave to appeal dismissed, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Construction Aggregates Ltd. v. City of Coquitlam* (B.C.), 28042, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Coopers and Lybrand v. Trustees of the Edmonton Pipe Industry Pension Plan Trust Fund* (Alta.), 28090, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Corporacion Transnacional de Inversiones v. STET International* (Ont.), 28237, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Corporation of the City of Mississauga v. Greater Toronto Air Authority* (Ont.), 28363, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Corporation of the City of Thunder Bay v. Larson* (Ont.), 28096, leave to appeal dismissed with costs, 8.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Corporation of the City of Windsor v. Canadian Pacific Railway Co.* (F.C.), 28272, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Corporation of the County of Huron Huronview Home for the Aged v. Service Employees' Union Local 210* (Ont.), 28334, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Corrpro Canada Inc. v. Edmonton Centre West Ltd.* (Alta.), 28202, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Cotnoir c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28258, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Council of the Cheslatta Carrier Nation v. The Queen* (B.C.), 28309, leave to appeal dismissed with costs, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Courterille v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28405, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Creek v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28255, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Cumberland Asset Management v. 1235866 Ontario Inc.* (Ont.), 28333, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Daisley v. City of Lethbridge* (Alta.), 27890, leave to appeal dismissed with costs, 8.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Del Zotto v. Minister of National Revenue* (F.C.), 28100, leave to appeal dismissed with costs, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Demix c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 27988, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Devgan v. Jiwani* (Ont.), 28319, leave to appeal dismissed with costs, 10.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Dhawan v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (Que.), 28122, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Drury v. The Queen* (Man.) (Crim.), 28306, leave to appeal dismissed, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Dubreuil Brothers Employees Assn. v. London Life Insurance Co.* (Ont.), 28165, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Duguay c. Ordre des ingénieurs du Québec* (Qué.), 28143, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Duncan v. Confederation Trust Co.* (N.B.), 28043, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Dwyer v. Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre & Cornish* (Ont.), 28159, leave to appeal dismissed with costs, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- E.S. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 27862, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Eakin v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28288, leave to appeal dismissed, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Eberts v. Claude-Alain Burdet in trust* (Ont.), 28308, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Edgeworth Construction Ltd. v. Thurber Consultants Ltd.* (B.C.), 28177, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ekman v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28056, leave to appeal dismissed, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.* (F.C.), 28382, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ernst & Young v. Webster* (B.C.), 27948, leave to appeal dismissed with costs, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Estate of the Late Frederick J. Hass v. The Queen* (F.C.), 28338, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Family Insurance Corp. v. Lombard Canada Ltd.* (B.C.), 28093, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Berg* (Ont.), 28134, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Fash v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 28284, leave to appeal dismissed, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Fashion John v. Minister of Citizenship and Immigration* (Ont.), 28231, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Felker v. Sherman Cunningham* (Ont.), 28215, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Company Ltd.* (Ont.), 28199, leave to appeal granted, 17.5.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Fensom v. Kendall* (Sask.), 28068, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Figuroa v. Attorney General of Canada* (Ont.), 28194, leave to appeal granted, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

- Finnessey v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28251, leave to appeal dismissed, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Fletcher Challenge Canada Ltd. v. The Queen* (F.C.), 28172, leave to appeal dismissed with costs, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Fogal v. The Queen* (F.C.), 28351, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Fortin c. Compagnie d'Assurance Wellington* (Qué.), 28149, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Fraternité des préposés à l'entretien des voies. c. Canadien Pacifique Ltée* (Qué.), 28124, leave to appeal dismissed with costs, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Freeman v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28373, leave to appeal dismissed, 10.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Gadzella v. Hindmarsh Holdings Ltd.* (Sask.), 28259, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Gagnon c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28356, leave to appeal dismissed, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Galantai c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 27288, leave to appeal dismissed, 11.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Garcha v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28213, leave to appeal granted, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Gauthier c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (C.F.), 28236, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Gazette (The) c. Conseil du référendum* (Qué.), 27961, leave to appeal dismissed with costs, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- General Motors du Canada Ltée c. Desrivières* (Qué.), 28101, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- George v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28031, leave to appeal dismissed, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Gindis v. Brisbourne* (B.C.), 27827, leave to appeal dismissed with costs, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Girard c. Moisan* (Qué.), 27964, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Godin v. Premier Salon International Inc.* (N.B.), 28019, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Godron v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 28424, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Golden Flight Travel Ltd. v. Jowaks Developments Ltd.* (Ont.), 28341, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Gordon Glaves Holdings Ltd. v. Care Corporation of Canada Ltd.* (Ont.), 28086, leave to appeal dismissed with costs, 8.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Gordon v. The Queen* (Que.) (Crim.), 28314, leave to appeal dismissed, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Grabowski v. Joint Chiropractic Professional Review Committee* (Sask.), 28067, leave to appeal dismissed with costs, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Gramaglia v. Attorney General of Canada* (F.C.), 27729, leave to appeal dismissed, 8.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Grant v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 27243, leave to appeal dismissed, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Great Pacific Pumice v. District of Squamish* (B.C.), 28085, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Greenforco Holding Corp. v. Yonge-Merton Developments Ltd.* (Ont.), 28297, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Greyhound Canada Transportation Corp. v. Brzozowski* (B.C.), 28097, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Guess v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28303, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Guindon c. Lortie et Martin Ltée* (Qué.), 27954, leave to appeal dismissed with costs, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Haley v. Thompson* (Sask.), 28106, leave to appeal dismissed with costs, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Harris v. International Longshore and Warehouse Union, Ship and Dock Foremen, Local 51* (F.C.), 28343, leave to appeal dismissed with costs, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Hi-Way Service Inc. v. Thomas H. Olson operating as Moose Mountain Buffalo Ranch* (Alta.), 28250, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Hibbert v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28021, leave to appeal granted, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Hillier v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28274, notice of discontinuance filed, 25.4.01, avis de désistement produit.
- Hoehst Celanese Corp. v. Furlan* (B.C.), 28154, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Hughes Communications Inc. v. Spar Aerospace Ltd.* (Que.), 28070, leave to appeal granted, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Huovinen v. The Queen* (B.C.), 28157, leave to appeal dismissed, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Hysop v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28192, leave to appeal dismissed, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Igor v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 28399, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Imperial Tobacco Ltd. v. Spasic* (Ont.), 28174, leave to appeal dismissed with costs, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- ITT Industries of Canada Ltd. v. The Queen* (F.C.), 28069, leave to appeal dismissed with costs, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- J.R.L. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28381, leave to appeal dismissed, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Jackson v. Attorney General of Canada* (F.C.), 28141, leave to appeal dismissed with costs, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Jarvis v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 28378, leave to appeal granted, 17.5.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Jaworski v. Attorney General of Canada* (F.C.), 28052, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Jones Power Company Ltd. v. Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd.* (N.S.), 28205, leave to appeal dismissed with costs, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Jumelle c. Soloway* (Man.), 27701, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Kadar v. Kadar* (Ont.), 28018, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Kelly v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28007, leave to appeal quashed, 20.4.01, demande d'autorisation d'appel annulé.
- King v. Board of Commissioners of Public Utilities* (Nfld.), 27990, leave to appeal dismissed, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Klapstein v. Alberta Mortgage and Housing Corp.* (Alta.), 28102, leave to appeal dismissed with costs, 8.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Koch c. Hydro Québec* (Qué.), 28077, leave to appeal dismissed with costs, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Larose c. Fleury* (Qué.), 28011, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Laseur v. Workers' Compensation Board of Nova Scotia* (N.S.), 28370, leave to appeal granted, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Latham v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28529, leave to appeal dismissed, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Law Society of Alberta v. Krieger* (Alta.), 28275, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Le club juridique c. Lafrenière* (Qué.), 27633, leave to appeal dismissed with costs, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Le Groupe Forex Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 28027, leave to appeal dismissed, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Lecompte v. The Queen* (Que.) (Crim.), 28171, leave to appeal dismissed, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Legault c. Y.B.* (Qué.), 28342, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- LeLacheur v. Burt* (N.S.), 28181, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Les Entreprises AB Rimouski Inc. c. La Reine* (C.F.), 27970, leave to appeal dismissed, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Lessard c. Corporation municipale de Courcelles* (Qué.), 28201, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Life Insurance Council v. RBC DS Financial Services Inc.* (Sask.), 28323, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Lim v. Lim* (B.C.), 27635, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Ling v. The Queen* (B.C.), 28315, leave to appeal granted, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Lord v. Attorney General of Québec* (Que.), 28060, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Lord v. Attorney General of Québec* (Que.), 28074, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Lorenzo Egido Sr. c. Sous-Ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 28160, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Lyons v. Multari* (Ont.), 28254, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- M.S. c. L.C.* (Qué.), 28256, leave to appeal dismissed, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- MacDonald v. The Queen* (F.C.), 28395, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- MacDonald v. The Queen in Right of Ontario* (F.C.), 28393, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Macdonell c. Procureure générale du Québec* (Qué.), 28092, leave to appeal granted, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Maciorowski v. Liberty Mutual Insurance Co.* (Ont.), 28301, leave to appeal dismissed with costs, 10.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- MacKenzie v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28369, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- MacMaster v. Corporation of the Regional Municipality of York* (Ont.), 27983, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Maheu c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28283, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Mailloux c. Revenu Canada* (C.F.), 28072, leave to appeal dismissed with costs, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Malcolm v. The Queen* (Man.) (Crim.), 28153, leave to appeal dismissed, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Malmo-Levine v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28026, leave to appeal granted, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Martens v. Gulfstream Resources Canada Ltd.* (Alta.), 27638, leave to appeal dismissed with costs, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Martin v. Director, Adult Forensic Psychiatric Services* (B.C.) (Crim.), 28094, leave to appeal dismissed, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Martin v. Workers' Compensation Board of Nova Scotia* (N.S.), 28372, leave to appeal granted, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Maurici v. Maurici* (Ont.), 28538, leave to appeal dismissed, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Maxwell v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28204, leave to appeal dismissed, 8.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- McAlister Lang v. Naccarato* (Ont.), 28142, leave to appeal dismissed with costs, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- McCall Pontiac Buick Ltd. v. Hamer-Jackson* (B.C.), 28175, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- McKeen v. The Queen* (N.S.) (Crim.), 28481, leave to appeal dismissed, 28.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- McKenna v. McAllister Lang* (Ont.), 28222, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- McPherson v. The Queen* (Man.) (Crim.), 28387, leave to appeal dismissed, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Meagher v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* (B.C.), 28296, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Médias Services Pharmaceutiques et de Santé c. Syndicats des salariés de distribution de produits pharmaceutiques* (Qué.), 28111, leave to appeal dismissed, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Metro-Can Construction Ltd. v. The Queen* (F.C.), 28133, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Mihrali Celik v. The Queen* (Ont.), 28006, leave to appeal dismissed with costs, 11.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Mihrali Celik v. The St. Paul Insurance Companies* (Ont.), 28010, leave to appeal dismissed with costs, 11.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Millette c. Dagenais* (Qué.), 28045, leave to appeal dismissed, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Millette c. La Reine* (C.F.), 27605, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Mills v. Hardy* (N.S.), 28374, leave to appeal dismissed, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Moffatt v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 27895, leave to appeal dismissed, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Monaghan v. Cheshier* (Ont.), 28081, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Monopro Ltd. c. Montreal Trust* (Qué.), 27953, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Montecatine c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28330, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Moss v. Attorney General of Canada* (Man.), 28228, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Mott v. Joy Pryce* (Ont.), 28241, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Mr. B. v. Mr. A.* (Ont.), 28383, leave to appeal granted, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Musqueam Holdings Ltd. v. Assessor of Area #09* (B.C.), 28032, leave to appeal dismissed with costs, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- N.M.P. v. The Queen* (N.S.) (Crim.), 27936, leave to appeal dismissed, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Narain v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28212, leave to appeal dismissed, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada v. Sun Life Assurance Company of Canada* (Ont.), 28105, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Nguiagain c. Ville de Québec* (Qué.) (Crim.), 27809, leave to appeal dismissed with costs, 11.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 28184, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- North West Company Inc. v. Construction General Labourers, Rock and Tunnel Workers, Local 1208* (Nfld.), 27991, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Novopharm Ltd. v. The Wellcome Foundation Ltd.* (F.C.), 28287, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demanderessees quelle que soit l'issue de l'appel.
- Ondo c. La Reine* (Ont.) (Crim.), 28233, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

- Ontario Teachers' Federation v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 28113, leave to appeal dismissed with costs, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- P.S.P. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28182, leave to appeal dismissed, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Paradis c. Les honorables juges Gendreau, Fish et Letarte* (Qué.), 27900, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Paramount Towing Ltd. v. Woodridge Lincoln Mercury Sales Ltd.* (Alta.), 28055, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Paris v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28455, leave to appeal dismissed, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Payne v. Ontario Board of Inquiry (Human Rights Code)* (Ont.), 28317, leave to appeal dismissed with costs, 8.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Pearson c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28427, leave to appeal dismissed, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Pennett v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28239, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Perera v. Attorney General of Canada* (F.C.), 28114, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Perron c. Ministre du Revenu national* (C.F.), 28121, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Petre Carabat v. City of North York* (Ont.), 28260, leave to appeal dismissed with costs, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Piché c. La Reine* (C.F.), 28107, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Pirès c. Monty* (Qué.), 28139, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Poole v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28285, leave to appeal dismissed, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Pouliot c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28168, leave to appeal dismissed, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Presteve Foods Ltd. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28119, leave to appeal dismissed, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Procureur général du Canada c. Lord* (Qué.), 27989, leave to appeal dismissed with costs, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Procureure générale du Québec c. Future Électronique Inc.* (Qué.) (Crim.), 28432, leave to appeal granted, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Procureure générale du Québec c. Laroche* (Qué.) (Crim.), 28417, leave to appeal granted, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Prud'homme c. Prud'homme* (Qué.), 28117, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 17.5.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Pupovic v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28235, leave to appeal dismissed, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. c. Auclair* (Qué.) (Crim.), 28037, leave to appeal dismissed, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Benji* (B.C.) (Crim.), 28443, leave to appeal granted, 17.5.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. c. Brunette* (Qué.) (Crim.), 28355, leave to appeal dismissed, 10.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

- R. v. Fink* (Ont.) (Crim.), 28385, leave to appeal granted, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. v. First Vancouver Finance* (Sask.), 28062, leave to appeal granted, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. v. Huff* (Ont.) (Crim.), 28245, leave to appeal dismissed, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. c. Lamy* (Qué.) (Crim.), 28158, leave to appeal granted, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. v. Lauzon* (Man.) (Crim.), 28423, leave to appeal dismissed, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Lockyer* (Nfld.) (Crim.), 28337, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. v. M.A.M.* (B.C.) (Crim.), 28386, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Mac* (Ont.) (Crim.), 28457, leave to appeal granted, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. c. Otis* (Qué.) (Crim.), 28322, leave to appeal dismissed, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Ploumis* (Ont.) (Crim.), 28411, leave to appeal dismissed, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Terry Claus and Bay-Walsh Ltd.* (Ont.) (Crim.), 28384, leave to appeal granted, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. v. Unfried* (Man.) (Crim.), 28358, leave to appeal dismissed, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. du chef du Nouveau-Brunswick c. Le juge Jocelyne Moreau-Bérubé* (N.-B.), 28206, leave to appeal granted, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Resman Holdings Ltd. v. The Queen* (F.C.), 28080, leave to appeal dismissed with costs, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Rioux c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28167, leave to appeal dismissed, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Robertson v. Hart* (Alta.), 28044, leave to appeal dismissed with costs, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Royal Trust Corporation of Canada v. Daimler Investments Ltd.* (Ont.), 28137, leave to appeal dismissed with costs, 8.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ruby v. Solicitor General* (F.C.), 28029, leave to appeal granted, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Ryan v. T. Eaton Co.* (Ont.), 27884, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- S.L. c. S.D.* (Qué.), 28435, leave to appeal dismissed, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Salmon v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28193, leave to appeal dismissed, 18.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Scheuneman v. Attorney General of Canada* (F.C.), 28344, leave to appeal dismissed, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Scott Hall v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28223, leave to appeal granted, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Scottish & York Insurance Co. v. Pearl Somersall* (Ont.), 27851, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Shahnawaz v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28265, leave to appeal dismissed, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Siddiqui v. Canadian Broadcasting Corp.* (Ont.), 28300, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Sidorov v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 28461, leave to appeal dismissed, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

- Singh v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 28346, leave to appeal dismissed with costs, 8.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Singh v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28360, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Sloan v. York Region District School Board* (Ont.), 28150, leave to appeal dismissed with costs, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Solomon v. Workplace Safety and Insurance Board* (Ont.), 28025, leave to appeal dismissed, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Sound Contracting Ltd. v. City of Nanaimo* (B.C.), 28073, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Speirs v. Sorrel 1985 Limited Partnership* (Alta.), 28294, notice of discontinuance filed, 27.2.01, avis de désistement produit.
- Spencer v. Mansour's Ltd.* (N.S.), 28046, leave to appeal dismissed, 8.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Stojanovic v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 27929, leave to appeal dismissed, 11.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Strong v. Kisbee* (Ont.), 28170, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Stroshein v. The Queen* (Sask.) (Crim.), 28392, leave to appeal dismissed, 10.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Sutherland v. Forget* (Ont.), 28169, leave to appeal dismissed with costs on a party and party basis, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens comme entre parties.
- Syncrude Canada Ltd. v. Strukoff* (B.C.), 28310, leave to appeal dismissed, 17.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Syndicat national des employés municipaux de Pointe-Claire c. Boisvert* (Qué.), 27987, leave to appeal dismissed with costs, 22.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Tanner v. McDonald* (Alta.), 28183, leave to appeal dismissed with costs, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Tawich Development Corp. v. Deputy Minister of Revenu* (Que.), 28033, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.4.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Teahan v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 27999, leave to appeal dismissed, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Teamsters du Québec, chauffeurs et ouvriers de diverses industries, section locale 69 c. Syndicat des salariés de distribution de produits pharmaceutiques* (Qué.), 28112, leave to appeal dismissed, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Tembec Inc. v. American Home Assurance Co.* (Que.), 28214, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Thawani v. Shell Canada Products Ltd.* (Man.), 28289, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Tilleman v. The Queen* (B.C.), 28302, leave to appeal dismissed with costs, 21.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Tracey v. Vibron Ltd.* (Ont.), 28328, leave to appeal dismissed with costs, 24.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Transamerica Life Insurance Company of Canada v. Oldfield* (Ont.), 28163, leave to appeal granted, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

- Transport scolaire Chauveau Ltée c. Procureure générale du Québec* (Qué.), 28053, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57* (Qué.), 27965, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- United Food and Commercial Workers, Local 1400 v. Real Canadian Superstore* (Sask.), 28058, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- United Food and Commercial Workers, Local 319W v. Coca-Cola Bottling Ltd.* (Sask.), 28057, leave to appeal dismissed with costs, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- United States of America v. Cheema* (B.C.) (Crim.), 27467, leave to appeal dismissed, 5.4.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Vachon c. Commission des lésions professionnelles* (Qué.), 28098, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Vancouver Sun v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28190, leave to appeal granted, 1.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Vanek v. The Great Atlantic & Pacific Company of Canada Ltd.* (Ont.), 27735, leave to appeal dismissed, 29.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Vaughan v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 27887, leave to appeal dismissed, 15.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Ville de Beauport c. H.L.P. Société en commandite* (Qué.), 27935, leave to appeal dismissed with costs, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ville de Beaupré c. Station Mont Sainte-Anne Inc.* (Qué.), 27938, leave to appeal dismissed with costs, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Syndicat canadien de la fonction publique* (Qué.), 28129, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Wanczyk v. Fraresso* (B.C.), 28324, leave to appeal dismissed with costs, 14.6.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Shepherd* (Alta.), 28326, leave to appeal dismissed with costs, 10.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Westcola Holdings Inc. v. Structural Contracting Ltd.* (Ont.), 28118, leave to appeal dismissed with costs, 8.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- White, Ottenheimer & Baker v. Attorney General of Canada* (Nfld.) (Crim.), 28144, leave to appeal granted, 15.2.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Wild v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 26384, leave to appeal dismissed, 22.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Wilson Fuel Co. v. The Queen* (N.S.) (Crim.), 28180, leave to appeal dismissed, 25.1.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Woods v. Burden* (Ont.), 28244, leave to appeal dismissed with costs, 3.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Workers' Compensation Board of British Columbia v. Northern Mountain Helicopters Inc.* (B.C.), 28103, leave to appeal dismissed with costs, 1.3.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Yaworowski v. The Queen* (F.C.), 28089, leave to appeal dismissed with costs, 8.2.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Zsoldos v. Banfill Holovaci* (Ont.), 28262, leave to appeal dismissed with costs, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Zsoldos v. Ontario Association of Architects (Ont.), 28263, leave to appeal dismissed with costs, 31.5.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		E	
Attorney General see also “Canada” or the name of province		Ellis-Don Ltd., I.B.E.W., Local 894 v.....	221
		Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	221
B		F	
Backman v. Canada.....	367	Ferguson, R. v.	281
Backman v. Minister of National Revenue.....	367	Find, R. v.....	863
Backman v. R.....	367		
Backman v. The Queen.....	367	G	
Berntson, R. v.....	365	Guttman, R. v.	363
British Columbia College of Teachers, Trinity Western University v.	772		
Burns, United States v.	283	I	
		I.B.E.W., Local 894 v. Ellis-Don Ltd.	221
C		K	
C. (W.B.), R. v.....	530	Kelly, R. v.	741
Canada, Backman v.....	367	Kwok, United States of America v.	532
Canada, Miller v.....	407		
Canada, Spire Freezers Ltd. v.	391	L	
Canada, Spire Freezers Ltd. v. (rehearing).....	iv	L. (Z.), R. v.	528
CAW-Canada, Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. v.....	644	Latimer, R. v.	3
Cobb, United States of America v.	587		
College of Teachers (British Columbia), Trinity Western University v.	772	M	
Commission see also “Canada” or the name of province		M.N.R., Mitchell v.	911
		McClure, R. v.	445
D			
Deane, R. v.....	279		
Dutra, R. v.....	759		

	PAGE		PAGE
Miller v. Canada.....	407	R. v. McClure.....	445
Miller v. Monit International Inc.	432	R. v. Miller.....	407
Miller, R. v.	407	R. v. Pakoo.....	757
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Parent.....	761
Minister of National Revenue, Backman v.....	367	R. v. Parrott.....	178
Minister of National Revenue, Spire Freezers Ltd.		R. v. Peters.....	997
v.	391	R. v. Rendon.....	997
Mitchell v. M.N.R.	911	R. v. Rideout.....	755
Monit International Inc., Miller v.	432	R. v. Ruzic.....	687
		R. v. Sharpe.....	45
O		R. v. W.B.C.....	530
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Z.L.	528
Ontario (Attorney General), Ontario English		Raytheon Aircraft Co., Westec Aerospace Inc. v.	iv
Catholic Teachers' Assn. v.	470	Reference re: Kelly.....	741
Ontario (Labour Relations Board), Ellis-Don Ltd.		Rendon, R. v.....	997
v.	221	Rideout, R. v.	755
Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Onta-		Ruzic, R. v.....	687
rio (Attorney General).....	470		
		S	
P		Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. v.	
Pakoo, R. v.	757	CAW-Canada.....	644
Parent, R. v.	761	Sharpe, R. v.....	45
Parrott, R. v.	178	Shulman, United States of America v.....	616
Peters, R. v.	997	Spire Freezers Ltd. v. Canada.....	391
		Spire Freezers Ltd. v. Canada (rehearing).....	iv
Q		Spire Freezers Ltd. v. Minister of National Reve-	
Queen see also "R."		nue.....	391
		Spire Freezers Ltd. v. R.....	391
R		Spire Freezers Ltd. v. The Queen.....	391
R., Backman v.....	367		
R., Spire Freezers Ltd. v.....	391	T	
R. v. Berntson.....	365	The Queen see also "R."	
R. v. C. (W.B.).....	530	The Queen, Backman v.....	367
R. v. Deane.....	279	The Queen, Spire Freezers Ltd. v.	391
R. v. Dutra.....	759	Trinity Western University v. British Columbia	
R. v. Ferguson.....	281	College of Teachers.....	772
R. v. Find.....	863	Trinity Western University v. College of Teachers	
R. v. Guttman.....	363	(British Columbia).....	772
R. v. Kelly.....	741	Tsioubris, United States of America v.....	613
R. v. L. (Z.).....	528		
R. v. Latimer.....	3	U	
		Union see also under abbreviated name	
		United States v. Burns.....	283
		United States of America v. Cobb.....	587

TABLE OF JUDGMENTS

xxiii

	PAGE		PAGE
United States of America v. Kwok	532	Y	
United States of America v. Shulman.....	616		
United States of America v. Tsioubris.....	613	York Finch General Hospital, Walker Estate v....	647
W			
W.B.C., R. v.	530	Z	
Walker Estate v. York Finch General Hospital....	647	Z.L., R. v.	528
Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.	iv		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
B			
Backman c. Canada.....	367	États-Unis c. Burns	283
Backman c. Minister of National Revenue.....	367	États-Unis d'Amérique c. Cobb.....	587
Backman c. R.	367	États-Unis d'Amérique c. Kwok	532
Backman c. The Queen.....	367	États-Unis d'Amérique c. Shulman.....	616
Berntson, R. c.....	365	États-Unis d'Amérique c. Tsioubris	613
British Columbia College of Teachers, Université Trinity Western c.	772	F	
Burns, États-Unis c.	283	Ferguson, R. c.	281
		Find, R. c.....	863
C			
C. (W.B.), R. c.	530	G	
Canada, Backman c.	367	Guttman, R. c.	363
Canada, Miller c.	407	I	
Canada, Spire Freezers Ltd. c.....	391	I.B.E.W., Local 894 c. Ellis-Don Ltd.	221
Canada, Spire Freezers Ltd. c. (nouvelle audition)	iv	K	
Cobb, États-Unis d'Amérique c.....	587	Kelly, R. c.	741
College of Teachers (British Columbia), Universi- té Trinity Western c.	772	Kwok, États-Unis d'Amérique c.	532
Commission voir aussi « Canada » ou nom de la province		L	
D			
Deane, R. c.	279	L. (Z.), R. c.	528
Dutra, R. c.	759	Latimer, R. c.....	3
E			
Ellis-Don Ltd., I.B.E.W., Local 894 c.....	221	La Reine voir aussi « R. »	
Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des rela- tions de travail).....	221	M	
		M.R.N., Mitchell c.	911

	PAGE		PAGE
McClure, R. c.....	445	R. c. McClure.....	445
Miller c. Canada.....	407	R. c. Miller.....	407
Miller c. Monit International Inc.....	432	R. c. Pakoo.....	757
Miller, R. c.	407	R. c. Parent.....	761
Minister of National Revenue, Backman c.....	367	R. c. Parrott.....	178
Minister of National Revenue, Spire Freezers Ltd. c.	391	R. c. Peters.....	997
Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la pro- vince		R. c. Rendon.....	997
Mitchell c. M.R.N.	911	R. c. Rideout.....	755
Monit International Inc., Miller c.....	432	R. c. Ruzic.....	687
		R. c. Sharpe.....	45
O		R. c. W.B.C.	530
Office voir aussi « Canada » ou nom de la pro- vince		R. c. Z.L.	528
Ontario (Commission des relations de travail), Ellis-Don Ltd. c.	221	Raytheon Aircraft Co., Westec Aerospace Inc. v. Reference re: Kelly.....	iv 741
Ontario (Procureur général), Ontario English Catholic Teachers' Assn. c.	470	Rendon, R. c.....	997
Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Onta- rio (Procureur général).....	470	Rideout, R. c.....	755
		Ruzic, R. c.....	687
P		S	
Pakoo, R. c.	757	Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. c. TCA-Canada.....	644
Parent, R. c.....	761	Sharpe, R. c.	45
Parrott, R. c.	178	Shulman, États-Unis d'Amérique c.....	616
Peters, R. c.	997	Spire Freezers Ltd. c. Canada.....	391
Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province		Spire Freezers Ltd. c. Canada (nouvelle audition)	iv
		Spire Freezers Ltd. c. Minister of National Reve- nue.....	391
R		Spire Freezers Ltd. c. R.....	391
Reine voir aussi « R. »		Spire Freezers Ltd. c. The Queen.....	391
R., Backman c.	367	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R., Spire Freezers Ltd. c.....	391	T	
R. c. Berntson.....	365	TCA-Canada, Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. c.....	644
R. c. C. (W.B.).....	530	The Queen, Backman c.....	367
R. c. Deane.....	279	The Queen, Spire Freezers Ltd. c.	391
R. c. Dutra.....	759	Tsioubris, États-Unis d'Amérique c.	613
R. c. Ferguson.....	281		
R. c. Find.....	863	U	
R. c. Guttman.....	363	Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers.....	772
R. c. Kelly.....	741	Université Trinity Western c. College of Teachers (British Columbia).....	772
R. c. L. (Z.).....	528		
R. c. Latimer.....	3		

W		Z	
	PAGE		PAGE
W.B.C., R. c.	530	Z.L., R. c.	528
Walker, Succession c. York Finch General Hospital	647		
Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.	iv		
 Y			
York Finch General Hospital, Walker, Succession c.	647		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
A		
Accomodex Franchise Management Inc.	[1993] OLRB Rep. 281	262
Adler v. Ontario	[1996] 3 S.C.R. 609.....	481, 852
Akins v. United States	551 F.2d 1222 (1977).....	994
Almeida-Sanchez v. United States	413 U.S. 266 (1973).....	989
Amato c. La Reine	[1982] 2 R.C.S. 418.....	605
Amato v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 418.....	605
Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary).....	[1921] 2 A.C. 399.....	983
Apotex Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1994] 3 R.C.S. 1100.....	817
Apotex Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1994] 3 S.C.R. 1100.....	817
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536.....	299, 551, 601, 642
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard	[2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1.....	486
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island.....	[2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1.....	486
Athey v. Leonati.....	[1996] 3 S.C.R. 458.....	680
Attorney-General v. Wilts United Dairies	(1922), 91 L.J.K.B. 897.....	522
Attorney General for Canada v. Cain.....	[1906] A.C. 542.....	969
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada.....	[1912] A.C. 571.....	979
Attorney General of Quebec v. Greater Hull School Board.....	[1984] 2 S.C.R. 575.....	481
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315.....	140, 811, 829
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214.....	125
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	125
Backman v. Canada.....	[2001] 1 S.C.R. 367, 2001 SCC 10.....	393
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817.....	140, 829
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817.....	140, 829
Banque royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.....	[1997] 1 R.C.S. 411.....	75
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.....	[1996] 2 S.C.R. 345.....	422
Bergstrom c. La Reine.....	[1981] 1 R.C.S. 539.....	707
Bergstrom v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 539.....	707
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44.....	605

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44	605
Bob Jones University v. United States	461 U.S. 574 (1983)	834
Brillinger v. Brockie	[2000] O.H.R.B.I.D. No. 3 (QL)	848
Brophy v. Attorney-General of Manitoba	[1895] A.C. 202	481
Bulova Watch Co. v. Attorney-General of Canada	[1951] O.R. 360	523
C		
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313	927, 955
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	927, 955
Campbell v. British Columbia (Attorney General)	(2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123	979
Campbell v. Hall	(1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045	982
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941	832
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor	[1990] 3 R.C.S. 892	69, 120, 124
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	243, 261, 803
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	243, 261, 803
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor	[1990] 3 S.C.R. 892	69, 120, 124
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias	[1997] 3 S.C.R. 391	998
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias	[1997] 3 R.C.S. 391	998
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941	832
Canada v. Antosko	[1994] 2 S.C.R. 312	380
Canada v. Iaquinto	[1991] O.J. No. 1263 (QL)	568
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500	300, 551, 599
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney Gener- al)	[1996] 3 S.C.R. 480	131
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson	[1998] 3 S.C.R. 157	853
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	832
Casson v. British Columbia College of Teachers	[2000] B.C.J. No. 1038 (QL)	823
Cazetta c. États-Unis d'Amérique	[1996] R.J.Q. 1547	596
Chae Chan Ping v. United States	130 U.S. 581 (1889)	989
Chan c. Direction de la Maison Tanguay	[1996] R.J.Q. 335	564
Cherokee Nation v. Georgia	30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831)	992
City of Winnipeg v. Barrett	[1892] A.C. 445	481
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139	102, 125
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	813
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie	[1978] 1 R.C.S. 369	246
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1978] 1 S.C.R. 369	246
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139	102, 125
Continental Bank Leasing Corp. v. Canada	[1998] 2 S.C.R. 298	374, 396
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	856, 980
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	856, 980

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Cour eur. D. H., affaire Soering.....	arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161.....	318
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5.....	828
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	828

D

Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.... 94, 124, 308, 468, 576, 811	
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.... 94, 124, 308, 468, 576, 811	
Delgamuukw c. Colombie-Britannique.....	[1997] 3 R.C.S. 1010.....	927, 979
Delgamuukw v. British Columbia.....	[1997] 3 S.C.R. 1010.....	927, 979
Delisle c. Canada (Sous-procureur général).....	[1999] 2 R.C.S. 989.....	131
Delisle v. Canada (Deputy Attorney General).....	[1999] 2 S.C.R. 989.....	131
Descôteaux. v. Mierzwinski.....	[1982] 1 S.C.R. 860.....	455
Dick c. La Reine.....	[1985] 2 R.C.S. 309.....	979
Dick v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 309.....	979
Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles).....	[1993] 2 R.C.S. 756.....	238

E

Economics Laboratory (Canada) Ltd. v. M.N.R.	70 D.T.C. 1208.....	377
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	119, 850
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	119, 850
Egan v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 513.....	808, 844
Ekiu v. United States.....	142 U.S. 651 (1892).....	990
Elledge v. Florida.....	119 S. Ct. 366 (1998).....	353
Esquibel v. State.....	576 P.2d 1129 (1978).....	731
États-Unis c. Allard.....	[1987] 1 R.C.S. 564.....	318, 602
États-Unis d'Amérique c. Burns.....	[2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7.....	554, 599
États-Unis d'Amérique c. Cazzetta.....	[1996] R.J.Q. 1547.....	548
États-Unis d'Amérique c. Cobb.....	[2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19...538, 614, 621	
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	299, 547
États-Unis d'Amérique c. Dynar.....	[1997] 2 R.C.S. 462.....	318, 538, 600, 641
États-Unis d'Amérique c. Kwok.....	[2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18...591, 614, 620	
États-Unis d'Amérique c. Lépine.....	[1994] 1 R.C.S. 286.....	552
États-Unis d'Amérique c. Shephard.....	[1977] 2 R.C.S. 1067.....	551, 625
États-Unis d'Amérique c. Shulman.....	[2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21...538, 591, 614	
États-Unis d'Amérique c. Tavormina.....	[1996] R.J.Q. 693.....	561
États-Unis d'Amérique c. Tsioubris.....	[2001] 1 R.C.S. 613, 2001 CSC 20...538, 591, 621	
États-Unis d'Amérique c. Whitley.....	[1996] 1 R.C.S. 467.....	569

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Eur. Court H.R., Soering case.....	judgment of 7 July 1989, Series A No. 161....	318
Eurig Estate (Re).....	[1998] 2 S.C.R. 565.....	492
Executors of Will of Hon. Patrick Burns, deceased v. Minister of National Revenue.....	[1947] S.C.R. 132.....	521
F		
Fong Yue Ting v. United States.....	149 U.S. 698 (1893).....	990
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	70, 124
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	70, 124
Friesen v. Canada.....	[1995] 3 S.C.R. 103.....	75
Furman v. Georgia.....	408 U.S. 238 (1972).....	309
G		
Geffen c. Succession Goodman.....	[1991] 2 R.C.S. 353.....	455
Geffen v. Goodman Estate.....	[1991] 2 S.C.R. 353.....	455
Gordon c. La Reine.....	[1961] R.C.S. 592.....	378
Gordon v. The Queen.....	[1961] S.C.R. 592.....	378
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 377.....	481
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 377.....	481
Gregg v. Georgia.....	428 U.S. 153 (1976).....	309
Gruen Watch Co. of Canada Ltd. v. Attorney-General of Canada.....	[1950] O.R. 429.....	523
Guerin c. La Reine.....	[1984] 2 R.C.S. 335.....	927, 984
Guerin v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 335.....	927, 984
Gwynne v. Canada (Minister of Justice).....	(1998), 103 B.C.A.C. 1.....	579
H		
Harrison c. Université de la Colombie-Britannique.....	[1990] 3 R.C.S. 451.....	858
Harrison v. University of British Columbia.....	[1990] 3 S.C.R. 451.....	858
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général).....	[1996] 2 R.C.S. 876.....	131
Harvey v. New Brunswick (Attorney General).....	[1996] 2 S.C.R. 876.....	131
Hickman Motors Ltd. v. Canada.....	[1997] 2 S.C.R. 336.....	379, 401
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130.....	828
Hill v. Church of Scientology of Toronto.....	[1995] 2 S.C.R. 1130.....	828
Hirsch v. Protestant School Commissioners of Montreal.....	[1928] A.C. 200.....	481
Hodge v. The Queen.....	(1883), 9 App. Cas. 117.....	523
Hollis v. Dow Corning Corp.....	[1995] 4 S.C.R. 634.....	670
Hong Kong v. Chan Chui-Mei.....	[1997] Q.J. No. 4066 (QL).....	564
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	72

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
I		
Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	[1992] 3 R.C.S. 631.....	308, 553, 603
Idziak v. Canada (Minister of Justice).....	[1992] 3 S.C.R. 631.....	308, 553, 603
Inasa v. Oshodi.....	[1934] A.C. 99.....	953
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Ter- ritoires du Nord-Ouest (Commissaire).....	[1990] 2 R.C.S. 367.....	853
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	70, 120, 124
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	70, 120, 124
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 282.....	228, 252
J		
Johnson v. M'Intosh.....	21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).....	994
K		
Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie- Britannique	[1980] 1 R.C.S. 1105.....	247, 276
Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia	[1980] 1 S.C.R. 1105	247, 276
Khalil c. Canada (Secrétaire d'État).....	[1999] 4 C.F. 661	817
Khalil v. Canada (Secretary of State)	[1999] 4 F.C. 661	817
Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario	(1992), 94 D.L.R. (4th) 193	235
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice).....	[1991] 2 R.C.S. 779.....	300
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779.....	300
Knight v. Florida.....	120 S. Ct. 459 (1999).....	353
L		
Langman c. États-Unis d'Amérique	C.S. Mtl., n° 500-36-000987-977, 16 octobre 1997	564
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497.....	854
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497.....	854
Libman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 178.....	311
Libman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 178.....	311
Lindsay v. Manitoba (Motor Transport)	(1989), 62 D.L.R. (4th) 615	826
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice).....	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69.....	105, 808
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Jus- tice).....	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69.....	105, 808
Lorne's Electric	[1987] OLRB Rep: 1405	245
Lovelace v. Ontario.....	[2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37.....	858
Lynch v. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland	[1975] 1 All E.R. 913.....	726

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
M		
M. (A.) v. Ryan.....	[1997] 1 S.C.R. 157.....	880
M. (K.) v. M. (H.).....	[1992] 3 S.C.R. 6.....	140
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3..... 102, 172, 175, 808, 847	(1992), 175 C.L.R. 1927, 984
Mabo v. Queensland	(1992), 175 C.L.R. 1	927, 984
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342.....	486
Marcotte c. La Reine	[1965] R.C.S. 209.....	753
Marcotte v. The Queen	[1965] S.C.R. 209.....	753
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602.....	278
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board.....	[1980] 1 S.C.R. 602.....	278
Marvel Jewellery Ltd.	[1975] OLRB Rep. 733.....	262
McLean v. The King.....	[1933] S.C.R. 688.....	34
McVey c. États-Unis d'Amérique.....	[1992] 3 R.C.S. 475.....	551
McVey v. United States of America	[1992] 3 S.C.R. 475.....	551
Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796	[1970] S.C.R. 425.....	278
Miller c. La Reine.....	[1977] 2 R.C.S. 680.....	36, 324
Miller v. Canada.....	[2001] 1 S.C.R. 407, 2001 SCC 12.....	434
Miller v. Monit International Inc.	[2001] 1 S.C.R. 432, 2001 SCC 13.....	410
Miller v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 680.....	36, 324
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863.....	606
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863.....	605
Morgentaler c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 616.....	19
Morgentaler v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 616.....	19
N		
Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare	[1976] 2 S.C.R. 751.....	979
New Brunswick v. O'Leary.....	[1995] 2 S.C.R. 967.....	422
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.).....	[1999] 3 S.C.R. 46.....	735
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services com- munautaires) c. G. (J.).....	[1999] 3 R.C.S. 46.....	735
Nouveau-Brunswick c. O'Leary	[1995] 2 R.C.S. 967.....	422
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29.....	979
Nowegijick v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 29.....	979
O		
Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson.....	[1998] 3 R.C.S. 157.....	853
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.	[2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48.....	851
Ontario (Attorney General) v. Langer.....	(1995), 123 D.L.R. (4th) 289.....	88
Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.....	(1991), 6 O.R. (3d) 188.....	633
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York	[1996] 2 R.C.S. 929.....	481

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education	[1996] 2 S.C.R. 929.....	481
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	813
Ontario Public School Boards' Assn. v. Ontario (Attorney General)	(1997), 151 D.L.R. (4th) 346.....	490
Operation Dismantle Inc. c. La Reine.....	[1985] 1 R.C.S. 441.....	308, 570
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441.....	308, 570
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	114
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	114
Osborne v. Goddard.....	(1978), 21 A.L.R. 189	730
Osborne v. Ohio.....	495 U.S. 103 (1990).....	157
Ottawa Separate School Trustees v. City of Ottawa.....	(1915), 34 O.L.R. 624	495
Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell.....	[1917] A.C. 62	481
Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation.....	[1917] A.C. 76	481
Oyekan v. Adele.....	[1957] 2 All E.R. 785.....	983
P		
P. (D.) v. S. (C.).....	[1993] 4 S.C.R. 141.....	810, 829
Pacificador v. Philippines (Republic of).....	(1993), 83 C.C.C. (3d) 210	554, 627
Palko v. Connecticut	302 U.S. 319 (1937).....	71
Palmer c. La Reine.....	[1980] 1 R.C.S. 759.....	575, 636, 751
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759.....	575, 636, 751
Paquette c. La Reine.....	[1977] 2 R.C.S. 189.....	717
Paquette v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 189.....	717
Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare.....	[1976] 2 R.C.S. 751.....	979
Paris Adult Theatre I v. Slaton.....	413 U.S. 49 (1973).....	153
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba	[1991] 2 R.C.S. 869.....	823
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee	[1991] 2 S.C.R. 869.....	823
People v. Harmon.....	232 N.W.2d 187 (1975)	731
Perka c. La Reine.....	[1984] 2 R.C.S. 232.....	18, 706
Perka v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 232.....	18, 706
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 R.C.S. 557.....	803, 824
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557.....	803, 824
Pratt v. Attorney General for Jamaica	[1993] 4 All E.R. 769.....	336
Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 R.C.S. 134.....	520
Procureur général du Québec c. Greater Hull School Board.....	[1984] 2 R.C.S. 575.....	481
Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner).....	[1990] 2 S.C.R. 367.....	853
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général).....	[2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45.....	481
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	[2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45.....	481
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982.....	802, 822
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982.....	802, 822

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Q		
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand.....	[1996] 3 S.C.R. 211.....	192
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand.....	[1996] 3 R.C.S. 211.....	192
R		
R. Reusse Co.....	[1988] OLRB Rep. 523.....	263
R. v. Abbey.....	[1982] 2 S.C.R. 24.....	207
R. v. Abdul-Hussain.....	[1998] E.W.J. No. 4138 (QL).....	726
R. v. Abusafiah.....	(1991), 24 N.S.W.L.R. 531.....	729
R. v. Adams.....	[1996] 3 S.C.R. 101.....	933, 957
R. v. Alli.....	(1996), 110 C.C.C. (3d) 283.....	887
R. v. American News Co.....	(1957), 118 C.C.C. 152.....	90
R. v. B. (G.).....	[1990] 2 S.C.R. 57.....	213, 364
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	193, 213
R. v. Badger.....	[1996] 1 S.C.R. 771.....	933, 982
R. v. Barrow.....	[1987] 2 S.C.R. 694.....	877
R. v. Bentley (Deceased).....	[1998] E.W.J. No. 1165 (QL).....	348
R. v. Bernard.....	[1988] 2 S.C.R. 833.....	710
R. v. Betker.....	(1997), 115 C.C.C. (3d) 421.....	881
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	805
R. v. Biniaris.....	[2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15.....	244
R. v. Brown.....	(1986), 43 S.A.S.R. 33.....	730
R. v. Butler.....	[1992] 1 S.C.R. 452.....	65, 124
R. v. Campbell.....	(2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1.....	933
R. v. Campbell.....	[1999] 1 S.C.R. 565.....	605
R. v. Carker.....	[1967] S.C.R. 114.....	717
R. v. Carosella.....	[1997] 1 S.C.R. 80.....	605, 880
R. v. Chaulk.....	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	101, 711
R. v. City of Sault Ste. Marie.....	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	709
R. v. Colvin.....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 8.....	454
R. v. Conway.....	[1989] 1 S.C.R. 1659.....	605
R. v. Cook.....	[1998] 2 S.C.R. 597.....	641
R. v. Côté.....	[1996] 3 S.C.R. 139.....	933, 969
R. v. Cracknell.....	(1931), 56 C.C.C. 190.....	34
R. v. D.D.....	[2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43.....	192, 907
R. v. Daviault.....	[1994] 3 S.C.R. 63.....	708
R. v. Davis.....	[1999] 3 S.C.R. 759.....	168
R. v. Dawson.....	[1978] V.R. 536.....	729
R. v. Delorme.....	(1973), 15 C.C.C. (2d) 350.....	90
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944.....	710
R. v. Dionne.....	(1987), 38 C.C.C. (3d) 171.....	83
R. v. Donaldson.....	[1988] O.J. No. 1232 (QL).....	642

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Dudley	(1884), 14 Q.B.D. 273.....	25
R. v. Dymont	[1988] 2 S.C.R. 417.....	72
R. v. E. (B.).....	(1999), 139 C.C.C. (3d) 100.....	160
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128.....	72
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	101, 120
R. v. Eninew.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 365.....	985
R. v. Ewanchuk	[1999] 1 S.C.R. 330.....	907
R. v. F. (W.J.).....	[1999] 3 S.C.R. 569.....	185, 213
R. v. Finta.....	[1994] 1 S.C.R. 701.....	703
R. v. G. (R.M.).....	[1996] 3 S.C.R. 362.....	879
R. v. Geisel.....	Man. Prov. Ct., February 2, 2000.....	167
R. v. Gladstone.....	[1996] 2 S.C.R. 723.....	928, 957
R. v. Goltz	[1991] 3 S.C.R. 485.....	37, 572
R. v. Gotts	[1992] 1 All E.R. 832.....	726
R. v. Graham	[1982] 1 All E.R. 801.....	727
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263.....	456
R. v. Guiller.....	(1985), 48 C.R. (3d) 226.....	37
R. v. Hare	(1985), 20 C.C.C. (3d) 1.....	985
R. v. Harrer.....	[1995] 3 S.C.R. 562.....	327, 641, 880
R. v. Hawkins.....	[1996] 3 S.C.R. 1043.....	214
R. v. Heath	[1999] E.W.J. No. 5092 (QL).....	727
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	320
R. v. Hess	[1990] 2 S.C.R. 906.....	139
R. v. Heywood	[1994] 3 S.C.R. 761.....	114, 735
R. v. Hibbert.....	[1995] 2 S.C.R. 973.....	21, 707
R. v. Hillis	[1996] O.J. No. 2739 (QL).....	902
R. v. Howe	[1987] 1 A.C. 417.....	25
R. v. Howe	[1987] 1 All E.R. 771.....	726
R. v. Hubbert.....	(1975), 29 C.C.C. (2d) 279.....	880
R. v. Hudson.....	[1971] 2 Q.B. 202.....	727
R. v. Hurley	[1967] V.R. 526.....	728
R. v. Hurtubise	[1997] B.C.J. No. 40 (QL).....	82
R. v. Hydro-Québec	[1997] 3 S.C.R. 213.....	75
R. v. Jacobs	[1999] 3 C.N.L.R. 239	953
R. v. Jacques.....	[1996] 3 S.C.R. 312.....	989
R. v. Jewell.....	(1995), 100 C.C.C. (3d) 270.....	156
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128.....	605, 638
R. v. Jolivet	[2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29.....	258
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284.....	820
R. v. K. (A.).....	(1999), 45 O.R. (3d) 641.....	872
R. v. K.L.V.....	[1999] A.J. No. 350 (QL)	156
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	69, 124, 331
R. v. Keyowski.....	[1988] 1 S.C.R. 657.....	604, 643
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531.....	184, 200
R. v. L. (D.O.).....	[1993] 4 S.C.R. 419.....	119
R. v. L. (R.).....	(1996), 3 C.R. (5th) 70.....	883

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Langlois	[1993] R.J.Q. 675	697
R. v. Latimer	[2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1	721
R. v. Lavallée	[1990] 1 S.C.R. 852	891
R. v. Lawrence	[1980] 1 N.S.W.L.R. 122	729
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281	461, 880
R. v. Lévesque	[2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47	636
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475	936
R. v. Lewis	(1992), 96 Cr. App. R. 412	727
R. v. Loughnan	[1981] V.R. 443	21
R. v. Lucas	[1998] 1 S.C.R. 439	75, 125
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711	37
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	37, 461, 880
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	41
R. v. Mack	[1988] 2 S.C.R. 903	605
R. v. Mara	[1997] 2 S.C.R. 630	133
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223	186, 207
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	939, 982
R. v. Martin	[1989] 1 All E.R. 652	726
R. v. Martineau	[1990] 2 S.C.R. 633	39, 100, 710
R. v. Mattan	[1998] E.W.J. No. 4668 (QL)	349
R. v. Mattingly	(1994), 28 C.R. (4th) 262	883
R. v. McAnespie	[1993] 4 S.C.R. 501	636
R. v. McCafferty	[1974] 1 N.S.W.L.R. 89	729
R. v. Milgaard	(1971), 2 C.C.C. (2d) 206	338
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	72, 124, 462, 572, 705
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	192, 206
R. v. Morales	[1992] 3 S.C.R. 711	571
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	31
R. v. Morin	(1995), 37 C.R. (4th) 395	753
R. v. Morin	[1992] 3 S.C.R. 286	364, 636
R. v. Morrissey	[2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39	37
R. v. Mulvahill	(1993), 21 B.C.A.C. 296	41
R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.	[1996] 2 S.C.R. 672	950, 957
R. v. Nikal	[1996] 1 S.C.R. 1013	933
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	75, 705
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	451, 604, 880
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	94, 120, 357, 851
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	23, 907
R. v. P. (J.)	[1993] 1 S.C.R. 469	195
R. v. Palazoff	(1986), 43 S.A.S.R. 99	729
R. v. Pamajewon	[1996] 2 S.C.R. 821	929, 975
R. v. Parks	(1993), 84 C.C.C. (3d) 353	871
R. v. Parks	[1992] 2 S.C.R. 871	713
R. v. Parris	(1992), 11 C.R.R. (2d) 376	697
R. v. Pearson	[1992] 3 S.C.R. 665	571
R. v. Penno	[1990] 2 S.C.R. 865	703

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Pipe	(1966), 51 Cr. App. R. 17	641
R. v. Pointon	Man. Prov. Ct., October 23, 1997	163
R. v. Potts	(1982), 66 C.C.C. (2d) 219	886
R. v. Potvin	[1993] 2 S.C.R. 880	605
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	579, 605
R. v. R. (D.)	[1996] 2 S.C.R. 291	211
R. v. Rockey	[1996] 3 S.C.R. 829	185, 210
R. v. Rose	[1998] 3 S.C.R. 262	28
R. v. Sarson	[1996] 2 S.C.R. 223	42
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	605
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	119, 460, 705, 891
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	849
R. v. Sherratt	[1991] 1 S.C.R. 509	877
R. v. Shipley	(1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774	35
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	989
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	36
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915	184, 210
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	926, 956
R. v. Starr	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40	184
R. v. Stevenson	(1990), 58 C.C.C. (3d) 464	34
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	581
R. v. Stone	[1999] 2 S.C.R. 290	713, 767
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	75
R. v. Taylor	(1981), 62 C.C.C. (2d) 227	981
R. v. Terry	[1996] 2 S.C.R. 207	327
R. v. Thibert	[1996] 1 S.C.R. 37	767
R. v. U. (F.J.)	[1995] 3 S.C.R. 764	185
R. v. Underwood	[1998] 1 S.C.R. 77	28
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636	703
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	928, 957
R. v. Vermette	[1988] 1 S.C.R. 985	570
R. c. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	709
R. v. W. (R.)	[1992] 2 S.C.R. 122	907
R. v. W. (W.)	(1995), 100 C.C.C. (3d) 225	636
R. v. Warsing	[1998] 3 S.C.R. 579	636
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	703
R. v. Whyte	[1988] 2 S.C.R. 3	100
R. v. Williams	(1974), 21 C.C.C. (2d) 1	641
R. v. Williams	[1998] 1 S.C.R. 1128	869
R. v. Williamson	[1972] 2 N.S.W.L.R. 281	730
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	69, 126
Rabey c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 513	713
Rabey v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 513	713
Re A (Children) (Siamese Twins Decision)	[2000] E.W.J. No. 4875 (QL)	726
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	309, 697
Re Burley	(1865), 1 U.C.L.J. 34	313

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Re Canada Labour Code.....	[1992] 2 S.C.R. 50.....	428
Re Code canadien du travail.....	[1992] 2 R.C.S. 50.....	428
Re Decter and United States of America.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 364.....	313
Re Federal Republic of Germany and Rauca.....	(1983), 41 O.R. (2d) 225.....	313
Re Ottawa Separate Schools.....	(1917), 41 O.L.R. 259.....	490
Reference Re Agricultural Products Marketing Act.....	[1978] 2 S.C.R. 1198.....	518
Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	479
Reference Re Education Act (Que.).....	[1993] 2 S.C.R. 511.....	481
Reference Re Gruenke.....	[2000] 1 S.C.R. 836, 2000 SCC 32....	746, 754
Reference Re Milgaard (Can.).....	[1992] 1 S.C.R. 866.....	339
Reference Re Ng Extradition (Can.).....	[1991] 2 S.C.R. 858.....	300
Reference Re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution.....	[1982] 2 S.C.R. 793.....	516
Reference Re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7).....	[1993] 1 S.C.R. 839.....	486
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.).....	[1987] 1 S.C.R. 313.....	140, 330
Reference Re Resolution to Amend the Constitution.....	[1981] 1 S.C.R. 753.....	514
Reference Re Secession of Quebec.....	[1998] 2 S.C.R. 217.....	120, 515
Reference Re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.).....	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	69, 125
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486.....	309, 697
Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution.....	[1982] 2 R.C.S. 793.....	516
Renvoi relatif à Gruenke.....	[2000] 1 R.C.S. 836, 2000 CSC 32....	746, 754
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	69, 125
Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.).....	[1991] 2 R.C.S. 858.....	300
Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.).....	[1993] 2 R.C.S. 511.....	481
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles.....	[1978] 2 R.C.S. 1198.....	518
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7).....	[1993] 1 R.C.S. 839.....	486
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.).....	[1987] 1 R.C.S. 313.....	140, 330
Renvoi relatif à la sécession du Québec.....	[1998] 2 R.C.S. 217.....	120, 515
Renvoi relatif à Milgaard (Can.).....	[1992] 1 R.C.S. 866.....	339
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.).....	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	479
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution.....	[1981] 1 R.C.S. 753.....	514
Rhode Island Recreation Center v. Aetna Casualty & Surety Co.	177 F.2d 603 (1949).....	732
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re).....	[1998] 1 S.C.R. 27.....	75, 566
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1995] 3 R.C.S. 199.....	102, 125, 852
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199.....	102, 125, 852
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	125
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario.....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	125
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1993] 3 R.C.S. 519.....	706
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General).....	[1993] 3 S.C.R. 519.....	706
Roman Catholic Separate School Trustees v. The King.....	[1928] A.C. 363.....	481
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick.....	[1996] 1 R.C.S. 825.....	102, 120, 800, 820

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Ross v. New Brunswick School District No. 15.....	[1996] 1 S.C.R. 825.....	102, 120, 800, 820
Ross v. United States of America.....	(1994), 93 C.C.C. (3d) 500.....	328
Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 S.C.R. 411.....	75
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573.....	124

S

S. v. Makwanyane.....	1995 (3) SA 391.....	325
Saumur v. City of Quebec.....	[1953] 2 S.C.R. 299.....	805
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	110
Schreiber c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 841.....	328
Schreiber v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 841.....	328
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573.....	124
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association.....	[1975] 1 S.C.R. 382.....	277
Shell Canada Ltd. v. Canada.....	[1999] 3 S.C.R. 622.....	380
Shulman v. Canada (Minister of Justice).....	(2000), 146 C.C.C. (3d) 182.....	624
Simon c. La Reine.....	[1985] 2 R.C.S. 387.....	935
Simon v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 387.....	935
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 282.....	228, 252
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	75, 120, 308, 705
Smith v. Jones.....	[1999] 1 S.C.R. 455.....	455
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	684
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480.....	131
Solesbee v. Balkcom.....	339 U.S. 9 (1950).....	353
Solosky c. La Reine.....	[1980] 1 R.C.S. 821.....	453
Solosky v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 821.....	453
Southwark London Borough Council v. Williams.....	[1971] Ch. 734.....	19
Spire Freezers Ltd. v. Canada.....	[2001] 1 S.C.R. 391, 2001 SCC 11.....	371
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen.....	(1888), 14 App. Cas. 46.....	927
State v. Toscano.....	378 A.2d 755 (1977).....	731
Steele c. Établissement Mountain.....	[1990] 2 R.C.S. 1385.....	37
Steele v. Mountain Institution.....	[1990] 2 S.C.R. 1385.....	37
Stewart v. Canada (Minister of Justice).....	(1998), 131 C.C.C. (3d) 423.....	580
Stuart Investments Ltd. c. La Reine.....	[1984] 1 R.C.S. 536.....	380
Stuart Investments Ltd. v. The Queen.....	[1984] 1 S.C.R. 536.....	380
Succession Eurig (Re).....	[1998] 2 R.C.S. 565.....	492
Swystun v. United States of America.....	(1987), 40 C.C.C. (3d) 222.....	313, 561
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. So- ciété des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227.....	832

T

T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.....	[1999] 2 R.C.S. 1083.....	126
Tara Exploration and Development Co. c. M.R.N.	70 D.T.C. 6370.....	385
Ter Neuzen v. Korn.....	[1995] 3 S.C.R. 674.....	668

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Thailand v. Saxena.....	[1999] B.C.J. No. 1364 (QL).....	563
The King v. National Fish Co.....	[1931] Ex. C.R. 75	523
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 877.....	94, 125, 850
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 877.....	94, 125, 850
Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales).....	[1992] 1 R.C.S. 952.....	237, 270
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	802
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083.....	126
Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association.....	[1975] 1 R.C.S. 382.....	277
United States of America v. Cazzetta.....	(1996), 108 C.C.C. (3d) 536.....	548, 596
United States of America v. Cheema.....	[1999] B.C.J. No. 1365 (QL).....	562, 642
United States of America v. Cheung	[1998] Q.J. No. 3393 (QL)	642
United States of America v. Cobb	[2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19...538, 614, 620	
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	299, 547
United States of America v. D'Agostino.....	(1997), 41 C.R.R. (2d) 325	563
United States of America v. Dynar.....	[1997] 2 S.C.R. 462.....	318, 538, 600, 641
United States of America v. Garcia	[1994] O.J. No. 1027 (QL)	562
United States of America v. Houslander	(1993), 13 O.R. (3d) 44.....	573, 626
United States of America v. Kerslake.....	(1996), 142 Sask. R. 112.....	563
United States of America v. Kwok.....	[2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18...591, 614, 620	
United States of America v. Leon.....	(1995), 96 C.C.C. (3d) 568	561
United States of America v. Lépine.....	[1994] 1 S.C.R. 286.....	552
United States of America v. Palmer.....	Ont. Ct. (Gen. Div.), January 23, 1996.....	563
United States of America v. Shephard.....	[1977] 2 S.C.R. 1067.....	551, 625
United States of America v. Shulman.....	[2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21 ...538, 591, 614	
United States of America v. Singh	[1994] O.J. No. 3941 (QL)	563
United States of America v. Tilley	(1996), 183 A.R. 158.....	563
United States of America v. Tilley	[1996] A.J. No. 718 (QL)	563
United States of America v. Tsioubris	[2001] 1 S.C.R. 613, 2001 SCC 20...538, 591, 621	
United States of America v. Turenne.....	(1998), 133 Man. R. (2d) 131.....	563
United States of America v. Whitley.....	[1996] 1 S.C.R. 467.....	569
United States of Mexico v. Hurley	(1997), 116 C.C.C. (3d) 414	609
United States v. Allard.....	[1987] 1 S.C.R. 564.....	318, 602
United States v. Burns	[2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.....	554, 599
United States v. Contento-Pachon	723 F.2d 691 (1984).....	730
United States v. Garrow.....	88 F.2d 318 (1937).....	962
United States v. Hilton.....	167 F.3d 61 (1999).....	143
United States v. Holmes	26 F. Cas. 360 (1842).....	26
United States v. Jennell	749 F.2d 1302 (1984).....	730

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
United States v. Knox	32 F.3d 733 (1994).....	163
United States v. Marenghi	893 F. Supp. 85 (1995).....	730
United States v. Ramsey	431 U.S. 606 (1977).....	989
United States v. Wheeler	435 U.S. 313 (1978).....	992
Université du Québec à Trois-Rivières c. Laroque	[1993] 1 R.C.S. 471.....	278

V

Valente c. La Reine.....	[1985] 2 R.C.S. 673.....	246
Valente v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 673.....	246
Verdun c. Banque Toronto-Dominion	[1996] 3 R.C.S. 550.....	75
Verdun v. Toronto-Dominion Bank.....	[1996] 3 S.C.R. 550.....	75
Vieczorek v. Piersma.....	(1987), 36 D.L.R. (4th) 136.....	265
Friend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493.....	115, 702, 808

W

Waldman v. Canada	7 IHRR 368 (2000).....	481
Watt v. Liebelt.....	[1999] 2 F.C. 455	933, 994
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929.....	422
Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1999] 3 S.C.R. 134.....	519
Whitley v. United States of America.....	[1996] 1 S.C.R. 467.....	313
Wik Peoples v. Queensland	(1996), 187 C.L.R. 1	984
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada	[2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36.....	377
Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.....	[2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48.....	851
Worcester v. Georgia.....	31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)	970

Y

Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	140
---------------------	------------------------	-----

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
C		E	
<i>Canada Evidence Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-5		<i>Education Act</i> , R.S.O. 1990, c. E.2	
s. 16.....	178	Division B.....	470
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 257.12(1)(b).....	470
s. 1.....	45, 283, 687	Division D.....	470
s. 2(b).....	45	Division F.....	470
s. 6.....	283, 532, 616	<i>Education Quality Improvement Act</i> , 1997,	
s. 7.....	45, 283, 445, 587, 613, 616, 687	S.O. 1997, c. 31.....	470
s. 11(b).....	759	<i>Extradition Act</i> , R.S.C. 1985, c. E-23	
s. 12.....	3, 283	s. 9(3).....	532, 587, 613, 616
s. 24.....	587, 613, 616	s. 25.....	283
s. 32.....	283		
<i>Code of Civil Procedure</i> , R.S.Q., c. C-25		I	
art. 31.....	407, 432	<i>Income Tax Act</i> , S.C. 1970-71-72, c. 63	
art. 164.....	407, 432	s. 96.....	391
<i>Constitution Act, 1867</i>		R	
s. 53.....	470	<i>Rules of the Supreme Court of Canada</i> ,	
s. 93.....	470	SOR/83-74	
<i>Constitution Act, 1982</i>		r. 1.....	644
s. 35(1).....	911	r. 23(1).....	644
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		T	
s. 17.....	687	<i>Teaching Profession Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 449	
s. 163.1(4).....	45	s. 4.....	772
s. 235.....	3		
s. 638(1)(b).....	863		
s. 676(1)(a).....	363		
s. 686(1)(b)(iii).....	279, 530		
s. 690(b).....	741		
s. 690(c).....	741		
s. 745(c).....	3		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	
art. 1.....	45, 283, 687	art. 35(1).....	911
art. 2b).....	45	<i>Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation</i> , L.O. 1997, ch. 31.....	470
art. 6.....	283, 532, 616	<i>Loi sur l'éducation</i> , L.R.O. 1990, ch. E.2	
art. 7.....	45, 283, 445, 587, 613, 616, 687	Section B.....	470
art. 11b).....	759	art. 257.12(1)b).....	470
art. 12.....	3, 283	Section D.....	470
art. 24.....	587, 613, 616	Section F.....	470
art. 32.....	283	<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.C. 1970-71-72, ch. 63	
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		art. 96.....	391
art. 17.....	687	<i>Loi sur la preuve au Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. C-5	
art. 163.1(4).....	45	art. 16.....	178
art. 235.....	3	<i>Loi sur l'extradition</i> , L.R.C. 1985, ch. E-23	
art. 638(1)b).....	863	art. 9(3).....	532, 587, 613, 616
art. 676(1)a).....	363	art. 25.....	283
art. 686(1)b)(iii).....	279, 530		
art. 690b).....	741	R	
art. 690c).....	741	<i>Règles de la Cour suprême du Canada</i> , DORS/83-74	
art. 745c).....	3	art. 1.....	644
<i>Code de procédure civile</i> , L.R.Q., ch. C-25		art. 23(1).....	644
art. 31.....	407, 432	T	
art. 164.....	407, 432	<i>Teaching Profession Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 449	
L			
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		art. 4.....	772
art. 53.....	470		
art. 93.....	470		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated May 2000, release 13).....	238
American Law Institute. <i>Model Penal Code and Commentaries</i> , Part I, vol. 2. Philadelphia: The Institute, 1985.	26
Armstrong, Ken, and Steve Mills. "Death Row Justice Derailed: First of a Five-Part Series". <i>Chicago Tribune</i> , November 14, 1999.	344
Associated Press. "New Hampshire Veto Saves Death Penalty". <i>The New York Times</i> , May 20, 2000.	344
Auburn, Jonathan. <i>Legal Professional Privilege: Law and Theory</i> . Oxford: Hart Publishing, 2000.	454
Bala, N. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., <i>Discrimination in the Law and the Administration of Justice</i> . Montreal: Thémis, 1993, 231.....	907
Bala, N. « Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System », dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., <i>La discrimination dans le droit et l'administration de la justice</i> . Montréal : Thémis, 1993, 231.....	907
Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 <i>U. Louisville J. Fam. L.</i> 283.....	137
Barsh, Russel L., and James Y. Henderson. "The Supreme Court's <i>Van der Peet</i> Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 <i>McGill L.J.</i> 993.	937
Bessner, Ronda. "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 <i>C.R. (3d)</i> 15.	138
Bienen, Leigh B. "The Quality of Justice in Capital Cases: Illinois as a Case Study" (1998), 61 <i>Law & Contemp. Probs.</i> 193.....	343
Black, Henry Campbell. <i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.....	378
Blackstone, William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , t. 1. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris : Bossange, 1822.	982
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1770.	982
Blugerman, Brian, assisted by Laurie May. "The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128" (1995), 4 <i>M.C.L.R.</i> 17.....	81
Borrows, John. "The Trickster: Integral to a Distinctive Culture" (1997), 8 <i>Constitutional Forum</i> 27.	937
Borrows, John. "Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court" (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 15.	980

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> , vol. 2. Toronto: Canvasback (loose-leaf updated July 2000, release 2-2000).	253
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des affaires juridiques. <i>Rapport sur la pornographie</i> . Fascicule n° 18, le 22 mars 1978, p. 18:4.	133
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> . Fascicule n° 105, 10 juin 1993, p. 105:21.....	152
Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur l'Autonomie politique des Indiens. <i>L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1983.	976
Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. <i>Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution</i> (rapport Fraser). Ottawa, Le Comité: 1985.....	137
Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. <i>Infractions sexuelles à l'égard des enfants</i> (rapport Badgley). Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.	135
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Études sur le jury</i> . « La sélection des jurés », par Perry Schulman et Edward R. Myers. Ottawa : La Commission, 1979.....	877
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport : Pour une nouvelle codification du droit pénal</i> . Édition révisée et augmentée du rapport n° 30. Ottawa : La Commission, 1987.	25
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution</i> . Ottawa : La Commission, 1993.	980
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones</i> , vol. 2, <i>Une relation à redéfinir</i> . Ottawa : La Commission, 1996.	976
Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. <i>Sexual Offences Against Children</i> (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.....	135
Canada. Criminal Intelligence Service. <i>Annual Report on Organized Crime in Canada</i> . Ottawa: The Service, 2000.	136
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 3 ^e sess., 34 ^e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328.....	75, 150
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 7 novembre 1991, p. 4777-4779.	557
Canada. Department of National Revenue, Taxation. Interpretation Bulletin IT-90, "What is a Partnership?", February 9, 1973.	377
Canada. Health and Welfare Canada. Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada. <i>Reaching for Solutions</i> . By Rix G. Rogers. Ottawa: The Advisor, 1990.	169
Canada. Health Canada. <i>The Experiences of Young Gay Men in the Age of HIV: A Review of the Literature</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996.	842
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, p. 20328.	75, 150
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 7, 1991, pp. 4777-79.	557
Canada. House of Commons. Special Committee on Indian Self-Government. <i>Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee</i> . Ottawa: Queen's Printer for Canada, 1983.	976
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Report on Pornography</i> . Issue No. 18, March 22, 1978, p. 18:4.	133
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> . Issue No. 105, June 10, 1993, p. 105:21.	152
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Recodifying Criminal Law</i> . Revised and Enlarged Edition of Report 30. Ottawa: The Commission, 1987.	25

Canada. Law Reform Commission. <i>Studies on the Jury</i> . "Jury Selection", by Perry Schulman and Edward R. Myers. Ottawa: The Commission, 1979.	877
Canada. Ministère du Revenu national (Impôt). Bulletin d'interprétation IT-90, « Qu'est-ce qu'une société? », 9 février 1973.....	377
Canada. National Film Board. <i>Between Friends/Entre Amis</i> . Toronto: McClelland & Stewart, 1976.	960
Canada. Office national du film. <i>Between Friends/Entre Amis</i> . Toronto : McClelland & Stewart, 1976.....	960
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution</i> . Ottawa: The Commission, 1993.	980
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , vol. 2, <i>Restructuring the Relationship</i> . Ottawa: The Commission, 1996.	976
Canada. Santé Canada. <i>Les expériences des jeunes gais à l'ère du VIH : Analyse bibliographique</i> . Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996.	842
Canada. Santé et Bien-être social Canada. Rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada. <i>À la recherche de solutions</i> . Par Rix G. Rogers. Ottawa : Le Conseiller, 1990.....	169
Canada. Sénat. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles</i> . Fascicule n° 50, 21 juin, 1993, p. 50:41.....	116
Canada. Sénat. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles</i> . Fascicule n° 51, 22 juin 1993, p. 51:54.....	116
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> . Issue No. 50, June 21, 1993, p. 50:41.....	116
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> . Issue No. 51, June 22, 1993, p. 51:54.....	116
Canada. Service canadien de renseignements criminels. <i>Rapport annuel sur le crime organisé au Canada</i> . Ottawa : Le Service, 2000.	136
Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. <i>Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution</i> (Fraser Report). Ottawa: The Committee, 1985.....	137
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> . Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "explicit".....	80
Card, Richard. <i>Card Cross and Jones: Criminal Law</i> , 12th ed. London: Butterworths, 1992.....	25
<i>Chicago Tribune</i> . "Fixing the Death Penalty", December 29, 2000, p. N22.....	344
Conseil de l'Europe. Assemblée parlementaire. <i>Résolution 1044 (1994) relative à l'abolition de la peine de mort</i> , 4 octobre 1994.....	333
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal: Thémis, 1999.....	74, 705
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	74, 705
Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. <i>Traité de droit pénal canadien</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.....	709
Council of Europe. Parliamentary Assembly. <i>Resolution 1044 (1994) on the Abolition of Capital Punishment</i> , October 4, 1994.....	333
Council of Europe. <i>The Death Penalty: Abolition in Europe</i> . Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1999.	333
"Dead Man Walking Out", <i>The Economist</i> , June 10-16, 2000, p. 21.....	335
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	74

<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.	74, 140
Eskridge, William N. Jr. <i>Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.	847
European Parliament. Resolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 and 0542/97 (1997).	333
Findlay, Mark, Stephen Odgers and Stanley Yeo. <i>Australian Criminal Justice</i> , 2nd ed. Melbourne: Oxford University Press, 1999.	728
Fletcher, George P. <i>Rethinking Criminal Law</i> . Boston: Little, Brown, 1978.	22, 706
Fontaine, Janet H. "The Sound of Silence: Public School Response to the Needs of Gay and Lesbian Youth". In Mary B. Harris, ed., <i>School Experiences of Gay and Lesbian Youth: The Invisible Minority</i> . New York: The Haworth Press, 1997, 101.	841
Gillies, Peter. <i>Criminal Law</i> , 4th ed. Sydney: LBC Information Services, 1997.	728
Granger, Christopher. <i>The Criminal Jury Trial in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ontario: Carswell, 1996.	877
Greschner, Donna. "Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice", [1992] <i>U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)</i> 338.	980
Haines, Herbert H. <i>Against Capital Punishment: The Anti-Death Penalty Movement in America, 1972-1994</i> . New York: Oxford University Press, 1996.	309
Hall, Jerome. <i>General Principles of Criminal Law</i> , 2nd ed. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1960.	730
Hawkins, R. E. "Behind Closed Doors II: The Operational Problem — Deliberative Secrecy, Statutory Immunity and Testimonial Privilege" (1996), 10 <i>C.J.A.L.P.</i> 39.	267
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1999, release 1).	128
Hogg, Peter W., and Mary Ellen Turpel. "Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues" (1995), 74 <i>Can. Bar Rev.</i> 187.	979
Janisch, H. N. "Consistency, Rulemaking and <i>Consolidated-Bathurst</i> " (1991), 16 <i>Queen's L.J.</i> 95.	249, 261
Kelsey, Brian A. <i>An Educator's Guide to Funding and Governance</i> . Aurora, Ont.: Aurora Professional Press, 1999.	485
Kifner, John. "A State Votes to End Its Death Penalty: New Hampshire Legislature Acts, but Governor Pledges to Veto Bill". <i>The New York Times</i> , May 19, 2000, p. 16.	344
Klimchuk, Dennis. "Moral Innocence, Normative Involuntariness, and Fundamental Justice" (1998), 18 <i>C.R. (5th)</i> 96.	715
Kroll, Ian T., and Lorne B. Warneke. "The Dynamics of Sexual Orientation & Adolescent Suicide: A Comprehensive Review and Developmental Perspective" (May 1995).	843
Kymlicka, Will, and Wayne Norman, eds. <i>Citizenship in Diverse Societies</i> . New York: Oxford University Press, 2000.	991
La Forest, Anne Warner. <i>La Forest's Extradition To and From Canada</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1991.	556
Lacey, Marc, and Raymond Bonner. "Reno Troubled by Death Penalty Statistics". <i>The New York Times</i> , September 12, 2000, p. 17.	345
LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. <i>Substantive Criminal Law</i> , vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1986.	26, 730
Lahey, Kathleen A. <i>Are We "Persons" Yet? Law and Sexuality in Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1999.	842

Lemieux, Denis. « L'équilibre nécessaire entre la cohérence institutionnelle et l'indépendance des membres d'un tribunal administratif : <i>Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)</i> » (1992), 71 <i>R. du B. can.</i> 734.	249
Levesque, Roger J. R. <i>Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective</i> . Bloomington: Indiana University Press, 1999.	169
Liebman, James S., Jeffrey Fagan and Valerie West. <i>A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995</i> , June 12, 2000.	346
Liebman, James S., Jeffrey Fagan, Valerie West and Jonathan Lloyd. "Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995" (2000), 78 <i>Tex. L. Rev.</i> 1839.	346
<i>Lindley & Banks on Partnership</i> , 17th ed. By R. C. l'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1995. ...	380
MacDougall, Bruce. "Silence in the Classroom: Limits on Homosexual Expression and Visibility in Education and the Privileging of Homophobic Religious Ideology" (1998), 61 <i>Sask. L. Rev.</i> 41.	835
Manzer, Alison R. <i>A Practical Guide to Canadian Partnership Law</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated October 2000, release 6).	388
Mathison, Carla. "The Invisible Minority: Preparing Teachers to Meet the Needs of Gay and Lesbian Youth" (1998), 49 <i>Journal of Teacher Education</i> 151.	848
Mullan, David J. "Policing the <i>Consolidated-Bathurst</i> Limits — Of Whistleblowers and Other Assorted Characters" (1993), 10 <i>Admin. L.R.</i> (2d) 241.	271
Nathanson, David C. "Tax Motive Kills Partnership: Spire Freezers (cf. Continental Bank)" (1999), 7 <i>Tax Litigation</i> 458.	380
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Note du Secrétaire général</i> , N.U. Doc. A/51/457, 7 octobre 1996.	332
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Report of the Human Rights Committee</i> , N.U. Doc. A/46/40, 10 octobre 1991.	333
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Traité type d'extradition</i> , N.U. Doc. A/RÉS/45/116, 14 décembre 1990, art. 3, 4.	331
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants : Note du Secrétaire général</i> , Doc. N.U. A/49/478 (1994).	142
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Press Release: Human Rights Commission Acts on Texts Related to Unilateral Coercive Measures, Toxic Wastes, Right to Food and Extreme Poverty</i> , N.U. Doc. HR/CN/788, 7 avril 1997.	333
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants</i> , 55 ^e séance, 1992/74.	141
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Question de la peine de mort</i> , Rés. 1997/12, N.U. Doc. E/CN.4/RES/1997/12, 3 avril 1997.	332
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Question de la peine de mort</i> , Rés. 1998/8, N.U. Doc. E/CN.4/RES/1998/8, 3 avril 1998.	332
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Question de la peine de mort</i> , Rés. 1999/61, N.U. Doc. E/CN.4/RES/1999/61, 28 avril 1999.	332
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Question de la peine de mort</i> , Rés. 2000/65, N.U. Doc. E/CN.4/RES/2000/65, 27 avril 2000.	332
Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/RÉS/955, 8 novembre 1994.	334
Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/RÉS/827, 25 mai 1993.	334

Nations Unies. Conseil économique et social. <i>Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires : Rapport du Rapporteur spécial</i> , N.U. Doc. E/CN.4/1997/60, 24 décembre 1996.	332
Nations Unies. Conseil économique et social. <i>Question de la peine de mort : Rapport du Secrétaire général présenté en application de la résolution 1997/12 de la Commission</i> , N.U. Doc. E/CN.4/1998/82, 16 janvier 1998.	334
<i>New Oxford Dictionary of English</i> . Oxford: Clarendon Press, 1998, “bias”.	882
<i>New Oxford Dictionary of English</i> . Oxford: Clarendon Press, 1998, “explicit”.	80
<i>New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, “art”.	87
Nichols, Sharon L. “Gay, Lesbian, and Bisexual Youth: Understanding Diversity and Promoting Tolerance in Schools” (1999), 99 <i>Elementary School Journal</i> 505.	845
Nicholson, Norman L. <i>The Boundaries of the Canadian Confederation</i> . Toronto: Macmillan of Canada, 1979.	988
Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. <i>Digest of Findings and Recommendations</i> . Halifax: The Commission, 1989.	338
O’Connor, Desmond, and Paul A. Fairall. <i>Criminal Defences</i> , 3rd ed. Sydney: Butterworths, 1996.	729
Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. <i>Report</i> , vol. 2. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.	340
Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. <i>Rapport</i> , t. 2. Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.	340
Orkin, Mark M. <i>Legal Ethics: A Study of Professional Conduct</i> . Toronto: Cartwright & Sons, 1957.	460
Paciocco, David. “Challenges for Cause in Jury Selection after <i>Regina v. Parks</i> : Practicalities and Limitations”. Toronto: Canadian Bar Association — Ontario, February 11, 1995.	891
Parent, Hugues. « Histoire de l’acte volontaire en droit pénal anglais et canadien » (2000), 45 <i>R.D. McGill</i> 975.	709
Parent, Hugues. <i>Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.	709
Parlement européen. Résolutions B4-0468, 0487, 0497, 0513 et 0542/97 (1997).	333
Richter, Daniel K. <i>The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization</i> . Chapel Hill, N.C.: University of North Carolina Press, 1992.	942
Ritchie, William A. <i>The Archaeology of New York State</i> , rev. ed., Harrison, N.Y.: Harbor Hill Books, 1980.	944
Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc. (loose-leaf updated November 2000, release 7).	570
Roberts, Julian V. “Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends” (1996), 21 <i>Queen’s L.J.</i> 395.	137
Robinson, Paul H. <i>Criminal Law Defenses</i> , vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.	25
Ross, June. “ <i>R. v. Sharpe</i> and Private Possession of Child Pornography” (2000), 11 <i>Constitutional Forum</i> 50.	90
Sack, Jeffrey, C. Michael Mitchell and Sandy Price. <i>Ontario Labour Relations Board Law and Practice</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths (loose-leaf updated August 2000, release 14).	262
Schabas, William A. <i>The Abolition of the Death Penalty in International Law</i> , 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.	333
Scheck, Barry, Peter Neufeld and Jim Dwyer. <i>Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted</i> . New York: Random House, 2000.	345

Shaffer, Martha. "Scrutinizing Duress: The Constitutional Validity of Section 17 of the Criminal Code" (1998), 40 <i>Crim. L.Q.</i> 444.....	711
Slattery, Brian. "Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights" (2000), 79 <i>Can. Bar Rev.</i> 196.	983
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 727.....	982
Small, Joan. "Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?" (1995), 27 <i>Ottawa L. Rev.</i> 33.....	519
Small, Joan. "Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?" (1995), 27 <i>R.D. Ottawa.</i> 33.....	519
Smith, Sir John. <i>Smith & Hogan: Criminal Law</i> , 9th ed. London: Butterworths, 1999.....	25, 725
Sopinka, John, and Sidney N. Lederman. <i>The Law of Evidence in Civil Cases</i> . Toronto: Butterworths, 1974.	938
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.	184, 258, 453, 887
Stephen, James Fitzjames, Sir. <i>A Digest of the Criminal Law (indictable offences)</i> , 9th ed. By Sir Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.....	90
Story, Joseph. <i>Commentaries on the Constitution of the United States</i> , 4th ed., vol. II. Boston: Little, Brown, 1873.	988
Sugunasari, Shalin M. "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability" (1999), 22 <i>Dalhousie L.J.</i> 126.	119
Sullivan, Ruth. <i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.	705
Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.	74
Tanovich, David M., David M. Paciocco, and Steven Skurka. <i>Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science, and the Law</i> . Concord, Ontario: Irwin Law, 1997.	897
Tobias, Norman C. <i>Taxation of Corporations, Partnerships and Trusts</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.	377
United Kingdom. Royal Commission on Criminal Justice. <i>Report</i> . London: HMSO, 1993.	347
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Press Release: Human Rights Commission Acts on Texts Related to Unilateral Coercive Measures, Toxic Wastes, Right to Food and Extreme Poverty</i> , U.N. Doc. HR/CN/788, April 7, 1997.....	333
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography</i> , 55th Mtg., 1992/74.	141
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Question of the Death Penalty</i> , Res. 1997/12, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1997/12, April 3, 1997.	332
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Question of the Death Penalty</i> , Res. 1998/8, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1998/8, April 3, 1998.	332
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Question of the Death Penalty</i> , Res. 1999/61, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/61, April 28, 1999.	332
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Question of the Death Penalty</i> , Res. 2000/65, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/65, April 27, 2000.	332
United Nations. Economic and Social Council. <i>Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Report by the Special Rapporteur</i> , U.N. Doc. E/CN.4/1997/60, December 24, 1996.....	332
United Nations. Economic and Social Council. <i>Question of the Death Penalty: Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Commission Resolution 1997/12</i> , U.N. Doc. E/CN.4/1998/82, January 16, 1998.	334
United Nations. General Assembly. <i>Extrajudicial, summary or arbitrary executions: Note by the Secretary-General</i> , U.N. Doc. A/51/457, October 7, 1996.....	332

United Nations. General Assembly. <i>Model Treaty on Extradition</i> , U.N. Doc. A/RES/45/116, December 14, 1990, Arts. 3, 4.	331
United Nations. General Assembly. <i>Report of the Human Rights Committee</i> , U.N. Doc. A/46/40, October 10, 1991.....	333
United Nations. General Assembly. <i>Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: Note by the Secretary-General</i> , U.N. Doc. A/49/478 (1994).....	142
United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/827, May 25, 1993.....	334
United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/955, November 8, 1994.	334
VanDuzer, J. Anthony. <i>The Law of Partnerships and Corporations</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.....	387
Vattel, Emer de. <i>Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains</i> , t. 1, nouv. éd. Paris : Aillaud, 1830.....	990
Vattel, Emer de. <i>The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns</i> , Book II, new edition by Joseph Chitty. London: S. Sweet, 1834.	990
Vidmar, Neil. "Generic Prejudice and the Presumption of Guilt in Sex Abuse Trials" (1997), 21 <i>Law & Hum. Behav.</i> 5.....	883
Wade, William, and Christopher Forsyth. <i>Administrative Law</i> , 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.....	274
Washington State. <i>Status Report on the Death Penalty</i> . By Chief Justice Richard P. Guy, March 2000.	350
Washington State Bar Association. Board of Governors. <i>Resolution to Study Death Penalty Process</i> , August 4, 2000.	342
Watson, Jack. "Case Comment: <i>R. v. Sharpe</i> " (1999), 10 <i>N.J.C.L.</i> 251.....	128
White, Welsh S. "Capital Punishment's Future" (1993), 91 <i>Mich. L. Rev.</i> 1429.....	309
Wiener, Richard L., Audrey T. Feldman Wiener, and Thomas Grisso. "Empathy and Biased Assimilation of Testimonies in Cases of Alleged Rape" (1989), 13 <i>Law & Hum. Behav.</i> 343.	890
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.....	453
Woodward, Jack. <i>Native Law</i> . Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2000, release 2).....	937

Karl Find *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Alberta and the
Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. FIND

Neutral citation: 2001 SCC 32.

File No.: 27495.

2000: October 13; 2001: May 24.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour
and LeBel JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO*Criminal law — Jurors — Right to challenge for
cause — Nature of offence — Whether charges of sexual
assault against children raise realistic possibility of
juror partiality entitling accused to challenge for cause
— Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 638(1)(b).*

The accused was charged with 21 counts of sexual offences involving complainants ranging between 6 and 12 years of age at the time of the alleged offences. Prior to jury selection, he applied to challenge potential jurors for cause, arguing that the nature of the charges against him gave rise to a realistic possibility that some jurors might be unable to try the case against him impartially and solely on the evidence before them. The trial judge rejected the application. The accused was tried and convicted on 17 of the 21 counts. The majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal, upholding the trial judge's ruling not to permit the accused to challenge prospective jurors for cause.

Held: The appeal should be dismissed. The nature of the charges against the accused did not give rise to the

Karl Find *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Alberta et la
Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. FIND

Référence neutre : 2001 CSC 32.

N° du greffe : 27495.

2000 : 13 octobre; 2001 : 24 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Jurés — Droit aux récusations moti-
vées — Nature de l'infraction — Des accusations
d'agression sexuelle contre des enfants font-elles naître
une possibilité réaliste de partialité des jurés donnant à
l'accusé le droit de recourir à la procédure de récusation
motivée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46,
art. 638(1)(b).*

L'accusé a été inculpé de 21 chefs d'accusation lui reprochant des infractions d'ordre sexuel contre trois plaignantes, qui étaient âgées de 6 à 12 ans au moment des infractions reprochées. Avant la sélection des jurés, il a demandé à procéder à la récusation motivée de candidats jurés, plaidant que la nature des infractions portées contre lui faisaient naître une possibilité réaliste que certains jurés soient incapables de juger l'affaire impartialement, uniquement au regard de la preuve qui leur serait présentée. Le juge du procès a rejeté la demande. L'accusé a été jugé et déclaré coupable de 17 des 21 chefs d'accusation. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel de l'accusé, confirmant la décision du juge du procès de refuser de permettre à l'accusé de demander la récusation motivée de candidats jurés.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. La nature des accusations reprochées à l'accusé n'a pas fait naître en sa

right to challenge prospective jurors for cause on the ground of partiality.

Section 638(1)(b) of the *Criminal Code* permits a party to challenge for cause where a prospective juror is not indifferent between the Crown and accused. Lack of indifference constitutes partiality. Establishing a realistic potential for juror partiality generally requires satisfying the court on two matters: (1) that a widespread bias exists in the community; and (2) that some jurors may be incapable of setting aside this bias, despite trial safeguards, to render an impartial decision. The first branch of the test is concerned with the existence of a material bias, while the second is concerned with the potential effect of the bias on the trial process. However, the overarching consideration, in all cases, is whether there exists a realistic potential for partial juror behaviour. The first branch involves two concepts: "bias" and "widespread". "Bias" in the context of challenges for cause refers to an attitude that could lead jurors to decide the case in a prejudicial and unfair manner. Prejudice capable of unfairly affecting the outcome of the case is required. Bias is not determined at large but in the context of the specific case and may flow from a number of different attitudes. The second concept, "widespread", relates to the prevalence or incidence of the bias in question. The bias must be sufficiently pervasive in the community to raise the possibility that it may be harboured by members of a jury pool. If widespread bias is shown, the second branch of the test requires an accused to show that some jurors may not be able to set aside their bias despite the cleansing effect of the trial judge's instructions and the trial process itself. Ultimately, the decision to allow or deny an application to challenge for cause falls to the discretion of the trial judge. Where a realistic potential for partiality is shown to exist, the right to challenge must follow. If in doubt, the judge should err on the side of permitting challenges. Since jurors are presumed to be impartial, in order to rebut the presumption of impartiality, a party must call evidence or ask the trial judge to take judicial notice of facts, or both. In addition, the judge may draw inferences from events that occur in the proceedings and may make common sense inferences about how certain biases, if proved, may affect the decision-making process. The accused did not call any evidence in support of his application but relied heavily on proof by judicial notice. The threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by

faveur le droit de demander la récusation de jurés pour cause de partialité.

L'alinéa 638(1)b) du *Code criminel* permet à une partie de récuser un juré pour le motif qu'il n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé. L'absence d'impartialité peut être qualifiée de « partialité ». Pour établir une possibilité réaliste de partialité au sein des jurés il faut généralement convaincre le tribunal que les deux conditions suivantes sont réunies : (1) il existe d'un préjugé largement répandu au sein de la collectivité; (2) certains jurés pourraient être incapables — malgré les garanties assortissant le procès — de faire abstraction de ce préjugé et de rendre une décision impartiale. Le premier volet du critère porte sur l'existence d'un préjugé concret et le second sur les conséquences potentielles de ce préjugé sur le procès. Dans tous les cas, toutefois, la considération primordiale est la question de savoir s'il existe une possibilité réaliste de comportement partial de la part de jurés. Le premier volet comporte deux concepts cruciaux : « préjugé » et « largement répandu ». Dans le contexte des récusations motivées, le mot « préjugé » s'entend d'une attitude qui pourrait amener des jurés à statuer sur l'affaire dont ils sont saisis d'une manière préjudiciable et injuste. Il faut que le préjugé soit capable d'influer injustement sur l'issue de l'affaire. L'existence du préjugé n'est pas déterminée de façon générale, mais dans le cadre d'une affaire donnée. Le préjugé peut découler d'un certain nombre d'attitudes. Le second concept — savoir le terme « largement répandu » — concerne le caractère fréquent ou généralisé du préjugé en question. Il faut démontrer que le préjugé allégué est suffisamment répandu dans la collectivité pour faire naître la possibilité que des membres du tableau des jurés le nourrissent. Lorsque l'existence d'un préjugé largement répandu est démontrée, l'accusé doit établir, conformément au second volet du critère, que certains jurés pourraient être incapables de faire abstraction de leur préjugé malgré l'effet épurateur du procès et des directives du juge. En fin de compte, la décision d'accueillir ou de rejeter une demande de recours à la procédure de récusation motivée relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Lorsqu'il existe une possibilité réaliste de partialité, il en découle un droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Si le juge a un doute, il devrait pécher par excès de prudence et permettre qu'on demande la récusation d'un juré. Étant donné que les jurés sont présumés impartiaux, la partie qui désire réfuter cette présomption doit présenter une preuve à cet effet, demander au juge du procès de prendre connaissance d'office de certains faits ou utiliser ces deux moyens. En outre, le juge peut faire

resort to readily accessible sources of indisputable accuracy.

Here, the material presented by the accused falls short of grounding judicial notice of widespread bias in Canadian society against an accused in sexual assault trials. First, while the widespread nature of abuse and its potentially traumatic impact are not disputed, widespread victimization, standing alone, fails to establish widespread bias that might lead jurors to discharge their task in a prejudicial and unfair manner. Second, strong views about a serious offence do not ordinarily indicate bias and nothing in the material supports the contention, nor is it self-evident, that an exception arises in the case of sexual assaults on children. Third, there was also no proof that widespread myths and stereotypes undermine juror impartiality. While stereotypical beliefs might incline some jurors against an accused, it is not notorious or indisputable that they enjoy widespread acceptance in Canadian society. Fourth, although crimes arouse deep and strong emotions, one cannot automatically equate strong emotions with an unfair and prejudicial bias against the accused. Jurors are not expected to be indifferent toward crimes. Strong emotions are common to the trial of many serious offences and have never grounded a right to challenge for cause. The proposition that sexual offences are generically different from other crimes in their tendency to arouse strong passions is debatable, and does not, therefore, lend itself to judicial notice. Fifth, the survey of past challenge for cause cases involving sexual offences does not, without more, establish widespread bias arising from sexual assault charges. The number of prospective jurors disqualified, although relied on as support for judicial notice of widespread bias, is equally consistent with the conclusion that the challenge processes disqualified prospective jurors for acknowledging the intense emotions, beliefs, experiences and misgivings anyone might experience when confronted with the prospect of sitting as a juror

certaines déductions à partir d'événements survenant dans le cours des procédures et en tirer des conclusions conformes au sens commun sur la façon dont certains préjugés, s'ils sont prouvés, pourraient influencer sur le processus décisionnel. L'accusé n'a présenté aucune preuve au soutien de sa requête et s'est appuyé considérablement sur le mode de preuve fondé sur l'admission d'office de certains faits par le tribunal. Le seuil d'application de la connaissance d'office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d'office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l'objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l'existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable.

En l'espèce, le dossier présenté par l'appelant ne justifie pas d'admettre d'office l'existence, au sein de la société canadienne, d'un préjugé largement répandu défavorable à l'accusé dans les procès pour agression sexuelle. Premièrement, quoique le caractère largement répandu du problème des abus sexuels et son effet potentiellement traumatisant ne soient pas contestés, le caractère largement répandu de la victimisation ne prouve pas à lui seul l'existence d'un préjugé largement répandu susceptible d'amener des jurés à s'acquitter de leur tâche d'une manière injuste et préjudiciable. Deuxièmement, des opinions bien arrêtées à l'égard d'une infraction grave n'indiquent habituellement pas l'existence d'un préjugé et rien dans le dossier n'appuie l'argument, qui n'est pas non plus évident, voulant que cette règle souffre d'une exception dans le cas des agressions sexuelles contre des enfants. Troisièmement, il n'y avait également aucune preuve de l'existence de mythes et de préjugés largement répandus compromettant l'impartialité des jurés. Bien que des croyances stéréotypées puissent indisposer des jurés contre l'accusé, il n'est ni notoire ni incontestable que de telles croyances sont généralement acceptées dans la société canadienne. Quatrièmement, bien que les crimes soulèvent des émotions vives et profondes, il est impossible d'assimiler automatiquement de telles émotions à un préjugé injuste et préjudiciable visant l'accusé. On n'attend pas des jurés qu'ils soient indifférents aux crimes qui sont commis. Des émotions intenses sont présentes dans les procès visant nombre d'infractions graves et elles n'ont jamais fondé le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. L'argument selon lequel les infractions d'ordre sexuel sont génériquement différentes des autres crimes du fait qu'elles tendent à soulever des passions considérables est contestable et ne se prête en conséquence pas à la connaissance d'office. Cinquièmement,

on a case involving charges of sexual offences against children. Lastly, the theory of "generic prejudice" against accused persons in sexual assault trials has not been proved, nor could judicial notice be taken of the proposition that such prejudice exists. While judicial notice could be taken of the fact that sexual crimes are almost universally abhorred, this does not establish widespread bias arising from sexual assault trials.

Although the accused failed to satisfy the first branch of the test for partiality, it is prudent to consider the second branch, as the two parts are not watertight compartments. It is open to a trial judge reasonably to infer, in the absence of direct evidence, that some strains of bias by their very nature may prove difficult for jurors to identify and eliminate from their reasoning. The strength of the inference varies with the nature of the bias in issue, and its amenability to judicial cleansing. Fundamental distinctions exist between racial bias and the more general bias relating to the nature of the offence itself. Firstly, racial bias may impact more directly on a jury's decision than bias stemming from the nature of the offence because it is directed against a particular class of accused by virtue of an identifiable immutable characteristic. Secondly, trial safeguards may be less successful in cleansing racial prejudice because of its subtle, systemic and often unconscious operation. Bias directed toward the nature of the offence, however, is more susceptible to cleansing by the rigours of the trial process because it is more likely to be overt and acknowledged. The trial judge is more likely to address these concerns in the course of directions to the jury. Moreover, many of the safeguards the law has developed may be seen as a response to this type of bias. In the absence of evidence that strongly held beliefs or attitudes may affect jury behaviour in an unfair manner, it is difficult to conclude that they could not be cleansed by the trial process. It is speculative to assume that

l'examen de procès pour infractions d'ordre sexuel ayant donné lieu à des récusations motivées ne saurait, sans autre preuve, permettre d'établir l'existence d'un préjugé largement répandu découlant d'accusations d'agression sexuelle. Le nombre de candidats jurés déclarés inaptes, quoiqu'il soit invoqué pour demander l'admission d'office d'un préjugé largement répandu, est également compatible avec la conclusion que le processus de récusation a déclaré inaptes des candidats jurés parce qu'ils avaient avoué des émotions intenses, des croyances, des expériences et des inquiétudes susceptibles d'être le lot de toute personne faisant face à la possibilité de participer comme juré à un procès pour infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Enfin, la théorie du « préjugé générique » contre les personnes subissant un procès pour agression sexuelle n'a pas été prouvée et l'argument qu'un tel préjugé existe ne pouvait pas être admis d'office. Quoiqu'il soit possible de prendre connaissance d'office du fait que les crimes sexuels inspirent presque universellement le dégoût, cela ne prouve pas que les procès pour agression sexuelle sont à l'origine d'un préjugé largement répandu.

Quoique l'accusé n'ait pas satisfait au premier volet du critère applicable en matière de partialité, il convient de faire montre de prudence et d'examiner le second puisque les deux volets ne sont pas des formules rigides. En l'absence de preuve directe, le juge du procès peut raisonnablement conclure que, en raison de la nature même de certains types de préjugés, il pourrait être difficile pour les jurés de les reconnaître et de les éliminer de leur raisonnement. La force de cette conclusion varie en fonction de la nature du préjugé en jeu et de la perméabilité de celui-ci à l'effet épurateur du processus judiciaire. Il existe des distinctions fondamentales entre un préjugé racial et un préjugé plus général se rapportant à la nature de l'infraction elle-même. Premièrement, un préjugé racial peut influencer plus directement la décision d'un jury qu'un préjugé découlant de la nature de l'infraction, car le préjugé racial est une forme de préjugé dirigé contre une catégorie particulière d'accusés en raison d'une caractéristique immuable identifiable. Deuxièmement, il est possible que les garanties assortissant le procès filtrent moins efficacement les préjugés raciaux en raison du fonctionnement subtil, systémique et souvent inconscient de ce type de préjugés. Toutefois, un préjugé visant la nature de l'infraction est plus susceptible d'être épuré par les garanties rigoureuses assortissant le procès, parce qu'il est fort probable que ce préjugé soit plus manifeste et plus ouvertement admis. Il est probable que le juge du procès fera état de cette préoccupation dans ses directives au jury. Qui plus est, bon

jurors will act on their beliefs to the detriment of an accused, in violation of their oath or affirmation, the presumption of innocence and the directions of the trial judge. As well, absent evidence to the contrary, there is no reason to believe that stereotypical attitudes about accused persons charged with a crime of a sexual nature are more elusive of the cleansing measures than stereotypical attitudes about complainants. It follows that such myths and stereotypes, even if widespread, provide little support for any inference of a behavioural link between these beliefs and the potential for juror partiality. Finally, absent evidence, it is highly speculative to suggest that the emotions surrounding sexual crimes will lead to prejudicial and unfair juror behaviour. The safeguards of the trial process and the instructions of the trial judge are designed to replace emotional reactions with rational, dispassionate assessment. Our long experience in the context of the trial of other serious offences suggests that our faith in this cleansing process is not misplaced. The accused failed to establish that sexual offences give rise to a strain of bias that is uniquely capable of eluding the cleansing effect of trial safeguards.

Cases Cited

Applied: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Betker* (1997), 115 C.C.C. (3d) 421; referred to: *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. L. (R.)* (1996), 3 C.R. (5th) 70; *R. v. Mattingly* (1994), 28 C.R. (4th) 262; *R. v. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219; *R. v. Alli* (1996), 110 C.C.C. (3d) 283; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Lavallée*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Hillis*, [1996] O.J. No. 2739 (QL); *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Ewanchuk*,

nombre des garanties élaborées par le droit peuvent être considérées comme des réponses à ce type de préjugé. En l'absence de preuve que des attitudes ou croyances bien ancrées pourraient influencer de manière injuste le comportement du jury, il est difficile de conclure que le procès ne filtrera pas leurs effets. L'argument que des jurés agiront au détriment d'un accusé donné sur la foi de leurs croyances et au mépris de leur serment ou affirmation solennelle, de la présomption d'innocence et des directives du juge du procès ne repose que sur de simples conjectures. De même, en l'absence de preuve à l'effet contraire, il n'y a aucune raison de considérer que les attitudes stéréotypées visant les personnes accusées d'un crime de nature sexuelle échappent davantage aux mesures épuratrices que celles visant les plaignants. Il s'ensuit que, même s'ils étaient largement répandus, les mythes et stéréotypes de cette nature ne permettent guère de conclure à l'existence d'un lien d'ordre comportemental entre ces croyances et le risque de partialité des jurés. Enfin, en l'absence de preuve, la suggestion que les émotions entourant les crimes sexuels donneront lieu à un comportement préjudiciable et injuste de la part des jurés est éminemment conjecturale. Les garanties qu'offrent le procès et les directives du juge qui le préside ont pour objet de substituer une appréciation rationnelle et sereine aux réactions émotives. La longue expérience que nous possédons en matière de procès visant d'autres infractions graves tend à indiquer que notre foi dans l'effet épurateur de ce processus n'est pas mal placée. L'accusé n'a pas démontré que les infractions d'ordre sexuel engendrent un type de préjugé qui serait exceptionnellement imperméable à l'effet épurateur des garanties assortissant le procès.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Betker* (1997), 115 C.C.C. (3d) 421; **arrêts mentionnés :** *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. L. (R.)* (1996), 3 C.R. (5th) 70; *R. c. Mattingly* (1994), 28 C.R. (4th) 262; *R. c. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219; *R. c. Alli* (1996), 110 C.C.C. (3d) 283; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Hillis*, [1996] O.J. No. 2739 (QL); *R. c. Osolin*, [1993] 4

[1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 626 to 644, 629(1), 632 [am. 1992, c. 41, s. 2], 634, 638(1)(b), (2), 640(2), 649, 658(1).

Authors Cited

Bala, N. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice*. Montreal: Thémis, 1993, 231.

Canada. Law Reform Commission. *Studies on the Jury*. "Jury Selection", by Perry Schulman and Edward R. Myers. Ottawa: The Commission, 1979.

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ontario: Carswell, 1996.

New Oxford Dictionary of English. Oxford: Clarendon Press, 1998, "bias".

Paciocco, David. "Challenges for Cause in Jury Selection after *Regina v. Parks*: Practicalities and Limitations". Toronto: Canadian Bar Association — Ontario, February 11, 1995.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Tanovich, David M., David M. Paciocco, and Steven Skurka. *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science, and the Law*. Concord, Ontario: Irwin Law, 1997.

Vidmar, Neil. "Generic Prejudice and the Presumption of Guilt in Sex Abuse Trials" (1997), 21 *Law & Hum. Behav.* 5.

Wiener, Richard L., Audrey T. Feldman Wiener, and Thomas Grisso. "Empathy and Biased Assimilation of Testimonies in Cases of Alleged Rape" (1989), 13 *Law & Hum. Behav.* 343.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 126 O.A.C. 261, [1999] O.J. No. 3295 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on 17 counts relating to sexual offences. Appeal dismissed.

R.C.S. 595; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 626 à 644, 629(1), 632 [mod. 1992, ch. 41, art. 2], 634, 638(1)(b), (2), 640(2), 649, 658(1).

Doctrine citée

Bala, N. « Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System », dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*. Montréal : Thémis, 1993, 231.

Canada. Commission de réforme du droit. *Études sur le jury*. « La sélection des jurés », par Perry Schulman et Edward R. Myers. Ottawa : La Commission, 1979.

Granger, Christopher. *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ontario : Carswell, 1996.

New Oxford Dictionary of English. Oxford : Clarendon Press, 1998, « bias ».

Paciocco, David. « Challenges for Cause in Jury Selection after *Regina v. Parks*: Practicalities and Limitations ». Toronto : Association du Barreau canadien — Ontario, 11 février 1995.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Tanovich, David M., David M. Paciocco, and Steven Skurka. *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science, and the Law*. Concord, Ontario : Irwin Law, 1997.

Vidmar, Neil. « Generic Prejudice and the Presumption of Guilt in Sex Abuse Trials » (1997), 21 *Law & Hum. Behav.* 5.

Wiener, Richard L., Audrey T. Feldman Wiener, and Thomas Grisso. « Empathy and Biased Assimilation of Testimonies in Cases of Alleged Rape » (1989), 13 *Law & Hum. Behav.* 343.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 126 O.A.C. 261, [1999] O.J. No. 3295 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à 17 chefs d'accusation lui reprochant des infractions d'ordre sexuel. Pourvoi rejeté.

David M. Tanovich and Umberto Sapone, for the appellant.

Jamie Klukach and Jennifer Woollcombe, for the respondent.

David M. Paciocco, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Written submission by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

Trial by jury is a cornerstone of Canadian criminal law. It offers the citizen the right to be tried by an impartial panel of peers and imposes on those peers the task of judging fairly and impartially. Since our country's earliest days, Canadian jurors have met this challenge. Every year in scores of cases, jurors, instructed that they must be impartial between the prosecution and the accused, render fair and carefully deliberated verdicts. Yet some cases may give rise to real fears that, despite the safeguards of the trial process and the directions of the trial judge, some jurors may not be able to set aside personal views and function impartially.

The criminal law has developed procedures to address this possibility. One of the most important is the right of the accused to challenge a potential juror "for cause" where legitimate concerns arise. This Court recently held that widespread prejudice against the accused's racial group may permit an accused to challenge for cause: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128. In this appeal we are asked to find that charges of sexual assault of children similarly evoke widespread prejudice in the com-

David M. Tanovich et Umberto Sapone, pour l'appelant.

Jamie Klukach et Jennifer Woollcombe, pour l'intimée.

David M. Paciocco, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Argumentation écrite par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le procès devant jury constitue une des pierres d'assises du droit criminel canadien. Il accorde aux citoyens le droit d'être jugés par un groupe impartial de leurs pairs, à qui il impose la tâche de juger l'affaire équitablement et impartialement. Depuis les tout débuts de notre pays, les jurés canadiens ont su s'acquitter de cette tâche. Chaque année, dans une multitude d'affaires, après avoir reçu l'instruction d'éviter toute partialité en faveur de la poursuite ou de l'accusé, les jurés rendent des verdicts justes au terme de délibérations méticuleuses. Il survient néanmoins des affaires où peut naître la crainte réelle que, malgré les garanties qu'offrent le procès et les directives du juge qui le préside, certains jurés puissent être incapables de faire abstraction de leurs opinions personnelles et d'agir avec impartialité.

Le droit criminel a élaboré divers mécanismes visant à parer à cette éventualité. L'une des plus importantes est le droit de l'accusé à la récusation « motivée » de candidats jurés lorsque naissent des inquiétudes légitimes. Notre Cour a récemment jugé que l'existence de préjugés largement répandus visant le groupe racial de l'accusé peut permettre à celui-ci de se prévaloir de la procédure de récusation motivée: *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128. Dans le présent pourvoi, on nous demande de conclure que les accusations d'agression sexuelle contre les enfants sont, de manière

munity and also entitle the accused to challenge prospective jurors for cause.

analogue, à l'origine de préjugés largement répandus dans la collectivité et donnent également à l'accusé le droit à la récusation motivée de candidats jurés.

3 At stake are two important values. The first is the right to a fair trial by an impartial jury under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The second is the need to maintain an efficient trial process, unencumbered by needless procedural hurdles. Our task is to set out guidelines that ensure a fundamentally fair trial without unnecessarily complicating and lengthening trials and increasing the already heavy burdens placed on jurors.

Deux principes importants sont en jeu. Le premier est le droit à un procès équitable devant un jury impartial prévu par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le deuxième est le besoin de maintenir le déroulement efficace du procès, sans encombrer celui-ci d'obstacles procéduraux inutiles. Notre tâche consiste à établir des lignes directrices propres à assurer un procès fondamentalement équitable sans compliquer et allonger inutilement les procès et ajouter aux responsabilités déjà lourdes qui incombent aux jurés.

4 The appellant was charged with sexual assault of children. Before the jury was empanelled, he applied to challenge the potential jurors for cause. The nature of the charges against him, he contended, gave rise to a realistic possibility that some prospective jurors might harbour such prejudice that they would be unable to act impartially and try the case solely on the evidence before them. The trial judge rejected this request, as did the majority of the Ontario Court of Appeal. Before this Court, the appellant reasserts his claim that the denial of the right to challenge for cause violated s. 638(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and deprived him of his *Charter* right to a fair trial.

L'appelant a été accusé d'agressions sexuelles contre des enfants. Avant que le jury ne soit constitué, il a demandé la récusation de candidats jurés pour le motif que la nature des accusations portées contre lui faisait naître la possibilité réaliste que certains candidats jurés nourrissent des préjugés qui les rendraient incapables d'agir impartialement et de juger l'affaire uniquement au regard de la preuve qui leur serait présentée. Le juge du procès a rejeté cette demande, tout comme l'ont fait les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario. Devant notre Cour, l'appelant plaide à nouveau que le refus de lui accorder le droit de recourir à la procédure de récusation motivée a constitué une violation de l'al. 638(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et l'a privé du droit à un procès équitable que lui garantit la *Charte*.

5 I conclude that the appellant has not established the right to challenge for cause. No basis has been shown to support the conclusion that charges of sexual assault against children raise a realistic possibility of juror partiality entitling the accused to challenge for cause. Accordingly, the appeal must be dismissed.

J'estime que l'appelant n'a pas établi qu'il avait le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Aucun fondement n'a été présenté au soutien de la conclusion que des accusations d'agressions sexuelles contre des enfants feraient naître une possibilité réaliste de partialité des jurés donnant à l'accusé le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté.

II. History of the Case

II. Historique de l'affaire

6 The appellant was tried on 21 counts of sexual assault involving three complainants, who ranged

L'appelant a été jugé à l'égard de 21 chefs d'agression sexuelle contre trois plaignantes, qui

between the ages of 6 and 12 at the time of the alleged offences. Prior to jury selection, defence counsel applied to challenge potential jurors for cause. No evidence was led in support of this application; rather, defence counsel contended a realistic potential for juror partiality arose from the ages of the alleged victims, the high number of alleged assaults, and the alleged use of violence. Defence counsel proposed that the following questions be put to potential jurors:

Do you have strong feelings about the issue of rape and violence on young children?

If so, what are those feelings based on?

Would those strong feelings concerning the rape and violence on young children prevent you from giving Mr. Find a fair trial based solely on the evidence given during the trial of this case?

The trial judge, in a brief oral ruling, dismissed the application on the basis that it simply “doesn’t fall anywhere near the dicta of the Court of Appeal in *Regina v. Parks*” (in *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353, the Ontario Court of Appeal held that the accused was entitled to challenge potential jurors for cause on the basis of racial prejudice).

Later, during the process of empanelling the jury, a potential juror spontaneously offered that he had two children, stating “I just don’t think I could separate myself from my feelings towards them and separate the case”. This prospective juror was peremptorily challenged, and defence counsel renewed the request to challenge for cause, to no avail. The appellant was tried and convicted on 17 of the 21 counts.

The appellant appealed on the ground, *inter alia*, that the trial judge erred in not allowing challenges for cause. The spontaneous admission of the potential juror during the selection process was the only evidence relied upon before the Ontario Court of Appeal. The majority, *per* McMurtry C.J.O., held

étaient âgées de 6 à 12 ans au moment des infractions reprochées. Avant la sélection des jurés, l’avocat de la défense a demandé à procéder à la récusation motivée de candidats jurés. Il n’a présenté aucune preuve pour étayer sa demande, affirmant plutôt que l’âge des présumées victimes, le grand nombre d’agressions qui auraient été commises et le fait qu’on reprochait l’usage de violence faisaient naître une possibilité réaliste de partialité de la part des jurés. L’avocat de la défense a proposé que les questions suivantes soient posées aux candidats jurés :

[TRADUCTION] Est-ce que le viol de jeunes enfants et la violence commise à leur endroit suscitent en vous des sentiments intenses?

Si oui, sur quoi ces sentiments reposent-ils?

Est-ce que ces sentiments vous empêcheraient de faire bénéficier M. Find d’un procès équitable basé uniquement sur la preuve qui sera présentée au procès?

Dans un bref jugement oral, le juge du procès, a rejeté la demande pour la simple raison qu’elle [TRADUCTION] « ne cadr[ait] pas du tout avec l’opinion de la Cour d’appel dans l’arrêt *Regina c. Parks* » ((1993), 84 C.C.C. (3d) 353, où la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que l’accusé avait le droit de demander la récusation de candidats jurés pour cause de préjugé racial).

Ultérieurement, durant la constitution du jury, un candidat juré a dit spontanément qu’il avait deux enfants, puis il a fait l’affirmation suivante : [TRADUCTION] « Je ne crois tout simplement pas que je pourrais faire abstraction de mes sentiments envers eux en entendant l’affaire ». Ce candidat juré a été récusé péremptoirement et l’avocat de la défense a réitéré, mais en vain, sa demande de recours à la procédure de récusation motivée. L’appellant a subi son procès et a été reconnu coupable de 17 des 21 chefs d’accusation.

L’appellant a interjeté appel, plaidant notamment que le juge du procès aurait commis une erreur en ne permettant pas le recours à la procédure de récusation motivée. La déclaration spontanée du candidat juré durant le processus de sélection est le seul élément de preuve qui a été invoqué devant la

that this admission did not demonstrate a realistic potential for partiality and offered no evidentiary basis for allowing challenges for cause: (1999), 126 O.A.C. 261, at para. 8. Since no other evidence was led, the appellant could succeed only if the court could take judicial notice of a widespread bias in the community in relation to sexual offences of this kind. The majority held that judicial notice could not be taken of that fact, for the reasons articulated in *R. v. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641, a judgment released concurrently. Moldaver J.A. dissented on the challenge for cause issue, also relying on his reasons from *K. (A.)*. Since both opinions import the substance of their reasons from the companion case of *K. (A.)*, it is necessary to consider this case in some detail.

Cour d'appel de l'Ontario. Le juge en chef McMurtry, s'exprimant pour la majorité de la Cour d'appel, a estimé que cette déclaration ne prouvait pas l'existence d'une possibilité réaliste de partialité et ne constituait pas une preuve justifiant d'autoriser le recours à la procédure de récusation motivée : (1999), 126 O.A.C. 261, par. 8. Comme aucun autre élément de preuve n'avait été présenté, l'appelant ne pouvait avoir gain de cause que si la cour pouvait prendre connaissance d'office de l'existence, dans la collectivité, d'un préjugé largement répandu contre ce type d'infractions d'ordre sexuel. La majorité a jugé que ce fait ne pouvait être admis d'office, et ce pour les motifs exposés dans *R. c. K. (A.)* (1999), 45 O.R. (3d) 641, jugement rendu en même temps. Le juge Moldaver a exprimé sa dissidence sur la question des récusations motivées, s'appuyant sur ses motifs dans l'arrêt *K. (A.)*. Puisque les deux opinions s'inspirent essentiellement des motifs exposés dans le dossier connexe *K. (A.)*, il est nécessaire d'examiner cette affaire en détail.

9

K. (A.) involved two brothers charged with the sexual assault of children aged 4 to 12 years at the time of the alleged assaults. The majority of the Court of Appeal, *per* Charron J.A., upheld the trial judge's decision to deny challenges for cause, while allowing the appeal on other grounds. Charron J.A. emphasized the distinction between racial prejudice and prejudice against persons charged with sexual assault, arguing that the first goes to a want of indifference towards the accused while the second relates to a want of indifference towards the nature of the crime. The connection between racial prejudice and a particular accused is direct and logical, whereas "strong attitudes about a particular crime, even when accompanied by intense feelings of hostility and resentment towards those who commit the crime, will rarely, if ever, translate into partiality in respect of the accused" (para. 41). She rejected the argument that this Court's decision in *Williams, supra*, expanded the right to challenge for cause. While *Williams* recognized the possibility of bias arising from the nature of an offence, it did not eliminate the need to show a realistic potential for partiality, which remains

L'affaire *K. (A.)* concernait deux frères accusés d'agressions sexuelles contre des enfants qui étaient âgés de 4 à 12 ans au moment des agressions reprochées. S'exprimant pour la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario, madame le juge Charron a confirmé la décision du juge du procès refusant le recours à la procédure de récusation motivée, mais elle a accueilli l'appel sur le fondement d'autres moyens. Madame le juge Charron a souligné la distinction qui existe entre les préjugés raciaux et les préjugés contre les personnes accusées d'infractions d'ordre sexuel, affirmant que les premiers reposent sur l'absence d'impartialité à l'égard de l'accusé tandis que les seconds touchent à l'absence d'impartialité à l'endroit de la nature du crime. Le lien entre les préjugés raciaux et un accusé donné est direct et logique, tandis que des [TRADUCTION] « attitudes bien arrêtées à l'égard d'un crime donné, même lorsqu'elles sont accompagnées de vifs sentiments d'animosité et de ressentiment envers ceux qui commettent ce crime, ne se traduisent que rarement, voire jamais, par la partialité à l'égard de l'accusé » (par. 41). Madame le juge Charron a rejeté l'argument que la décision de

the governing test for challenges for cause. This test was not met in the case before the court.

Charron J.A. found little support for the accused's application in statistics indicating widespread sexual abuse in Canadian society. These statistics, she observed, only demonstrate the prevalence of abuse; they do not indicate a resultant bias, let alone the nature of that bias or its impact on jury deliberation. To her mind, they did not support the inference that there exists a realistic risk of juror partiality. As to the appellant's contention that widespread attitudes about sexual offences may cause jurors to act contrary to their oath, Charron J.A. concluded that the material before the court did not describe the alleged attitudes, or indicate how they would affect juror behaviour. She noted that the work of Professor Neil Vidmar, often advanced in support of the concept of generic prejudice, is the subject of heated debate and suffers from a number of flaws, most notably a lack of attention to the impact of juror attitudes on deliberation behaviour.

Charron J.A. also found that the presence of "strong feelings, opinions and beliefs" is not so notorious as to be the subject of judicial notice — in fact, it was unclear exactly what beliefs and opinions were being targeted for judicial notice. Beliefs and opinions regarding allegations of sexual abuse are all over the map: some believe children never lie about abuse, others believe that children are especially susceptible to the influence of adults, and that their testimony should not be relied

notre Cour dans l'arrêt *Williams*, précité, aurait élargi le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Bien que cet arrêt ait reconnu que la nature de l'infraction puisse être source de partialité, il n'a pas éliminé le besoin de démontrer l'existence d'une possibilité réaliste de partialité, facteur qui demeure le critère applicable en matière de récusation motivée. Ce critère n'était pas respecté dans l'affaire dont la Cour d'appel était saisie.

Madame le juge Charron a estimé que les statistiques indiquant que l'abus sexuel est un phénomène largement répandu dans la société canadienne n'appuyaient guère la demande de l'accusé. Elle a fait remarquer que ces statistiques témoignent uniquement du caractère généralisé de ce phénomène; elles n'indiquent pas qu'il en découle un préjugé et encore moins quelle est la nature de ce préjugé ou son incidence sur les délibérations du jury. À son avis, ces statistiques n'appuient pas l'inférence qu'il existe un risque réaliste de partialité de la part des jurés. Quant à la prétention de l'appelant que l'existence d'attitudes largement répandues à l'égard des infractions d'ordre sexuel pourrait inciter les jurés à ne pas respecter leur serment, madame le juge Charron a conclu que la preuve dont disposait la cour ne décrivait pas les attitudes alléguées et n'indiquait pas non plus comment elles influenceraient le comportement des jurés. Elle a souligné que les travaux du professeur Neil Vidmar, souvent invoqués à l'appui du concept de préjugé générique, sont l'objet de vifs débats et présentent un certain nombre de lacunes, plus particulièrement le fait qu'ils ne s'arrêtent pas à l'effet des attitudes des jurés sur leur comportement au cours des délibérations.

Madame le juge Charron a également estimé que l'existence de [TRADUCTION] « sentiments, opinions et croyances bien arrêtés » n'est pas un fait notoire au point d'être admis d'office — de fait, on ne savait pas exactement quelles étaient les croyances et opinions dont on demandait l'admission d'office. Il existe un large éventail de croyances et d'opinions concernant les allégations d'abus sexuel : certaines personnes croient que les enfants ne mentent jamais en matière d'abus

upon; some believe the trial system to be stacked in favour of the accused, others the complainant. Even if these opinions and beliefs are accepted as widespread, they are likely to be diffused in deliberation. The existence of feelings, opinions and beliefs about the crime of sexual assault does not translate into partiality — jurors are neither presumed, nor desired, to function as blank slates.

sexuel, alors que d'autres estiment qu'ils sont particulièrement vulnérables à l'influence des adultes et qu'il ne faut pas se fier à leur témoignage; certaines personnes croient que notre système judiciaire favorise l'accusé, d'autres le plaignant. Même si ces opinions et croyances sont tenues pour largement répandues, leur effet sera vraisemblablement délayé durant les délibérations. L'existence de sentiments, d'opinions et de croyances concernant le crime d'agression sexuelle ne se traduit pas par de la partialité — on n'attend pas des jurés qu'ils s'acquittent de leur tâche en faisant le vide dans leur tête et il ne serait pas non plus souhaitable qu'ils le fassent.

12 Finally, Charron J.A. remained unconvinced by evidence that a high proportion of prospective jurors were successfully challenged for cause in cases where challenges were allowed. She found it “impossible to draw any meaningful inference from the answers provided by the jurors when confronted with general questions such as those found . . . in this case and in other cases relied upon” (*K. (A.)*, *supra*, at para. 51). Many of the responses demonstrated nothing more than that the candidate would have difficulty hearing the case. No meaningful direction had been provided by the trial judge on the nature of jury duty or the meaning of impartiality, and no distinction drawn between partiality and the beliefs, emotions and opinions that influence all decision making.

Enfin, la preuve indiquant qu'un grand nombre de candidats jurés ont fait l'objet de récusations motivées dans les affaires où le recours à cette procédure a été permis n'a pas convaincu le juge Charron. Cette dernière a conclu qu'il était [TRADUCTION] « impossible de tirer des inférences significatives des réponses données par les jurés à des questions générales comme celles posées [. . .] dans la présente affaire et dans d'autres affaires invoquées au soutien de la demande » (*K. (A.)*, précité, par. 51). Bon nombre de réponses n'ont révélé rien de plus que le fait que le candidat trouverait pénible d'entendre l'affaire. Le juge du procès n'avait fourni aucune directive sur la nature du devoir des jurés ou sur le sens de la notion d'impartialité et il n'avait fait aucune distinction entre la partialité et les croyances, émotions et opinions qui influencent tout processus décisionnel.

13 Moldaver J.A., dissenting on this issue, was satisfied that a “realistic potential” of juror partiality arises from the nature of sexual assault charges, grounding a right in the accused to challenge prospective jurors for cause. Considering the evidence in its entirety, and taking judicial notice of what he found to be notorious facts, he made a number of preliminary findings: (1) sexual abuse impacts a large percentage of the population, supporting a reasonable inference that any jury panel may contain victims, perpetrators and people closely associated with them; (2) the effects of sexual abuse, or wrongful allegations, are potentially devastating and lifelong; (3) sexual assault tends to be commit-

Le juge Moldaver de la Cour d'appel, dissident sur cette question, était d'avis que la nature des accusations d'agression sexuelle fait naître une « possibilité réaliste » de partialité des jurés qui fonde le droit de l'accusé de demander la récusation motivée de candidats jurés. Tenant compte de l'ensemble de la preuve et prenant connaissance d'office de faits qu'il a tenus pour notoires, il a tiré un certain nombre de conclusions préliminaires : (1) comme le phénomène de l'abus sexuel touche une grande partie de la population, il est raisonnable d'en inférer que tout tableau des jurés peut comporter le nom de victimes, d'agresseurs et de gens étroitement liés à de telles personnes; (2) les

ted along gender lines; (4) women and children have been subjected to systemic discrimination, including in the justice system — recent changes have gone too far for some, but not far enough for others; (5) where challenges for cause have been permitted, literally hundreds of potential jurors have been found partial; and (6) unlike many crimes, a wide variety of stereotypes and beliefs surround the crime of sexual abuse.

Moldaver J.A. concluded that these factors, in combination, raised a realistic concern about juror partiality. At the very least, they left him in doubt, which should be resolved in favour of the accused: *Williams, supra*, at para. 22. While asserting that challenges for cause based on the nature of the offence are exceptional, he concluded that “unlike other crimes, by its nature, the crime of sexual abuse can give rise to intense and deep-seated biases that may be immune to judicial cleansing and highly prejudicial to an accused” (*K. (A.)*, *supra*, at para. 189).

Two arguments held particular sway with Moldaver J.A. First, he accepted that the high incidence of juror disqualification where challenges for cause were allowed disclosed the existence of a widespread bias against persons charged with sexual assault. Second, he adopted Professor David Paciocco’s theory that the prevalence of sexual assault and the politicization of this offence have created two groups of people, “dogmatists” and “victims”, both of which contain people who may be unable to set aside their political convictions or experiences with abuse to render an impartial decision.

effets de l’abus sexuel ou de fausses allégations à cet égard, peuvent être dévastateurs et permanents; (3) l’agression sexuelle est un crime qui tend généralement à être commis par un sexe contre l’autre; (4) les femmes et les enfants font l’objet de discrimination systémique, y compris dans le système judiciaire — pour certains les changements survenus récemment à cet égard vont trop loin alors que pour d’autres ils sont insuffisants; (5) dans des cas où le recours à la procédure de récusation motivée a été permis, littéralement des centaines de jurés potentiels ont été déclarés partiaux; (6) contrairement à bien d’autres crimes, un large éventail de stéréotypes et de croyances entourent le crime d’abus sexuel.

Le juge Moldaver a estimé que la combinaison de ces facteurs faisait naître des inquiétudes réalistes relativement à la possibilité de partialité des jurés. À tout le moins, ces facteurs ont soulevé chez lui un doute qui devrait bénéficier à l’accusé : *Williams*, précité, par. 22. Bien qu’il ait affirmé que les récusations motivées fondées sur la nature de l’infraction sont exceptionnelles, le juge Moldaver a conclu que [TRADUCTION] « contrairement à d’autres crimes, de par sa nature, le crime d’abus sexuel peut faire naître des préjugés profonds et bien enracinés, qui pourraient être imperméables à l’effet épurateur du processus judiciaire et hautement préjudiciables à l’accusé » (*K. (A.)*, précité, par. 189).

Deux arguments ont particulièrement influencé le juge Moldaver. Premièrement, il a accepté l’argument selon lequel le taux élevé de jurés déclarés inaptes dans des affaires où le recours à la procédure de récusation motivée a été permis démontrait l’existence d’un préjugé largement répandu contre les personnes accusées d’agression sexuelle. Deuxièmement, il a retenu la théorie du professeur David Paciocco selon laquelle l’ampleur du problème des agressions sexuelles et la politisation de cette infraction ont créé deux groupes — les « dogmatiques » et les « victimes » — comptant chacun des personnes qui pourraient être incapables de faire abstraction de leurs convictions politiques ou de leurs expériences en ces matières et de rendre une décision impartiale.

14

15

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

16 *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

638. (1) A prosecutor or an accused is entitled to any number of challenges on the ground that

. . . .

(b) a juror is not indifferent between the Queen and the accused;

. . . .

(2) No challenge for cause shall be allowed on a ground not mentioned in subsection (1).

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

IV. Issue

17 Did the nature of the charges against the accused give rise to the right to challenge jurors for cause on the ground of partiality?

V. Analysis

A. *Overview of the Jury Selection Process*

18 To provide context and guidance to the determination of this issue, it is necessary to consider the process of jury selection and the place of challenges for cause in that process.

19 The jury selection process falls into two stages. The first is the “pre-trial” process, whereby a panel (or “array”) of prospective jurors is organized and made available at court sittings as a pool from which trial juries are selected. The second stage is the “in-court” process, involving the selection of a trial jury from this previously prepared panel. Pro-

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

638. (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n’importe quel nombre de récusations pour l’un ou l’autre des motifs suivants :

. . . .

b) un juré n’est pas impartial entre la Reine et l’accusé;

. . . .

(2) Nulle récusation motivée n’est admise pour une raison non mentionnée au paragraphe (1).

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

d) d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable;

IV. La question en litige

La nature des accusations portées contre l’accusé a-t-elle fait naître en sa faveur le droit de demander la récusation de jurés pour cause de partialité?

V. Analyse

A. *Survol du processus de sélection des jurés*

Afin d’établir le contexte et de donner les indications nécessaires pour trancher cette question, il convient d’examiner le processus de sélection des jurés et le rôle des récusations motivées dans ce processus.

Le processus de sélection des jurés comporte deux étapes. La première est l’étape « préalable au procès », au cours de laquelle un tableau (ou une « liste ») de candidats jurés est dressé et utilisé lors de séances des tribunaux, aux fins de sélection des jurés pour les procès. La seconde est l’étape « en salle d’audience », où les jurés sont choisis à partir

vincial and federal jurisdictions divide neatly between these two stages: the first stage is governed by provincial legislation, while the second stage falls within the exclusive domain of federal law (see C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2nd ed. 1996), at pp. 83-84; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at pp. 712-13).

Both stages embody procedures designed to ensure jury impartiality. The “pre-trial” stage advances this objective by randomly assembling a jury pool of appropriate candidates from the greater community. This is assured by provincial legislation addressing qualifications for jury duty; compilation of the jury list; the summoning of panel members; selection of jurors from the jury list; and conditions for being excused from jury duty. These procedures furnish, so far as possible, a representative jury pool: *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at pp. 525-26; P. Schulman and E. R. Myers, “Jury Selection”, in *Studies on the Jury* (1979), a report to the Law Reform Commission of Canada at p. 408.

The “in-court” process is governed by ss. 626 to 644 of the *Criminal Code*. Its procedures directly address juror impartiality. The selection of the jury from the assembled pool of potential jurors occurs in an open courtroom, with the accused present. The jury panel is brought into the courtroom and the trial judge makes a few opening remarks to the panel. Provided the validity of the jury panel itself is not challenged (pursuant to the grounds listed in s. 629(1)), the Registrar reads the indictment, the accused enters a plea, and the empanelling of the jury immediately begins: see *Sherratt, supra*, at pp. 519-22.

Members of the jury pool may be excluded from the jury in two ways during the empanelling process. First, the trial judge enjoys a limited preliminary power to excuse prospective jurors. This is referred to as “judicial pre-screening” of the jury array. At common law, the trial judge was empow-

du tableau dressé préalablement. La compétence à l’égard de chacune de ces étapes est répartie de façon nette entre le fédéral et les provinces : la première étape étant régie par la législation provinciale et la seconde ressortant exclusivement au droit fédéral (voir C. Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada* (2^e éd. 1996), p. 83-84; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, p. 712-713).

Chacune de ces étapes comporte des mesures visant à assurer l’impartialité du jury. L’étape « préalable au procès » favorise cet objectif en ce qu’elle permet de dresser, de façon aléatoire, un tableau de candidats jurés convenables, issus de l’ensemble de la collectivité. Les modalités sont prévues par la loi provinciale pertinente, qui pourvoit aux conditions d’aptitude aux fonctions de juré, à la constitution de la liste des jurés, à l’assignation des candidats, à la sélection des jurés à partir de cette liste et aux conditions de dispense. Ces diverses mesures permettent d’obtenir un tableau des jurés aussi représentatif que possible : *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 525-526; P. Schulman et E. R. Myers, « La sélection des jurés », dans *Études sur le jury* (1979), rapport présenté à la Commission de réforme du droit du Canada, p. 456.

L’étape « en salle d’audience » est régie par les art. 626 à 644 du *Code criminel*. Cette procédure porte directement sur la question de l’impartialité du jury. La sélection des membres du jury à partir du groupe de candidats réunis se fait en audience publique et en présence de l’accusé. Les jurés sont réunis dans la salle d’audience et le juge du procès leur fait quelques observations préliminaires. À moins qu’une partie ne demande la récusation du tableau des jurés (pour l’un ou l’autre des motifs énumérés au par. 629(1)), le greffier lit l’acte d’accusation, l’accusé inscrit un plaidoyer et la constitution du jury commence immédiatement : *Sherratt, précité*, p. 519-522.

Durant la constitution du jury, les candidats jurés peuvent être écartés de deux façons. Premièrement, le juge du procès dispose d’un pouvoir limité de dispenser des candidats jurés. On appelle cette étape la « présélection judiciaire » du tableau des jurés. En common law, le juge du procès était

20

21

22

ered to ask general questions of the panel to uncover manifest bias or personal hardship, and to excuse a prospective juror on either ground. Today in Canada, the judge typically raises these issues in his remarks to the panel, at which point those in the pool who may have difficulties are invited to identify themselves. If satisfied that a member of the jury pool should not serve either for reasons of manifest bias or hardship, the trial judge may excuse that person from jury service.

habilité à poser des questions d'ordre général aux candidats jurés pour déceler l'existence de préjugés manifestes ou d'inconvénients personnels sérieux et à accorder des dispenses pour l'un ou l'autre de ces motifs. Aujourd'hui, au Canada, le juge souligne ces points dans ses observations aux candidats jurés et ceux qui pensent être visés le signalent à ce moment-là. Si le juge du procès est convaincu qu'un candidat juré ne devrait pas agir à ce titre pour cause soit de préjugé manifeste soit d'inconvénient personnel sérieux, il peut le dispenser d'exercer les fonctions de juré.

23 Judicial pre-screening at common law developed as a summary procedure for expediting jury selection where the prospective juror's partiality was uncontroversial, such as where he or she had an interest in the proceedings or was a relative of a witness or the accused: *Barrow, supra*, at p. 709. The consent of both parties to the judicial pre-screening was presumed, provided the reason for discharge was "manifest" or obvious. Otherwise, the challenge for cause procedure applied: *Sherratt, supra*, at p. 534. In 1992, s. 632 of the *Criminal Code* was enacted to address judicial pre-screening of the jury panel. This provision allows the judge, at any time before the trial commences, to excuse a prospective juror for personal interest, relationship with the judge, counsel, accused or prospective witnesses, or personal hardship or other reasonable cause.

La présélection judiciaire prévue par la common law est devenue une procédure sommaire qui permettait d'accélérer la sélection du jury lorsque la partialité d'un candidat juré était incontestable, par exemple lorsque celui-ci avait un intérêt dans l'instance ou un lien de parenté avec un témoin ou l'accusé : *Barrow*, précité, p. 709. Les deux parties étaient présumées consentir à la présélection judiciaire pour autant que le motif pour lequel le juré était libéré était « manifeste » ou évident. Dans le cas contraire, on appliquait la procédure de récusation motivée : *Sherratt*, précité, p. 534. En 1992, le législateur a édicté l'art. 632 du *Code criminel* pour régir la présélection judiciaire du tableau des jurés. Aux termes de cette disposition, le juge peut, avant le début du procès, dispenser un candidat juré dans les cas où ce dernier a soit un intérêt personnel, soit des liens avec le juge, un des avocats, l'accusé ou un témoin, ou encore pour toute raison valable, y compris un inconvénient personnel sérieux.

24 The second way members of the jury may be excluded during the empanelling process is upon a challenge of the prospective juror by the Crown or the accused. Both parties are entitled to challenge potential members of the jury as these prospective jurors are called to "the book". Two types of challenge are available to both the Crown and the accused: (1) a limited number of peremptory challenges without providing reasons pursuant to s. 634; and (2) an unlimited number of challenges for cause, with leave of the judge, on one of the grounds enumerated under s. 638(1) of the *Criminal Code*.

La deuxième procédure par laquelle un candidat juré peut être exclu pendant la formation du jury est sa récusation par le ministère public ou l'accusé. Les deux parties ont le droit de demander la récusation de candidats jurés avant qu'ils ne soient appelés à prêter serment. Le ministère public et l'accusé disposent de deux types de récusation : (1) un nombre limité de récusations péremptoires, prévu à l'art. 634, qui n'ont pas à être motivées; (2) un nombre illimité de récusations motivées, demandées avec l'autorisation du juge, pour l'un ou l'autre des motifs énumérés au par. 638(1) du *Code criminel*.

One ground for challenge for cause is that a prospective juror is “not indifferent between the Queen and the accused”: *Criminal Code*, s. 638(1)(b). If the judge is satisfied that a realistic potential for juror partiality exists, he or she may permit the requested challenges for cause. If challenged for cause, the impartiality of the candidate is tried by two triers of fact, usually two previously sworn jurors: *Criminal Code*, s. 640(2). Absent elimination, the juror is sworn and takes his or her place in the jury box. After the full complement of 12 jurors is empanelled, the accused is placed in their charge, and the trial commences.

The Canadian system of selecting jurors may be contrasted with procedures prevalent in the United States. In both countries the aim is to select a jury that will decide the case impartially. The Canadian system, however, starts from the presumption that jurors are capable of setting aside their views and prejudices and acting impartially between the prosecution and the accused upon proper instruction by the trial judge on their duties. This presumption is displaced only where potential bias is either clear and obvious (addressed by judicial pre-screening), or where the accused or prosecution shows reason to suspect that members of the jury array may possess biases that cannot be set aside (addressed by the challenge for cause process). The American system, by contrast, treats all members of the jury pool as presumptively suspect, and hence includes a preliminary *voir dire* process, whereby prospective jurors are frequently subjected to extensive questioning, often of a highly personal nature, to guide the respective parties in exercising their peremptory challenges and challenges for cause.

The respective benefits and costs of the different approaches may be debated. With respect to benefits, it is unclear that the American system produces better juries than the Canadian system. As Cory J. observed in *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362, at para. 13, we possess “a centuries-old tradition of juries reaching fair and courageous

L’un de ces motifs est le fait que le candidat juré « n’est pas impartial entre la Reine et l’accusé » : al. 638(1)(b) du *Code criminel*. Si le juge est convaincu qu’il existe une possibilité réaliste de partialité d’un juré, il peut permettre qu’on demande sa récusation pour cette cause. Si un candidat fait l’objet d’une telle demande, deux juges des faits, généralement les deux derniers jurés assermentés, statuent sur son impartialité : par. 640(2) du *Code criminel*. S’il n’est pas exclus, le juré est assermenté et il prend place sur le banc des jurés. Une fois les 12 membres du jury sélectionnés, le sort de l’accusé leur est confié et le procès commence.

Le système canadien de sélection des jurés se distingue du régime généralement appliqué aux États-Unis. Dans les deux pays, l’objectif visé est de sélectionner un jury qui tranchera l’affaire de façon impartiale. Toutefois, le système canadien présume que les jurés sont capables de faire abstraction de leurs opinions et préjugés et d’agir sans partialité en faveur de la poursuite ou de l’accusé, après avoir reçu des directives adéquates du juge du procès quant à leurs fonctions. Cette présomption n’est réfutée que dans les cas où le risque de partialité est clair et évident (situation visée à l’étape de la présélection judiciaire) ou lorsque l’accusé ou la poursuite, selon le cas, établit l’existence d’une raison de penser que des membres du tableau des jurés nourrissent des préjugés qui ne peuvent être écartés (situation visée par la procédure de récusation motivée). À l’opposé, le système américain considère comme suspectes toutes les personnes inscrites au tableau des jurés et, pour cette raison, il comporte une procédure préliminaire appelée voir dire, au cours de laquelle les candidats jurés sont fréquemment soumis à un long interrogatoire — souvent de nature très personnelle — par les parties exerçant leur droit de procéder à des récusations péremptoires et motivées.

Les avantages et désavantages respectifs de ces régimes distincts peuvent être débattus. En ce qui a trait aux avantages, il n’est pas certain que le système américain produit de meilleurs jurys que le système canadien. Comme l’a souligné le juge Cory dans l’arrêt *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362, par. 13, « [l]a tradition des jurys prononçant

25

26

27

verdicts”. With respect to costs, jury selection under the American system takes longer and intrudes more markedly into the privacy of prospective jurors. It has also been suggested that the extensive questioning permitted by this process, while aimed at providing an impartial jury, is open to abuse by counsel seeking to secure a favourable jury, or to indoctrinate jurors to their views of the case (see Schulman and Myers, *supra*, at p. 429).

des verdicts équitables et courageux est vieille de plusieurs siècles » au Canada. Pour ce qui est des désavantages, la sélection des jurés en application du système américain demande plus de temps et constitue une intrusion nettement plus grande dans la vie privée des candidats jurés. D’aucuns avancent également que — quoiqu’il tende à la constitution d’un jury impartial — le long interrogatoire permis dans le cadre de cette procédure ouvre la porte aux abus de la part des avocats désireux d’obtenir un jury qui leur sera favorable ou de rallier les jurés à leur point de vue sur l’affaire (voir Schulman et Myers, *op. cit.*, p. 481).

28 The ultimate requirement of a system of jury selection is that it results in a fair trial. A fair trial, however, should not be confused with a perfect trial, or the most advantageous trial possible from the accused’s perspective. As I stated in *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 193, “[w]hat constitutes a fair trial takes into account not only the perspective of the accused, but the practical limits of the system of justice and the lawful interests of others involved in the process What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice”. See also *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 72; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14. At the same time, occasional injustice cannot be accepted as the price of efficiency: *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 32; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281.

En bout de ligne, le système de sélection du jury doit donner lieu à un procès équitable. Un procès équitable ne doit toutefois pas être confondu avec un procès parfait, ni avec le procès le plus avantageux possible du point de vue de l’accusé. Comme je l’ai dit dans *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 193, « [l]e procès équitable tient compte non seulement du point de vue de l’accusé, mais également des limites pratiques du système de justice et des intérêts légitimes des autres personnes concernées [. . .]. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable ». Voir également *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 72; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14. Par ailleurs, une injustice occasionnelle ne saurait être acceptée comme étant le prix à payer pour l’efficacité : *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 32; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281.

29 These are the considerations that must guide us in assessing whether the appellant in this case has established the right to challenge for cause. Challenges for cause that will serve no purpose but to increase delays and intrude on prospective jurors’ privacy are to be avoided. As the Ontario Court of Appeal cautioned in *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, at p. 291: “[t]rials should not be unnecessarily prolonged by speculative and sometimes suspect challenges for cause”. However, if there exists reason to believe that the jury pool may be so tainted by incorrigible prejudices that

Il s’agit là de considérations qui doivent guider notre examen de la question de savoir si, en l’espèce, l’appelant a établi le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Si cette procédure n’aura d’autre résultat que la prolongation de l’instance et l’envahissement de la vie privée des candidats jurés, il faut éviter d’y recourir. Pour reprendre la mise en garde faite par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, p. 291 : [TRADUCTION] « les procès ne devraient pas être prolongés inutilement par des récusations motivées basées sur des conjectures et parfois suspectes ». Toutefois, s’il existe des raisons de croire que le jury risque à tel point

the trial may not be fair, then challenges for cause must be allowed.

B. *The Test: When Should Challenges for Cause Be Granted Under Section 638(1)(b)?*

1. The Test for Partiality

Section 638(1)(b) of the *Code* permits a party to challenge for cause on the ground that “a juror is not indifferent between the Queen and the accused”. Lack of indifference may be translated as “partiality”. Both terms describe a predisposed state of mind inclining a juror prejudicially and unfairly toward a certain party or conclusion: see *Williams, supra*, at para. 9.

In order to challenge for cause under s. 638(1)(b), one must show a “realistic potential” that the jury pool may contain people who are not impartial, in the sense that even upon proper instructions by the trial judge they may not be able to set aside their prejudice and decide fairly between the Crown and the accused: *Sherratt, supra; Williams, supra*, at para. 14.

As a practical matter, establishing a realistic potential for juror partiality generally requires satisfying the court on two matters: (1) that a widespread bias exists in the community; and (2) that some jurors may be incapable of setting aside this bias, despite trial safeguards, to render an impartial decision. These two components of the challenge for cause test reflect, respectively, the attitudinal and behavioural components of partiality: *Parks, supra*, at pp. 364-65; *R. v. Betker* (1997), 115 C.C.C. (3d) 421 (Ont. C.A.), at pp. 435-36.

These two components of the test involve distinct inquiries. The first is concerned with the existence of a material bias, and the second with the

d’être contaminé par des préjugés irrémédiables qu’il pourrait en résulter un procès inéquitable, il faut alors permettre qu’on demande des récusations motivées.

B. *Le critère applicable : Dans quels cas les récusations fondées sur l’al. 638(1)(b) devraient-elles être accordées?*

1. Le critère applicable en matière de partialité

L’alinéa 638(1)(b) du *Code* permet à une partie de récuser un juré pour le motif qu’« [il] n’est pas impartial entre la Reine et l’accusé ». L’absence d’impartialité peut être qualifiée de « partialité ». Les deux termes décrivent l’état d’esprit d’un juré enclin à favoriser, de manière préjudiciable et injuste, une partie ou une conclusion donnée : voir *Williams, précité*, par. 9.

La partie qui entend demander des récusations pour le motif prévu à l’al. 638(1)(b) doit démontrer une « possibilité réaliste » qu’il y ait, parmi les candidats jurés, des personnes qui ne soient pas impartiales, c’est-à-dire des personnes qui, même après avoir reçu des directives appropriées du juge du procès, pourraient être incapables de mettre de côté leurs préjugés et de trancher équitablement entre la thèse du ministère public et celle de l’accusé : *Sherratt, précité; Williams, précité*, par. 14.

En pratique, pour établir une possibilité réaliste de partialité au sein des jurés, il faut généralement convaincre le tribunal que les deux conditions suivantes sont réunies : (1) il existe d’un préjugé largement répandu au sein de la collectivité; (2) certains jurés pourraient être incapables — malgré les garanties assortissant le procès — de faire abstraction de ce préjugé et de rendre une décision impartiale. Ces deux éléments du critère applicable en matière de récusation motivée correspondent, respectivement, aux volets attitude et comportement de la partialité : *Parks*, p. 364-365; *R. c. Betker* (1997), 115 C.C.C. (3d) 421 (C.A. Ont.), p. 435-436.

Ces deux volets du critère commandent des examens différents. Le premier porte sur l’existence d’un préjugé concret et le second sur les consé-

30

31

32

33

potential effect of the bias on the trial process. However, the overarching consideration, in all cases, is whether there exists a realistic potential for partial juror behaviour. The two components of this test serve to ensure that all aspects of the issue are examined. They are not watertight compartments, but rather guidelines for determining whether, on the record before the court, a realistic possibility exists that some jurors may decide the case on the basis of preconceived attitudes or beliefs, rather than the evidence placed before them.

quences potentielles de ce préjugé sur le procès. Dans tous les cas, toutefois, la considération primordiale est la question de savoir s'il existe une possibilité réaliste de comportement partial de la part de jurés. Les deux volets de ce critère visent à permettre l'examen de tous les aspects de la question. Il ne s'agit pas de formules rigides, mais plutôt de lignes directrices permettant de déterminer si, au vu du dossier dont dispose le tribunal, il existe une possibilité réaliste que certains jurés tranchent l'affaire en se fondant sur des attitudes ou des idées préconçues, plutôt que sur la preuve qui leur est présentée.

34 The test for partiality involves two key concepts: "bias" and "widespread". It is important to understand how each term is used.

Le critère applicable en matière de partialité comporte deux concepts cruciaux : « préjugé » et « largement répandu ». Il est important de bien comprendre dans quel sens chacun de ces termes est utilisé.

35 The *New Oxford Dictionary of English* (1998), at p. 169, defines "bias" as "prejudice in favour of or against one thing, person, or group compared with another, especially in a way considered to be unfair". "Bias", in the context of challenges for cause, refers to an attitude that could lead jurors to discharge their function in the case at hand in a prejudicial and unfair manner.

Le dictionnaire *New Oxford Dictionary of English* (1998), p. 169, définit ainsi le mot « *bias* » (« préjugé ») : [TRADUCTION] « parti pris en faveur ou à l'encontre d'une chose, d'une personne ou d'un groupe par rapport à un autre, particulièrement d'une manière jugée injuste ». Dans le contexte des récusations motivées, le mot « préjugé » s'entend d'une attitude qui pourrait amener des jurés à s'acquitter de leur rôle d'une manière préjudiciable et injuste dans l'affaire dont ils sont saisis.

36 It is evident from the definition of bias that not every emotional or stereotypical attitude constitutes bias. Prejudice capable of unfairly affecting the outcome of the case is required. Bias is not determined at large, but in the context of the specific case. What must be shown is a bias that could, as a matter of logic and experience, incline a juror to a certain party or conclusion in a manner that is unfair. This is determined without regard to the cleansing effect of trial safeguards and the direction of the trial judge, which become relevant only at the second stage consideration of the behavioural effect of the bias.

Il ressort clairement de la définition de préjugé que les diverses attitudes émotives ou stéréotypées ne constituent pas toutes des préjugés. Il faut que le préjugé soit capable d'influer injustement sur l'issue de l'affaire. L'existence du préjugé n'est pas déterminée de façon générale, mais dans le cadre d'une affaire donnée. Il faut faire la preuve d'un préjugé qui, eu égard à la logique et à l'expérience, pourrait inciter un juré à favoriser d'une manière injuste une partie ou une conclusion donnée. Cette détermination doit être faite sans tenir compte de l'effet épurateur des garanties qu'offrent le procès et des directives du juge, qui ne deviennent pertinentes qu'à la deuxième étape, soit l'appréciation de l'effet du préjugé sur le comportement.

Courts have recognized that “bias” may flow from a number of different attitudes, including: a personal interest in the matter to be tried (*Hubbert, supra*, at p. 295; *Criminal Code*, s. 632); prejudice arising from prior exposure to the case, as in the case of pre-trial publicity (*Sherratt, supra*, at p. 536); and prejudice against members of the accused’s social or racial group (*Williams, supra*, at para. 14).

In addition, some have suggested that bias may result from the nature and circumstances of the offence with which the accused is charged: *R. v. L. (R.)* (1996), 3 C.R. (5th) 70 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *R. v. Mattingly* (1994), 28 C.R. (4th) 262 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); N. Vidmar, “Generic Prejudice and the Presumption of Guilt in Sex Abuse Trials” (1997), 21 *Law & Hum. Behav.* 5. In *Williams, supra*, at para. 10, this Court referred to Vidmar’s suggestion that bias might, in some cases, flow from the nature of the offence. However, the Court has not, prior to this case, directly considered this kind of bias.

The second concept, “widespread”, relates to the prevalence or incidence of the bias in question. Generally speaking, the alleged bias must be established as sufficiently pervasive in the community to raise the possibility that it may be harboured by one or more members of a representative jury pool (although, in exceptional circumstances, a less prevalent bias may suffice, provided it raises a realistic potential of juror partiality: *Williams, supra*, at para. 43). If only a few individuals in the community hold the alleged bias, the chances of this bias tainting the jury process are negligible. For this reason, a court must generally be satisfied that the alleged bias is widespread in the community before a right to challenge for cause may flow.

If widespread bias is shown, a second question arises: may some jurors be unable to set aside their bias despite the cleansing effect of the judge’s instructions and the trial process? This is the

37
Les tribunaux ont reconnu qu’un certain nombre d’attitudes différentes peuvent être à l’origine d’un « préjugé », notamment : l’existence d’un intérêt personnel dans l’affaire à être jugée (*Hubbert, précité*, p. 295; *Code criminel*, art. 632); un préjugé découlant d’une connaissance préalable de l’affaire, en raison par exemple de la publicité précédant le procès (*Sherratt, précité*, p. 536); un préjugé contre les membres du groupe social ou racial de l’accusé (*Williams, précité*, par. 14).

38
En outre, certaines sources suggèrent qu’un préjugé peut résulter de la nature et des circonstances de l’infraction dont l’accusé est inculpé : *R. c. L. (R.)* (1996), 3 C.R. (5th) 70 (C. Ont. (Div. gén.)); *R. c. Mattingly* (1994), 28 C.R. (4th) 262 (C. Ont. (Div. gén.)); N. Vidmar, « Generic Prejudice and the Presumption of Guilt in Sex Abuse Trials » (1997), 21 *Law & Hum. Behav.* 5. Dans *Williams, précité*, par. 10, notre Cour a mentionné la thèse de Vidmar selon laquelle un préjugé pourrait, dans certains cas, découler de la nature de l’infraction. Toutefois, notre Cour n’a pas, avant la présente affaire, étudié directement ce genre de préjugé.

39
Le second concept — savoir le terme « largement répandu » — concerne le caractère fréquent ou généralisé du préjugé en question. En général, il faut démontrer que le préjugé allégué est suffisamment répandu dans la collectivité pour faire naître la possibilité qu’au moins un membre d’un groupe représentatif de jurés le nourrisse (quoique, dans une situation exceptionnelle, un préjugé qui ne serait pas aussi répandu pourrait suffire, pourvu qu’il fasse naître une possibilité réaliste de partialité de la part de jurés : *Williams, précité*, par. 43). Si quelques personnes seulement dans la collectivité nourrissent le préjugé allégué, les risques qu’il contamine les délibérations du jury sont négligeables. Pour cette raison, le tribunal doit être généralement convaincu que le préjugé allégué est largement répandu dans la collectivité avant de reconnaître qu’il donne droit de demander des récusations motivées.

40
Lorsque l’existence d’un préjugé largement répandu est démontrée, une deuxième question se pose : Est-il possible que certains jurés soient incapables de faire abstraction de leur préjugé malgré

behavioural component of the test. The law accepts that jurors may enter the trial with biases. But the law presumes that jurors' views and biases will be cleansed by the trial process. It therefore does not permit a party to challenge their right to sit on the jury because of the existence of widespread bias alone.

41 Trial procedure has evolved over the centuries to counter biases. The jurors swear to discharge their functions impartially. The opening addresses of the judge and the lawyers impress upon jurors the gravity of their task, and enjoin them to be objective. The rules of process and evidence underline the fact that the verdict depends not on this or that person's views, but on the evidence and the law. At the end of the day, the jurors are objectively instructed on the facts and the law by the judge, and sent out to deliberate in accordance with those instructions. They are asked not to decide on the basis of their personal, individual views of the evidence and law, but to listen to each other's views and evaluate their own inclinations in light of those views and the trial judge's instructions. Finally, they are told that they must not convict unless they are satisfied of the accused's guilt beyond a reasonable doubt and that they must be unanimous.

42 It is difficult to conceive stronger antidotes than these to emotion, preconception and prejudice. It is against the backdrop of these safeguards that the law presumes that the trial process will cleanse the biases jurors may bring with them, and allows challenges for cause only where a realistic potential exists that some jurors may not be able to function impartially, despite the rigours of the trial process.

43 It follows from what has been said that "impartiality" is not the same as neutrality. Impartiality does not require that the juror's mind be a blank

l'effet épurateur du procès et des directives du juge? Il s'agit du volet « comportement » du critère. Le droit admet la possibilité que des jurés participant à un procès nourrissent des préjugés, mais il présume que la procédure d'instruction permettra de tenir en échec les opinions et les préjugés des jurés. Le droit n'autorise donc pas une partie à contester le droit des jurés de participer à un jury en raison seulement de l'existence d'un préjugé largement répandu.

Au fil des siècles, la procédure suivie dans le cadre des procès a évolué afin de faire échec aux préjugés. Les jurés jurent de s'acquitter de leurs fonctions de manière impartiale. Dans leur exposé initial, le juge et les avocats soulignent aux jurés le sérieux de leur tâche et les enjoignent de faire montre d'objectivité. Les règles de preuve et de procédure font bien ressortir que le verdict ne doit pas dépendre des opinions d'une personne ou d'une autre, mais plutôt reposer sur la preuve et le droit applicable. En bout de ligne, le juge donne aux jurés des directives objectives sur les faits et le droit applicable et les envoie délibérer conformément à ces directives. On ne demande pas aux jurés de trancher l'affaire en fonction de leurs opinions individuelles sur la preuve et le droit, mais plutôt d'écouter ce que chacun en pense et d'évaluer leurs propres inclinations à la lumière de ces divers points de vue et des directives du juge du procès. Enfin, on leur dit qu'ils ne doivent conclure à la culpabilité de l'accusé que s'ils en sont convaincus au-delà de tout doute raisonnable et que leur décision doit être unanime.

Il est difficile d'imaginer antidotes plus puissants contre les émotions, les idées préconçues et les préjugés. C'est au regard de ces garanties que le droit présume que le procès filtrera les préjugés que pourraient nourrir les jurés et qu'il n'autorise les récusations motivées que dans les cas où, malgré les rigoureuses garanties qu'offrent le procès, il existe une possibilité raisonnable que certains jurés puissent ne pas être en mesure d'accomplir leurs fonctions de manière impartiale.

Il ressort de ce qui précède qu'« impartialité » ne veut pas dire neutralité. L'impartialité n'exige pas que les jurés aient l'esprit vide ou qu'ils fas-

slate. Nor does it require jurors to jettison all opinions, beliefs, knowledge and other accumulations of life experience as they step into the jury box. Jurors are human beings, whose life experiences inform their deliberations. Diversity is essential to the jury's functions as collective decision-maker and representative conscience of the community: *Sherratt, supra*, at pp. 523-24. As Doherty J.A. observed in *Parks, supra*, at p. 364, "[a] diversity of views and outlooks is part of the genius of the jury system and makes jury verdicts a reflection of the shared values of the community".

To treat bias as permitting challenges for cause, in the absence of a link with partial juror behaviour, would exact a heavy price. It would erode the threshold for entitlement defined in *Sherratt* and *Williams*, and jeopardize the representativeness of the jury, excluding from jury service people who could bring valuable experience and insight to the process. Canadian law holds that "finding out what kind of juror the person called is likely to be — his personality, beliefs, prejudices, likes or dislikes" is not the purpose of challenges for cause: *Hubbert, supra*, at p. 289. The aim is not favourable jurors, but impartial jurors.

Ultimately, the decision to allow or deny an application to challenge for cause falls to the discretion of the trial judge. However, judicial discretion should not be confused with judicial whim. Where a realistic potential for partiality exists, the right to challenge must flow: *Williams, supra*, at para. 14. If in doubt, the judge should err on the side of permitting challenges. Since the right of the accused to a fair trial is at stake, "[i]t is better to risk allowing what are in fact unnecessary chal-

sent abstraction de leurs opinions, croyances, connaissances et autre bagage d'expérience dès qu'ils prennent place sur le banc qui leur est réservé. Les jurés sont des êtres humains et leur vécu éclaire leurs délibérations. La diversité est essentielle à l'accomplissement des fonctions du jury, qui agit comme décideur collectif et comme conscience représentative de la collectivité : *Sherratt*, précité, p. 523-524. Comme l'a souligné le juge Doherty dans l'affaire *Parks*, précitée, p. 364, [TRADUCTION] « [l]a diversité des points de vue et des mentalités fait partie du génie de l'institution du jury et fait en sorte que les verdicts des jurys reflètent les valeurs communes de la collectivité ».

Le fait de considérer qu'un préjugé permet de recourir à la procédure de récusation motivée, malgré l'absence de lien avec un comportement partial de la part de jurés, aurait de graves conséquences. Une telle décision affaiblirait le critère minimal donnant ouverture aux récusations motivées qui a été défini dans les arrêts *Sherratt* et *Williams*, et compromettrait la représentativité du jury en excluant de la fonction de juré des personnes susceptibles d'apporter au processus une expérience et un éclairage précieux. En droit canadien, le but de la procédure de récusation motivée n'est pas de [TRADUCTION] « découvrir quelle sorte de juré le candidat est susceptible d'être — sa personnalité, ses croyances, ses préjugés, ses préférences ou ses aversions » : *Hubbert*, précité, p. 289. Le but n'est pas de trouver des jurés favorables à une thèse ou à l'autre, mais des jurés impartiaux.

En fin de compte, la décision d'accueillir ou de rejeter une demande de recours à la procédure de récusation motivée relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Toutefois, il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et caprice. Lorsqu'il existe une possibilité réaliste de partialité, il en découle un droit de recourir à la procédure de récusation motivée : *Williams*, précité, par. 14. Si le juge a un doute, il devrait pécher par excès de prudence et permettre qu'on demande la récusation d'un juré. Étant donné que le droit de l'accusé à un procès équitable est en jeu, « [i]l vaut mieux risquer d'autoriser des récusations qui sont en fait

44

45

lenges, than to risk prohibiting challenges which are necessary”: *Williams, supra*, at para. 22.

2. Proof: How a Realistic Potential for Partiality May Be Established

46 A party may displace the presumption of juror impartiality by calling evidence, by asking the judge to take judicial notice of facts, or both. In addition, the judge may draw inferences from events that occur in the proceedings and may make common sense inferences about how certain biases, if proved, may affect the decision-making process.

47 The first branch of the inquiry — establishing relevant widespread bias— requires evidence, judicial notice or trial events demonstrating a pervasive bias in the community. The second stage of the inquiry — establishing a behavioural link between widespread attitudes and juror conduct — may be a matter of proof, judicial notice, or simply reasonable inference as to how bias might influence the decision-making process: *Williams, supra*, at para. 23.

48 In this case, the appellant relies heavily on proof by judicial notice. Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. Facts judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy: *R. v. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (Ont. C.A.);

inutiles que risquer d’interdire des récusations qui sont nécessaires » : *Williams, précité*, par. 22.

2. Preuve : Comment peut-on établir une possibilité réaliste de partialité?

Une partie peut réfuter la présomption d’impartialité d’un juré en présentant une preuve à cet effet, en demandant au juge de prendre connaissance d’office de certains faits ou en recourant à ces deux moyens. En outre, le juge peut faire certaines déductions à partir d’événements survenant dans le cours des procédures et en tirer des conclusions conformes au sens commun sur la façon dont certains préjugés, s’ils sont prouvés, pourraient influencer sur le processus décisionnel.

Au cours de la première partie de l’examen — savoir l’établissement de l’existence d’un préjugé pertinent largement répandu — , cette démonstration est faite si le tribunal prend connaissance d’office de l’existence d’un tel préjugé au sein de la collectivité, si une preuve à cet effet est présentée ou s’il survient, au cours du procès, des événements apportant cette preuve. Au cours de la deuxième partie de l’examen — savoir l’établissement d’un lien d’ordre comportemental entre des attitudes largement répandues et la conduite de jurés — , l’existence de ce lien peut soit être établie par des éléments de preuve, soit être admise d’office ou simplement découler d’une conclusion raisonnable sur la manière dont un préjugé pourrait influencer le processus décisionnel : *Williams, précité*, par. 23.

Dans la présente affaire, l’appelant s’appuie considérablement sur le mode de preuve fondé sur l’admission d’office de certains faits par le tribunal. La connaissance d’office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d’office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d’application de la connaissance d’office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d’office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au

J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1055.

The scientific and statistical nature of much of the information relied upon by the appellant further complicates this case. Expert evidence is by definition neither notorious nor capable of immediate and accurate demonstration. This is why it must be proved through an expert whose qualifications are accepted by the court and who is available for cross-examination. As Doherty J.A. stated in *R. v. Alli* (1996), 110 C.C.C. (3d) 283 (Ont. C.A.), at p. 285: “[a]ppellate analysis of untested social science data should not be regarded as the accepted means by which the scope of challenges for cause based on generic prejudice will be settled”.

C. Were the Grounds for Challenge for Cause Present in this Case?

To challenge prospective jurors for cause, the appellant must displace the presumption of juror impartiality by showing a realistic potential for partiality. To do this, the appellant must demonstrate the existence of a widespread bias arising from the nature of the charges against him (the “attitudinal” component), that raises a realistic potential for partial juror behaviour despite the safeguards of the trial process (the “behavioural” component). I will discuss each of these requirements in turn as they apply to this case.

1. Widespread Bias

In this case, the appellant alleges that the nature and the circumstances of the offence with which he is charged give rise to a bias that could unfairly incline jurors against him or toward his conviction.

point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable : *R. c. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.); J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 1055.

La nature scientifique et technique d’une large part des renseignements invoqués par l’appelant complique encore plus la présente affaire. La preuve d’expert n’est par définition ni notoire ni susceptible de démonstration immédiate et fidèle. C’est la raison pour laquelle elle doit être prouvée par un expert dont les compétences sont reconnues par le tribunal et qui peut être contre-interrogé. Comme l’a indiqué le juge Doherty dans *R. c. Alli* (1996), 110 C.C.C. (3d) 283 (C.A. Ont.), p. 285 : [TRADUCTION] « [l]’analyse, en appel, de données qui relèvent des sciences humaines et qui n’ont pas encore été vérifiées ne devrait pas être considérée comme la méthode reconnue de détermination du champ d’application de la procédure de récusation motivée pour cause de préjugé générique ».

C. Y avait-il, en l’espèce, des motifs justifiant le recours à la procédure de récusation motivée?

Pour être admis à recourir à la procédure de récusation motivée de candidats jurés, l’appelant doit réfuter la présomption d’impartialité des jurés en démontrant l’existence d’une possibilité réaliste de partialité. À cette fin, il doit établir l’existence d’un préjugé largement répandu découlant de la nature des accusations portées contre lui (le volet « attitude »), préjugé faisant naître une possibilité raisonnable de comportement partial des jurés malgré les garanties assortissant le procès (le volet « comportement »). Je vais analyser chacune de ces exigences à tour de rôle, en fonction de leur application à la présente affaire.

1. Un préjugé largement répandu

En l’espèce, l’appelant prétend que la nature et les circonstances de l’infraction dont il est accusé font naître un préjugé qui pourrait injustement indisposer des jurés contre lui ou les prédisposer à

49

50

51

He further alleges that this bias is widespread in the community. In support of this submission, the appellant relies on the following propositions from Moldaver J.A.'s dissent in *K. (A.)*, *supra*, at para. 166. The parties generally agree on these facts, but dispute the conclusions to be drawn from them:

- Studies and surveys conducted in Canada over the past two decades reveal that a large percentage of the population, both male and female, have been the victims of sexual abuse. From this, it is reasonable to infer that any given jury panel may contain victims of sexual abuse, perpetrators and people closely associated with them.
- The harmful effects of sexual abuse can prove devastating not only to those who have been victimized, but those closely related to them. Tragically, many victims remain traumatized and psychologically scarred for life. By the same token, for those few individuals who have been wrongfully accused of sexual abuse, the effects can also be devastating.
- Sexual assault tends to be committed along gender lines. As a rule, it is women and children who are victimized by men.
- Women and children have been subjected to systemic discrimination reflected in both individual and institutional conduct, including the criminal justice system. As a result of widespread media coverage and the earnest and effective efforts of lobby groups in the past decade, significant and long overdue changes have come about in the criminal justice system. For some, the changes have not gone far enough; for others, too far.
- Where challenges for cause have been permitted in cases involving allegations of sexual abuse, literally hundreds of prospective jurors have been found to be partial by the triers of fact. In those cases where trial judges have refused to permit the challenge, choosing instead to vet the panel at large for bias, the numbers are equally substantial.

le déclarer coupable. Il plaide également que ce préjugé est largement répandu dans la collectivité. Au soutien de cette prétention, l'appelant invoque les propositions reproduites ci-après, qui ont été énoncées par le juge Moldaver dans ses motifs dissidents dans l'affaire *K. (A.)*, précitée, par. 166. Les parties s'entendent généralement sur les faits, mais elles sont en désaccord quant aux conclusions qu'il faut en tirer.

[TRADUCTION]

- Des études et des enquêtes menées au Canada au cours des deux dernières décennies révèlent qu'un grand pourcentage de la population — hommes et femmes — a été victime d'abus sexuels. On peut donc raisonnablement en conclure que tout tableau des jurés peut comporter le nom de victimes d'abus sexuels, d'agresseurs et de proches de telles personnes.
- Les effets préjudiciables des abus sexuels peuvent être dévastateurs non seulement pour les victimes, mais également pour leurs proches. Tragiquement, de nombreuses victimes demeurent traumatisées et marquées psychologiquement pour la vie. En outre, pour les quelques personnes qui sont injustement accusées d'abus sexuels, les effets peuvent également être dévastateurs.
- L'agression sexuelle est un crime qui tend à être commis par un sexe contre l'autre. En règle générale, ce sont les femmes et les enfants qui sont les victimes des hommes.
- Les femmes et les enfants sont l'objet de discrimination systémique qui se manifeste dans des comportements individuels et institutionnels, y compris au sein du système de justice criminelle. En raison de l'ampleur de la couverture médiatique et des efforts déterminés et efficaces déployés par des groupes de pression au cours de la dernière décennie, des changements importants et attendus depuis longtemps se sont produits au sein du système de justice criminelle. Pour certains, ces changements sont insuffisants, alors que pour d'autres ils vont trop loin.
- Lorsque, dans des affaires portant sur des allégations d'abus sexuels, il a été permis de demander des récusations motivées, littéralement des centaines de candidats jurés ont été déclarés partiaux par les juges des faits. Dans le cas où le juge du procès a refusé de permettre le recours à la procédure de récusation motivée, choisissant plutôt de contrôler le tableau au complet pour y déceler l'existence de préjugés, les chiffres sont tout aussi considérables.

- Unlike many crimes, there are a wide variety of stereotypical attitudes and beliefs surrounding the crime of sexual abuse.

While the parties agree on these basic facts, they disagree on whether they demonstrate widespread bias. The appellant called no evidence, expert or otherwise, on the incidence or likely effect of prejudice stemming from the nature of the offences with which he is charged. Instead, he asks the Court to take judicial notice of a widespread bias arising from allegations of the sexual assault of children. The Crown, by contrast, argues that the facts on which it agrees do not translate into bias, much less widespread bias.

The appellant relies on the following: (a) the incidence of victimization and its effect on members of the jury pool; (b) the strong views held by many about sexual assault and the treatment of this crime by the criminal justice system; (c) myths and stereotypes arising from widespread and deeply entrenched attitudes about sexual assault; (d) the incidence of intense emotional reactions to sexual assault, such as a strong aversion to the crime or undue empathy for its victims; (e) the experience of Ontario trial courts, where hundreds of potential jurors in such cases have been successfully challenged as partial; and (f) social science research indicating a “generic prejudice” against the accused in sexual assault cases. He argues that these factors permit the Court to take judicial notice of widespread bias arising from charges of sexual assault of children.

It is worth reminding ourselves that at this stage we are concerned solely with the nature and prevalence of the alleged biases (i.e., the “attitudinal” component), and not their amenability to cleansing

- Contrairement à bien d’autres crimes, il existe une grande variété de croyances et d’attitudes stéréotypées entourant le crime d’abus sexuel.

Quoique les parties s’entendent sur ces données de base, elles diffèrent d’opinion quant à la question de savoir si elles prouvent l’existence d’un préjugé largement répandu. L’appelant n’a pas fourni de preuve d’expert ni d’autre type de preuve sur l’effet probable ou l’ampleur du préjugé qui découlerait de la nature des infractions qui lui sont reprochées. Il demande plutôt à la Cour d’admettre d’office l’existence d’un préjugé largement répandu que feraient naître les allégations d’agression sexuelle contre des enfants. À l’opposé, le ministère public avance que les faits avec lesquels il est d’accord ne se traduisent pas par l’existence d’un préjugé, encore moins d’un préjugé largement répandu.

L’appelant invoque les facteurs suivants : a) l’ampleur du phénomène de la victimisation et ses effets sur le groupe à partir duquel on forme le jury; b) les opinions bien arrêtées qu’ont de nombreuses personnes à l’égard des agressions sexuelles et du traitement de ce crime par le système de justice criminelle; c) les mythes et les stéréotypes découlant d’attitudes largement répandues et profondément ancrées relativement aux agressions sexuelles; d) l’existence de réactions émotives intenses à l’égard des agressions sexuelles, par exemple une forte aversion pour ce crime ou une empathie excessive pour ses victimes; e) la situation observée en Ontario où, dans le cadre de procès pour agressions sexuelles, des centaines de candidats jurés ont été récusés pour cause de partialité; f) les travaux de recherche en sciences sociales indiquant l’existence d’un « préjugé générique » contre l’accusé dans les affaires d’agression sexuelle. Il soutient que ces facteurs autorisent la Cour à prendre connaissance d’office de l’existence d’un préjugé largement répandu découlant d’accusations d’agression sexuelle contre des enfants.

Il importe de se rappeler que, à cette étape-ci, nous ne nous attachons qu’à la nature et au caractère généralisé des préjugés allégués (c.-à-d. le volet « attitude »), et non à leur perméabilité aux

52

53

54

by the trial process, which is the focus of the “behavioural” component.

(a) *Incidence of Victimization*

55 The appellant argues that the prevalence and potentially devastating impact of sexual assault permit the Court to conclude that any given jury pool is likely to contain victims or those close to them who may harbour a prejudicial bias as a consequence of their experiences.

56 The Crown acknowledges both the widespread nature of abuse and its potentially traumatic impact. Neither of these facts is in issue. Nor is it unreasonable to conclude from these facts that victims of sexual assault, or those close to them, may turn up in a jury panel. What is disputed is whether this widespread victimization permits the Court to conclude, without proof, that the victims and those who share their experience are biased, in the sense that they may harbour prejudice against the accused or in favour of the Crown when trying sexual assault charges.

57 The only social science research before us on the issue of victim empathy is a study by R. L. Wiener, A. T. Feldman Wiener and T. Grisso, “Empathy and Biased Assimilation of Testimonies in Cases of Alleged Rape” (1989), 13 *Law & Hum. Behav.* 343. The appellant cites this study for the proposition that those participants acquainted in some way with a rape victim demonstrated a greater tendency, under the circumstances of the study, to find a defendant guilty. However, as the Crown notes, this study offers no evidence that victim status in itself impacts jury verdicts. In fact, the study found no correlation between degree of empathy for rape victims and tendency to convict, nor did it find higher degrees of victim empathy amongst those persons acquainted with rape victims. Further, the study was limited to a small sample of participants. It made no attempt to simulate an actual jury trial, and did not involve a delibera-

mesures épuratrices du procès, qui est l’objet principal du volet « comportement ».

a) *L’ampleur du phénomène de la victimisation*

L’appelant prétend que l’ampleur du problème des agressions sexuelles et son effet potentiellement dévastateur autorisent la Cour à conclure que tout tableau de jurés comporte vraisemblablement des victimes ou des proches de celles-ci qui sont susceptibles de nourrir un préjugé préjudiciable par suite de leurs expériences.

Le ministère public admet le caractère largement répandu du problème des abus sexuels et son effet potentiellement traumatisant. Ni l’un ni l’autre de ces faits ne sont en litige. Il n’est pas non plus déraisonnable de conclure de ces faits que des victimes d’agression sexuelle ou des proches de telles personnes pourraient se retrouver au sein d’un tableau des jurés. Le point litigieux est la question de savoir si cette victimisation largement répandue autorise la Cour à conclure, en l’absence de preuve à cet effet, que les victimes et les personnes qui partagent leur expérience sont partiales, en ce sens qu’elles pourraient nourrir un préjugé défavorable à l’accusé ou favorable au ministère public quand elles jugent des accusations d’agression sexuelle.

La seule étude en sciences sociales qui nous a été présentée sur la question de l’empathie pour la victime est celle réalisée par R. L. Wiener, A. T. Feldman Wiener et T. Grisso, « Empathy and Biased Assimilation of Testimonies in Cases of Alleged Rape » (1989), 13 *Law & Hum. Behav.* 343. L’appelant fait état de cette étude en affirmant que les participants qui étaient liés d’une manière ou d’une autre à une victime de viol montraient une tendance plus marquée, compte tenu des paramètres de l’étude, à conclure à la culpabilité du défendeur. Toutefois, comme le souligne le ministère public, l’étude ne présente aucune preuve indiquant que, en soi, le fait d’être une victime a une incidence sur les verdicts des jurys. En fait, l’étude n’a pas révélé de corrélation entre le degré d’empathie pour les victimes de viol et quelque tendance à conclure à la culpabilité de l’accusé, ni déterminé l’existence d’une empathie plus grande

tion process or an actual verdict. In the absence of expert testimony, tested under cross-examination, as to the conclusions properly supported by this study, I can only conclude that it provides little assistance in establishing the existence of widespread bias arising from the incidence of sexual assault in Canadian society.

Moldaver J.A. concluded that the prevalence of sexual assault in Canadian society and its traumatic and potentially lifelong effects, provided a realistic basis to believe that victims of this crime may harbor intense and deep-seated biases. In arriving at this conclusion, he expressly relied on an unpublished article by Professor David Paciocco, "Challenges for Cause in Jury Selection after *Regina v. Parks*: Practicalities and Limitations", Canadian Bar Association — Ontario, February 11, 1995, which he quoted at para. 176 for the proposition that "[o]ne cannot help but believe that these deep scars would, for some, prevent them from adjudicating sexual offence violations impartially".

This is, however, merely the statement of an assumption, offered without a supporting foundation of evidence or research. Courts must approach sweeping and untested "common sense" assumptions about the behaviour of abuse victims with caution: see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577 (per L'Heureux-Dubé J., dissenting in part); *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at pp. 870-72 (per Wilson J.). Certainly these assumptions are not established beyond reasonable dispute, or documented with indisputable accuracy, so as to permit the Court to take judicial notice of them.

I conclude that while widespread victimization may be a factor to be considered, standing alone it

pour la victime parmi les personnes ayant des liens avec elle. En outre, l'étude ne comptait qu'un nombre restreint de participants. Elle n'a comporté ni simulation de procès avec jury, ni délibération ou verdict. En l'absence de témoignage d'expert — vérifié en contre-interrogatoire — sur les constatations que justifient cette étude, je ne peux que conclure qu'elle est de peu d'utilité pour établir l'existence d'un préjugé largement répandu qui découlerait de l'ampleur du problème des agressions sexuelles au sein de la société canadienne.

Le juge Moldaver de la Cour d'appel a conclu que l'ampleur du problème des agressions sexuelles au sein de la société canadienne et son effet traumatisant et potentiellement permanent permettaient réalistement de croire que les victimes de ce crime peuvent nourrir des préjugés intenses et bien ancrés. Pour tirer cette conclusion, le juge Moldaver s'est expressément appuyé sur un article non publié du professeur David Paciocco (« Challenges for Cause in Jury Selection after *Regina v. Parks*: Practicalities and Limitations », Association du Barreau canadien — Ontario, 11 février 1995, dont il a cité l'affirmation suivante (au par. 176) : [TRADUCTION] « [o]n ne peut s'empêcher de penser que ces profondes cicatrices auraient pour effet d'empêcher certaines personnes victimisées de juger impartialement des accusations reprochant des infractions d'ordre sexuel ».

Il ne s'agit toutefois que d'une hypothèse, qui est formulée sans être étayée de preuves ou de résultats de recherches. Les tribunaux doivent faire montre de prudence dans l'examen d'hypothèses — générales et non vérifiées — fondées sur le « sens commun » et se rapportant au comportement des victimes d'abus sexuels : voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie); *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, p. 870-872 (le juge Wilson). Il ne s'agit certes pas d'hypothèses dont le bien-fondé ne peut être raisonnablement contesté ou qui sont documentées avec une exactitude incontestable, de telle sorte que la Cour pourrait en prendre connaissance d'office.

J'en viens à la conclusion que, quoique le caractère largement répandu de la victimisation puisse

58

59

60

fails to establish widespread bias that might lead jurors to discharge their task in a prejudicial and unfair manner.

(b) *Strongly Held Views Relating to Sexual Offences*

61 The appellant submits that the politicized and gender-based nature of sexual offences gives rise to firmly held beliefs, opinions and attitudes that establish widespread bias in cases of sexual assault.

62 This argument found favour with Moldaver J.A. in *K. (A.)*. Moldaver J.A. judicially noticed the tendency of sexual assault to be committed along gender lines. He also took judicial notice of the systemic discrimination women and children have faced in the criminal justice system, and the fact that recent reforms have gone too far for some and not far enough for others. From this foundation of facts, he inferred that the gender-based and politicized nature of sexual offences leads to a realistic possibility that some members of the jury pool, as a result of their political beliefs, will harbour deep-seated and virulent biases that might prove resistant to judicial cleansing. Quoting from the work of Professor Paciocco, Moldaver J.A. emphasized that strong political convictions and impartiality are not necessarily incongruous, but that for some “feminists” “commitment gives way to zealotry and dogma”. The conviction that the justice system and its rules are incapable of protecting women and children, it is argued, may lead some potential jurors to disregard trial directions and rules safeguarding the presumption of innocence. Little regard for judicial direction can be expected from “those who see the prosecution of

être un facteur à prendre en considération, il ne prouve pas à lui seul l’existence d’un préjugé largement répandu susceptible d’amener des jurés à s’acquitter de leur tâche d’une manière injuste et préjudiciable.

b) *Opinions bien arrêtées sur les infractions d’ordre sexuel*

L’appelant prétend que la politisation du problème des infractions d’ordre sexuel et le fait que celles-ci soient liées à l’appartenance sexuelle est à l’origine de croyances, d’opinions et d’attitudes bien ancrées, qui établissent l’existence d’un préjugé largement répandu à l’égard des affaires d’agression sexuelle.

Dans l’affaire *K. (A.)*, précitée, le juge Moldaver a retenu cet argument et il a pris connaissance d’office du fait que les agressions sexuelles tendent à être commises par un sexe contre l’autre. Il a également pris connaissance d’office de la discrimination systémique dont sont victimes les femmes et les enfants au sein du système de justice criminelle et du fait que, pour certains, les réformes survenues récemment vont trop loin alors que pour d’autres elles sont insuffisantes. De ces assises factuelles, il a inféré que la politisation du problème des infractions d’ordre sexuel et le fait que celles-ci soient liées à l’appartenance sexuelle font naître une possibilité réaliste que certains membres du tableau des jurés nourrissent, en raison de leurs convictions politiques, des préjugés profondément ancrés et virulents qui pourraient résister à l’effet épurateur du procès. Citant des extraits du texte du professeur Paciocco, le juge Moldaver a souligné que convictions politiques bien arrêtées et impartialité ne sont pas nécessairement des notions incompatibles, mais que pour certaines [TRADUCTION] « féministes » « l’engagement cède le pas au fanatisme et au dogmatisme ». On prétend que la conviction selon laquelle le système de justice et ses règles sont incapables de protéger les femmes et les enfants pourrait amener d’éventuels jurés à ne pas tenir compte des directives données au procès et des règles visant à protéger la présomption d’innocence. On peut s’attendre que des [TRADUCTION] « personnes qui considèrent la poursuite des délinquants sexuels

sexual offenders as a battlefield in a gender based war” (para. 177).

The appellant supports this reasoning, adding that the polarized, politically charged nature of sexual offences results in two prevalent social attitudes: first, that the criminal justice system is incapable of dealing with an “epidemic” of abuse because of its male bias or the excessive protections it affords the accused; and second, that conviction rates in sexual offence cases are unacceptably low. These beliefs, he alleges, may jeopardize the accused’s right to a fair trial. For example, jurors harbouring excessive political zeal may ignore trial directions and legal rules perceived as obstructing the “truth” of what occurred, or may simply “cast their lot” with the victim. All this, the appellant submits, amounts to widespread bias in the community incompatible with juror impartiality.

The appellant does not deny that jurors trying any serious offence may hold strong views about the relevant law. Nor does he suggest such views raise concerns about bias in the trial of most offences. Few rules of criminal law attract universal support, and many engender heated debate. The treatment of virtually all serious crimes attracts sharply divided opinion, fervent criticism, and advocacy for reform. General disagreement or criticism of the relevant law, however, does not mean a prospective juror is inclined to take the law into his or her own hands at the expense of an individual accused.

The appellant’s submission reduces to this: while strong views on the law do not ordinarily indicate bias, an exception arises in the case of

comme un champ de bataille dans la guerre des sexes » (par. 177) fassent peu de cas des directives des juges.

L’appelant souscrit à ce raisonnement, ajoutant que le caractère politiquement chargé de la question des infractions d’ordre sexuel et le clivage d’opinions en découlant se traduisent par deux attitudes sociales répandues : premièrement, le système de justice criminelle est incapable de lutter contre une [TRADUCTION] « épidémie » d’abus sexuels en raison de son parti pris masculin ou des protections excessives qu’il accorde aux accusés; deuxièmement, les taux de déclaration de culpabilité dans les affaires d’infractions d’ordre sexuel sont intolérablement bas. Ces croyances, de prétendre l’appelant, peuvent compromettre le droit des accusés à un procès équitable. Par exemple, des jurés manifestant un zèle politique excessif pourraient ne pas tenir compte de certaines règles de droit et directives du juge du procès qu’ils perçoivent comme des obstacles à la mise au jour de la [TRADUCTION] « vérité » ou ils pourraient tout simplement « se ranger du côté » de la victime. Tout cela, soutient l’appelant, témoigne de l’existence, dans la collectivité, d’un préjugé largement répandu et incompatible avec l’impartialité requise des jurés.

L’appelant ne nie pas que des jurés appelés à juger une infraction grave puissent avoir des opinions bien arrêtées sur les règles de droit applicables. Il ne prétend pas non plus que, pour la plupart des infractions, de telles opinions font craindre l’existence de préjugés dans le cadre d’un procès. Peu de règles du droit criminel font l’unanimité et bon nombre d’entre elles soulèvent des débats passionnés. Le traitement réservé à pratiquement chaque crime grave suscite des opinions très partagées, des critiques ardentes et des appels à la réforme. Toutefois, l’existence d’un désaccord général ou de critiques visant la règle de droit applicable ne signifie pas qu’un candidat juré est enclin à se poser en justicier aux dépens de l’accusé.

L’argument de l’appelant peut être résumé ainsi : quoique des opinions bien arrêtées sur le droit applicable n’indiquent habituellement pas

63

64

65

sexual assaults on children. The difficulty, however, is that there is nothing in the material that supports this contention, nor is it self-evident. There is no indication that jurors are more willing to cross the line from opinion to prejudice in relation to sexual assault than for any other serious crime. It is therefore far from clear that strongly held views about sexual assault translate into bias, in the required sense of a tendency to act in an unfair and prejudicial manner.

l'existence d'un préjugé, il existe une exception dans le cas des agressions sexuelles contre les enfants. Le problème, toutefois, est que la preuve n'étaye pas cette prétention, qui n'est pas non plus évidente. Il n'y a aucune indication que les jurés soient davantage enclins à franchir la ligne séparant l'opinion et le préjugé dans le cas des agressions sexuelles que dans celui des autres crimes graves. Il est donc loin d'être évident que des opinions bien arrêtées à l'égard des agressions sexuelles se traduisent nécessairement par un préjugé au sens requis, savoir une tendance à agir de manière injuste et préjudiciable.

66

Moreover, assuming that the strong views people may hold about sexual assault raise the possibility of bias, how widespread such views are in Canadian society remains a matter of conjecture. The material before the Court offers no measure of the prevalence in Canadian society of the specific attitudes identified by the appellant as corrosive of juror impartiality. Some people may indeed believe that the justice system is faltering in the face of an epidemic of abuse and that perpetrators of this crime too often escape conviction; yet, it is far from clear that these beliefs are prevalent in our society, let alone that they translate into bias on a widespread scale.

Qui plus est, à supposer que les opinions bien arrêtées que peuvent avoir les gens à l'égard des agressions sexuelles fassent naître une possibilité de préjugé, le caractère généralisé de telles opinions dans la société canadienne continue de relever de la conjecture. La preuve dont dispose la Cour n'indique pas dans quelle mesure les attitudes particulières présentées par l'appellant comme préjudiciables à l'impartialité des jurés sont répandues dans la société canadienne. Il est en effet possible que certaines personnes croient que le système de justice est impuissant à lutter contre une épidémie d'abus sexuels et que les auteurs de tels crimes échappent trop souvent à la condamnation; pourtant, il est loin d'être évident que ces croyances sont répandues dans notre société et encore moins qu'elles se traduisent par un préjugé largement répandu.

(c) *Myths and Stereotypes About Sexual Offences*

c) *Mythes et stéréotypes à propos des infractions d'ordre sexuel*

67

The appellant suggests that the strong views that surround the crime of sexual assault may contribute to widespread myths and stereotypes that undermine juror impartiality. In any given jury pool, he argues, some people may reason from the prevalence of abuse to the conclusion that the accused is likely guilty; some may assume children never lie about abuse; and some may reason that the accused is more likely to be guilty because he is a man.

L'appellant avance que les opinions bien arrêtées qui entourent le crime d'agression sexuelle sont susceptibles de contribuer à répandre des mythes et des stéréotypes compromettant l'impartialité des jurés. Dans tout groupe de jurés, soutient-il, certaines personnes pourraient déduire du caractère généralisé du problème des abus sexuels que l'accusé est vraisemblablement coupable, d'autres pourraient présumer que les enfants ne mentent jamais à cet égard et, enfin, certaines pourraient se dire que l'accusé est probablement coupable parce qu'il est un homme.

Again, however, the proof falls short. Although these stereotypical beliefs clearly amount to bias that might incline some people against the accused or toward conviction, it is neither notorious nor indisputable that they enjoy widespread acceptance in Canadian society. Myths and stereotypes do indeed pervade public perceptions of sexual assault. Some favour the accused, others the Crown. In the absence of evidence, however, it is difficult to conclude that these stereotypes translate into widespread bias.

(d) *Emotional Nature of Sexual Assault Trials*

The appellant asks the Court to take judicial notice of the emotional nature of sexual assault trials and to conclude that fear, empathy for the victim, and abhorrence of the crime establish widespread bias in the community. His concern is that jurors, faced with allegations of sexual assaults of children, may act on emotion rather than reason. This is particularly the case, he suggests, for past victims of abuse, for whom the moral repugnancy of the crime may be amplified. He emphasizes that the presumption of innocence in criminal trials demands the acquittal of the “probably” guilty. An intense aversion to sexual crimes, he argues, may incline some jurors to err on the side of conviction in such circumstances. Undue empathy for the victim, he adds, may also prompt a juror to “validate” the complaint with a guilty verdict, rather than determine guilt or innocence according to the law.

Crimes commonly arouse deep and strong emotions. They represent a fundamental breach of the perpetrator’s compact with society. Crimes make victims, and jurors cannot help but sympathize

Ici encore, toutefois, la preuve est insuffisante. Bien que ces croyances stéréotypées soient clairement assimilables à des préjugés qui pourraient indisposer des jurés contre l’accusé ou les prédisposer à le déclarer coupable, il n’est ni notoire ni incontestable qu’elles sont généralement acceptées dans la société canadienne. Les mythes et les stéréotypes imprègnent effectivement les perceptions du public à l’égard du problème des agressions sexuelles. Certaines personnes sont favorables à l’accusé, d’autres au ministère public. Cependant, il est difficile, en l’absence de preuve, de conclure que ces stéréotypes se traduisent par un préjugé largement répandu.

d) *Caractère émotivement chargé des procès pour agression sexuelle*

L’appelant demande à la Cour de prendre connaissance d’office du caractère émotivement chargé des procès pour agression sexuelle et de juger que la peur, l’empathie pour la victime et l’aversion pour ce crime établissent l’existence d’un préjugé largement répandu au sein de la collectivité. Il craint que certains jurés saisis d’allégations d’agression sexuelle contre des enfants se laissent guider par l’émotion plutôt que par la raison. L’appelant prétend que cette situation pourrait se présenter de façon plus particulière dans le cas de jurés ayant eux-mêmes été victimes d’abus sexuels, chez qui le caractère moralement répugnant du crime peut être exacerbé. Il souligne que la présomption d’innocence applicable dans les procès criminels commande que les personnes « probablement » coupables soient acquittées. Le fait pour certains jurés de nourrir une intense aversion pour les crimes d’ordre sexuel peut, soutient-il, les inciter à privilégier la déclaration de culpabilité dans de telles circonstances. Il ajoute qu’une empathie excessive pour la victime peut également pousser un juré à « confirmer le bien-fondé » de la plainte par un verdict de culpabilité, plutôt que de décider de la culpabilité ou de l’innocence conformément à la loi.

Les crimes soulèvent fréquemment des émotions vives et profondes. Ils constituent une violation fondamentale du pacte qui existe entre la société et l’auteur du crime. Les crimes font des victimes,

68

69

70

with them. Yet these indisputable facts do not necessarily establish bias, in the sense of an attitude that could unfairly prejudice jurors against the accused or toward conviction. Many crimes routinely tried by jurors are abhorrent. Brutal murders, ruthless frauds and violent attacks are standard fare for jurors. Abhorred as they are, these crimes seldom provoke suggestions of bias incompatible with a fair verdict.

71

One cannot automatically equate strong emotions with an unfair and prejudicial bias against the accused. Jurors are not expected to be indifferent toward crimes. Nor are they expected to remain neutral toward those shown to have committed such offences. If this were the case, prospective jurors would be routinely and successfully challenged for cause as a preliminary stage in the trial of all serious criminal offences. Instead, we accept that jurors often abhor the crime alleged to have been committed — indeed there would be cause for alarm if representatives of a community did not deplore heinous criminal acts. It would be equally alarming if jurors did not feel empathy or compassion for persons shown to be victims of such acts. These facts alone do not establish bias. There is simply no indication that these attitudes, commendable in themselves, unfairly prejudice jurors against the accused or toward conviction. They are common to the trial of many serious offences and have never grounded a right to challenge for cause.

72

Recognizing this fact, the appellant and the intervenor Criminal Lawyers' Association ("CLA") contend that allegations of sexual offences against children incite emotional reactions of an intensity above and beyond those invoked by other criminal acts. Such offences, they contend, stand alone in their capacity to inflame jurors and cloud reason. Moldaver J.A., dissenting in *K. (A.)*, distinguished sexual offences from most

avec lesquelles les jurés ne peuvent s'empêcher de sympathiser. Pourtant, ces faits incontestables n'établissent pas nécessairement l'existence d'un préjugé, c'est-à-dire une attitude qui pourrait indisposer injustement des jurés contre l'accusé ou les prédisposer à le déclarer coupable. De nombreux crimes couramment jugés par des jurys sont odieux. Meurtres brutaux, fraudes impitoyables, attaques violentes, voilà autant de crimes qui constituent le lot quotidien des jurys. Malgré l'aversion qu'ils inspirent, ces crimes suscitent rarement d'allégations de préjugés incompatibles avec un verdict juste.

Il est impossible d'assimiler automatiquement des émotions vives à un préjugé injuste et préjudiciable visant l'accusé. On n'attend pas des jurés qu'ils soient indifférents aux crimes qui sont commis, ni à ce qu'ils restent neutres à l'égard des personnes dont la preuve démontre qu'elles en sont les auteurs. Si c'était le cas, on demanderait régulièrement et avec succès la récusation de jurés, préalablement à tout procès pour une infraction criminelle grave. On admet plutôt qu'il arrivera souvent que des jurés trouvent odieux le crime reproché à l'accusé — d'ailleurs il serait même alarmant que les représentants de la collectivité ne déplorent pas les actes criminels odieux. Il serait également alarmant que les jurés n'éprouvent pas d'empathie ou de compassion envers les victimes de tels actes. Ces faits n'établissent pas à eux seuls l'existence d'un préjugé. Il n'y a tout simplement aucune indication que ces attitudes, louables en soi, indisposent injustement des jurés contre l'accusé ou les prédisposent à le déclarer coupable. Elles sont présentes dans les procès visant nombre d'infractions graves et n'ont jamais fondé le droit de recourir à la procédure de récusation motivée.

Reconnaissant ce fait, l'appelant et l'intervenante Criminal Lawyers' Association (« CLA ») prétendent que des allégations reprochant des infractions d'ordre sexuel contre des enfants suscitent des réactions émotives d'une intensité de beaucoup supérieure à celle provoquée par d'autres actes criminels. Ils plaident que de telles infractions se distinguent par leur capacité de révolter les jurés et d'obscurcir leur jugement. Le juge

other despicable criminal acts, on the basis that “sexual assault trials tend to be emotionally charged, particularly in cases of child abuse, where the mere allegation can trigger feelings of hostility, resentment and disgust in the minds of jurors” (para. 188).

The proposition that sexual offences are generically different from other crimes in their ability to arouse strong passion is not beyond reasonable debate or capable of immediate and accurate demonstration. As such, it does not lend itself to judicial notice. Nor was evidence led on this issue. Some may well react to allegations of a sexual crime with emotions of the intensity described by the appellant. Yet how prevalent such emotions are in Canadian society remains a matter of conjecture. The Court simply cannot reach conclusions on these controversial matters in an evidentiary vacuum. As a result, the appellant has not established the existence of an identifiable bias arising from the emotionally charged nature of sexual crimes, or the prevalence of this bias should it in fact exist.

(e) *The History of Challenges for Cause in Ontario*

The appellant refers this Court to the experience of Ontario trial courts where judges have allowed defence counsel to challenge prospective jurors for cause in cases involving allegations of sexual assault: see Vidmar, *supra*, at p. 5; D.M. Tanovich, D.M. Paciocco, S. Skurka, *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science, and the Law* (1997), at pp. 239-42. These sources, cataloguing 34 cases, indicate that hundreds of potential jurors have been successfully challenged for cause as not indifferent between the Crown and the accused. It is estimated that 36 percent of the prospective jurors challenged were disqualified.

Moldaver, dissident dans l'affaire *K. (A.)*, a établi une distinction entre les infractions d'ordre sexuel et la plupart des autres actes criminels méprisables, parce que [TRADUCTION] « les procès pour agression sexuelle tendent à être chargés émotivement, particulièrement dans les affaires d'abus contre des enfants, où la simple allégation peut susciter de l'hostilité, du ressentiment et du dégoût dans l'esprit des jurés » (par. 188).

L'argument selon lequel les infractions d'ordre sexuel sont génériquement différentes des autres crimes du fait de leur capacité de soulever des passions intenses n'est ni raisonnablement incontestable ni susceptible d'être démontré immédiatement et exactement. Il ne se prête donc pas à la connaissance d'office. Aucune preuve n'a d'ailleurs été présentée sur ce point. Il est bien possible que certaines personnes réagissent à des allégations de crime d'ordre sexuel par des émotions possédant l'intensité décrite par l'appellant. Néanmoins, la question de savoir à quel point ces émotions sont répandues dans la société canadienne relève encore des conjectures. La Cour ne peut tout simplement pas se prononcer sur ces questions controversées en l'absence de preuve. Par conséquent, l'appellant n'a pas démontré l'existence d'un préjugé identifiable découlant du caractère émotivement chargé des affaires de crimes d'ordre sexuel, ni le caractère généralisé de ce préjugé, si en fait il existe.

e) *L'histoire de la procédure de récusation motivée en Ontario*

L'appellant a fait état à la Cour de la situation observée en Ontario dans des procès pour agression sexuelle où les juges ont autorisé des avocats de la défense à demander la récusation motivée de candidats jurés : voir Vidmar, *loc. cit.*, p. 5; D.M. Tanovich, D.M. Paciocco, et S. Skurka, *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science and the Law* (1997), p. 239-242. Ces sources, qui font état de 34 affaires, indiquent que des centaines de jurés ont été récusés au motif qu'ils n'étaient pas impartiaux entre la Reine et l'accusé. On estime que 36 pour 100 des jurés dont on demandait la récusation ont été jugés inaptes.

75 The appellant argues that the fact that hundreds of prospective jurors have been found to be partial is in itself sufficient evidence of widespread bias arising from sexual assault trials. This is proof, he asserts, that the social realities surrounding sexual assault trials give rise to prejudicial beliefs, attitudes and emotions on a widespread scale in Canadian communities.

76 The Crown disagrees. It argues first, that the survey lacks validity because of methodological defects, and second, that even if the results are accepted, the successful challenges do not demonstrate a widespread bias, but instead may be attributed to other causes.

77 The first argument against the survey is that its methodology is unsound. The Crown raises a number of concerns: the survey is entirely anecdotal, not comprehensive or random; not all of the questions asked of prospective jurors are indicated; there is no way in which to assess the directions, if any, provided by the trial judge, especially in relation to the distinction between strong opinions or emotions and partiality; and no comparative statistics are provided contrasting these results with the experience in other criminal law contexts. The intervener CLA concedes that the survey falls short of scientific validity, but contends that it nevertheless documents a phenomena of considerable significance. Hundreds of prospective jurors disqualified on the grounds of bias by impartial triers of fact must, it is argued, displace the presumption of juror impartiality. Nonetheless, the lack of methodological rigour and the absence of expert evidence undermine the suggestion that the Ontario experience establishes widespread bias.

78 The second argument against the survey is that the questions asked were so general, and the information elicited so scarce, that no meaningful infer-

L'appelant plaide que le fait que des centaines de jurés aient été déclarés partiaux est en soi une preuve suffisante de l'existence d'un préjugé largement répandu découlant des procès pour agression sexuelle. Il affirme qu'il s'agit d'une preuve que les réalités sociales entourant ces procès font naître des croyances, attitudes et émotions préjudiciables qui sont largement répandues dans les collectivités canadiennes.

Le ministère public n'est pas de cet avis. Il prétend, dans un premier temps, que l'étude manque de validité en raison de lacunes méthodologiques, et, dans un deuxième temps, que même si on accepte les résultats, les récusations obtenues ne démontrent pas l'existence d'un préjugé largement répandu, mais peuvent plutôt être imputées à d'autres causes.

Le premier argument avancé contre l'étude est que sa méthodologie est inadéquate. Le ministère public soulève plusieurs problèmes : l'étude est entièrement anecdotique, elle n'est pas exhaustive et elle est arbitraire; les questions qui ont été posées aux candidats jurés ne sont pas toutes indiquées; il n'y a aucune façon d'apprécier les directives, s'il en est, données par le juge du procès, notamment en ce qui concerne la distinction entre des opinions bien arrêtées ou des émotions intenses d'une part et la partialité d'autre part; enfin, on n'a pas fourni de statistiques comparant ces résultats avec la situation observée dans d'autres domaines du droit criminel. L'intervenante CLA concède que l'étude n'a pas toute la validité scientifique requise, mais affirme qu'elle documente malgré tout un phénomène d'une importance considérable. Le fait que des centaines de candidats jurés aient été jugés inaptes pour cause de partialité par des juges des faits impartiaux a pour effet de réfuter, soutient-on, la présomption d'impartialité des jurés. Néanmoins, le manque de rigueur méthodologique et l'absence de preuve d'expert affaiblissent l'argument que la situation observée en Ontario établit l'existence d'un préjugé largement répandu.

Le deuxième argument plaidé contre l'étude est que les questions posées étaient si générales et les renseignements obtenus si limités qu'il est impos-

ence can be drawn from the responses given by challenged jurors or from the number of potential jurors disqualified. Charron J.A., for the majority in *K. (A.)*, observed that prospective jurors in that case received no meaningful instruction on the nature of jury duty or the meaning and importance of impartiality. Further, they often indicated confusion at the questions posed to them or asked that the questions be repeated. In the end, numerous prospective jurors were disqualified for offering little more than that they would find it difficult to hear a case of this nature, or that they held strong emotions about the sexual abuse of children.

The challenge for cause process rests to a considerable extent on self-assessment of impartiality by the challenged juror, and the response to questions on challenge often will be little more than an affirmation or denial of one's own ability to act impartially in the circumstances of the case. In the absence of guidance, prospective jurors may conflate disqualifying bias with a legitimate apprehension about sitting through a case involving allegations of sexual abuse of children, or the strong views or emotions they may hold on this subject.

Where potential jurors are challenged for racial bias, the risk of social disapprobation and stigma supports the veracity of admissions of potential partiality. No similar indicia of reliability attach to the frank and open admission of concern about one's ability to approach and decide a case of alleged child sexual abuse judiciously. While a prospective juror's admission of racial prejudice may suggest partiality, the same cannot be said of an admission of abhorrence or other emotional attitude toward the sexual abuse of children. We do not know whether the potential jurors who professed concerns about serving on juries for sexual assault charges were doing so because they were biased, or for other reasons. We do not know

sible de tirer quelque conclusion utile des réponses données par les jurés récusés ou du nombre de jurés récusés. Le juge Charron, s'exprimant pour la majorité de la Cour d'appel dans l'affaire *K. (A.)*, précitée, a souligné que les candidats jurés dans cette affaire n'avaient reçu aucune instruction utile sur la nature des fonctions d'un juré ni sur la signification et l'importance de l'impartialité. En outre, des candidats jurés ont souvent dit que les questions qui leur étaient posées étaient confuses ou encore demandé qu'on les leur répète. En bout de ligne, de nombreux candidats jurés ont été récusés simplement parce qu'ils ont dit qu'ils trouveraient difficile d'entendre une affaire d'une telle nature ou que les agressions sexuelles commises contre les enfants suscitaient en eux de vives émotions.

La procédure de récusation motivée repose dans une très large mesure sur une auto-évaluation par le candidat juré contesté de son impartialité, et les réponses aux questions qui sont alors posées ne sont rarement plus que l'affirmation ou la dénégation par cette personne de sa capacité d'agir impartialement dans les circonstances de l'affaire. S'ils ne reçoivent pas d'indications, les candidats jurés pourraient assimiler à un préjugé les rendant inaptes avec la crainte légitime qu'ils peuvent éprouver à l'idée de participer à l'audition d'une affaire comportant des allégations d'abus sexuels contre des enfants, ou encore les opinions bien arrêtées ou les émotions intenses qu'ils peuvent avoir ou ressentir, selon le cas, à ce sujet.

Quand des candidats jurés sont récusés pour cause de partialité fondée sur la race, le risque de réprobation et de stigmatisation sociales susceptible de découler d'aveux de possible partialité étaye la véracité de ces aveux. De tels indices de fiabilité ne ressortent toutefois pas du fait pour une personne de reconnaître franchement et ouvertement ses inquiétudes quant à sa capacité d'entendre et de trancher judicieusement une affaire d'abus sexuels contre des enfants. Bien que l'aveu par un candidat juré qu'il nourrit un préjugé racial puisse suggérer la partialité, on ne peut en dire autant de l'admission par une personne que les abus sexuels contre les enfants lui inspirent de l'aversion ou d'autres attitudes émotives. Nous ne savons pas si les can-

whether they were told that strong emotions and beliefs would not in themselves impair their duty of impartiality, or whether they were informed of the protections built into the trial process.

didats jurés qui ont exprimé des inquiétudes au sujet de leur participation à un jury dans des procès pour agression sexuelle l'ont fait parce qu'ils étaient partiaux ou pour d'autres raisons. Nous ne savons pas si on leur a dit que l'existence d'émotions intenses et de croyances bien arrêtées ne compromettaient pas en soi le respect de leur devoir d'impartialité, ou que le processus judiciaire comportait des mesures de protection à cet égard.

81 In fact, the number of prospective jurors disqualified, although relied on as support for judicial notice of widespread bias, is equally consistent with the conclusion that the challenge processes, despite the best intentions of the participants, disqualified prospective jurors for acknowledging the intense emotions, beliefs, experiences and misgivings anyone might experience when confronted with the prospect of sitting as a juror on a case involving charges of sexual assault of children. As discussed, the mere presence of strong emotions and opinions cannot be equated automatically with bias against the accused or toward conviction.

En fait, quoiqu'il soit invoqué pour demander l'admission d'office d'un préjugé largement répandu, le nombre de candidats jurés déclarés inaptes est également compatible avec la conclusion que, malgré les meilleures intentions des participants, le processus de récusation a déclaré inaptes des candidats jurés parce qu'ils avaient avoué des émotions intenses, des croyances, des expériences et des inquiétudes susceptibles d'être le lot de toute personne faisant face à la possibilité de participer comme juré à un procès pour agression sexuelle contre des enfants. Comme il a été expliqué plus tôt, la simple présence d'émotions intenses ou d'opinions bien arrêtées ne peut être automatiquement assimilée à l'existence d'un préjugé défavorable à l'accusé ou favorable à la déclaration de culpabilité.

82 It follows that the survey of past challenge for cause cases involving charges of sexual assault does not without more establish widespread bias arising from these charges.

Il s'ensuit que l'examen de procès pour agression sexuelle ayant donné lieu à des récusations motivées ne saurait, sans autre preuve, permettre d'établir l'existence d'un préjugé largement répandu découlant de telles accusations.

(f) *Social Science Evidence of "Generic Prejudice"*

f) *Travaux de recherches en sciences sociales sur le « préjugé générique »*

83 The appellant argues that social science research, particularly that of Vidmar, supports the contention that social realities, such as the prevalence of sexual abuse and its politically charged nature, translate into a widespread bias in Canadian society.

L'appelant soutient que les travaux de recherches en sciences sociales, en particulier ceux de Vidmar, appuient la thèse que certaines réalités sociales, par exemple l'ampleur du phénomène de l'abus sexuel et le caractère politiquement chargé de ce problème, se traduisent par un préjugé largement répandu dans la société canadienne.

84 In *Williams, supra*, the Court referred to Vidmar's research in concluding that the partiality targeted by s. 638(1)(b) was not limited to biases

Dans l'arrêt *Williams*, précité, se référant aux travaux de Vidmar, notre Cour a conclu que la partialité visée par l'al. 638(1)(b) ne se limite pas aux

arising from a direct interest in the proceeding or pre-trial exposure to the case, but could arise from any of a variety of sources, including the “nature of the crime itself” (para. 10). However, recognition that the nature of an offence may give rise to “generic prejudice” does not obviate the need for proof. Labels do not govern the availability of challenges for cause. Regardless of how a case is classified, the ultimate issue is whether a realistic possibility exists that some potential jurors may try the case on the basis of prejudicial attitudes and beliefs, rather than the evidence offered at trial. The appellant relies on the work of Vidmar for the proposition that such a possibility does in fact arise from allegations of sexual assault.

Vidmar is known for the theory of a “generic prejudice” against accused persons in sexual assault trials and for the conclusion that the attitudes and beliefs of jurors are frequently reflected in the verdicts of juries on such trials. However, the conclusions of Vidmar do not assist in finding widespread bias. His theory that a “generic prejudice” exists against those charged with sexual assault, although in the nature of expert evidence, has not been proved. Nor can the Court take judicial notice of this contested proposition. With regard to the behaviour of potential jurors, the Court has no foundation in this case to draw an inference of partial juror conduct, as discussed in more detail below, under the behavioural stage of the partiality test.

Vidmar himself acknowledges the limitations of his research. He concedes that the notion of “generic prejudice” lacks scientific validity, and that none of the studies he relies on actually asked the questions typically asked of Canadian jurors, including whether they can impartially adjudicate guilt or innocence in a sexual assault trial: Vidmar, *supra*. Moreover, the authorities Vidmar relies on are almost exclusively “confined to examination of

préjugés découlant d’un intérêt direct dans l’instance ou d’une connaissance de l’affaire préalablement au procès, mais pourrait découler d’un éventail de sources, y compris « la nature du crime lui-même » (par. 10). Toutefois, reconnaître que la nature d’une infraction peut donner lieu à un « préjugé générique » n’écarte pas le besoin de prouver l’existence d’un tel préjugé. L’application de la procédure de récusation motivée n’est pas fonction de telle ou telle désignation. Indépendamment de la façon dont le point est présenté, la question fondamentale est de savoir s’il existe une possibilité réaliste que d’éventuels jurés tranchent l’affaire sur la foi d’attitudes et de croyances préjudiciables, plutôt qu’à la lumière de la preuve présentée au procès. Se fondant sur les travaux de Vidmar, l’appelant affirme que cette possibilité naît effectivement d’allégations d’agression sexuelle.

Vidmar est connu pour la théorie du « préjugé générique » contre les personnes subissant un procès pour agression sexuelle et pour la conclusion que les attitudes et les croyances des jurés se reflètent fréquemment dans leurs verdicts dans de tels procès. Toutefois, ces constatations de Vidmar ne permettent pas de conclure à l’existence d’un préjugé largement répandu. Quoique sa thèse selon laquelle il existe un « préjugé générique » contre les personnes accusées d’agression sexuelle ait la qualité de preuve d’expert, elle n’a pas été prouvée. La Cour ne peut pas non plus prendre connaissance d’office de cette proposition contestée. Relativement au comportement d’éventuels jurés, notre Cour ne dispose en l’espèce d’aucun fondement permettant de conclure à un comportement partial de la part de jurés, tel qu’il sera précisé plus loin, en application du volet comportement du critère applicable en matière de partialité.

Vidmar lui-même reconnaît les limites de ses travaux. Il admet que la notion de « préjugé générique » n’a pas toute la validité scientifique requise et que, dans aucune des études sur lesquelles il se fonde, on a demandé les questions qui sont généralement posées aux jurés au Canada, notamment celle de savoir s’ils sont capables de décider de manière impartiale de la culpabilité ou de l’innocence de l’accusé dans un procès pour agression

public attitudes towards certain criminal acts, especially child sexual abuse. Not surprisingly, it appears the public is quite disapproving of persons who have sexually abused children, and of such conduct itself": *R. v. Hillis*, [1996] O.J. No. 2739 (Gen. Div.) (QL), at para. 7. While judicial notice may be taken of the uncontested fact that sexual crimes are almost universally abhorred, this does not establish widespread bias arising from sexual assault trials.

sexuelle : Vidmar, *loc. cit.* En outre, les sources invoquées par Vidmar se sont presque exclusivement [TRADUCTION] « limitées à examiner les attitudes du public à l'égard de certains actes criminels, particulièrement les abus sexuels contre les enfants. On ne s'étonnera donc pas de constater que le public réproouve profondément et les personnes qui abusent sexuellement des enfants et ce comportement lui-même » : *R. c. Hillis*, [1996] O.J. No. 2739 (Div. gén.) (QL), par. 7. Quoiqu'il soit possible de prendre connaissance d'office du fait incontesté que les crimes sexuels inspirent presque universellement le dégoût, ce fait ne prouve pas que les procès pour agression sexuelle sont à l'origine d'un préjugé largement répandu.

87

The attempt of Vidmar and others to conduct scientific research on jury behaviour is commendable. Unfortunately, research into the effect of juror attitudes on deliberations and verdicts is constrained by the almost absolute prohibition in s. 649 of the *Criminal Code* against the disclosure by jury members of information relating to the jury's proceedings. More comprehensive and scientific assessment of this and other aspects of the criminal law and criminal process would be welcome. Should Parliament reconsider this prohibition, it may be that more helpful research into the Canadian experience would emerge. But for now, social science evidence appears to cast little light on the extent of any "generic prejudice" relating to charges of sexual assault, or its relationship to jury verdicts.

Les efforts déployés par Vidmar et d'autres personnes pour effectuer des recherches scientifiques sur le comportement des jurés sont louables. Malheureusement, l'interdiction quasi absolue faite par l'art. 649 du *Code criminel* aux membres d'un jury de divulguer tout renseignement relatif aux délibérations du jury limite les recherches sur l'effet des attitudes des jurés sur leurs délibérations et leurs verdicts. Il serait opportun qu'on procède à une analyse plus exhaustive et scientifique de cette question et d'autres aspects du droit criminel et du processus pénal. Si le législateur décidait de réexaminer cette interdiction, cela entraînerait peut-être la réalisation d'un plus grand nombre de travaux utiles sur la situation au Canada. Mais, pour l'instant, la preuve relevant des sciences sociales semble jeter peu de lumière sur l'ampleur de tout « préjugé générique » qui se rattacherait aux accusations d'agression sexuelle ou sur le lien qu'il aurait avec les verdicts des jurys.

(g) *Conclusions on the Existence of a Relevant, Widespread Bias*

g) *Conclusions sur l'existence d'un préjugé pertinent largement répandu*

88

Do the factors cited by the appellant, taken together, establish widespread bias arising from charges relating to sexual abuse of children? In my view, they do not. The material presented by the appellant, considered in its totality, falls short of grounding judicial notice of widespread bias in Canadian society against the accused in such trials. At best, it establishes that the crime of sexual

Considérés ensemble, les facteurs énumérés par l'appelant établissent-ils l'existence d'un préjugé largement répandu découlant d'accusations se rapportant à des abus sexuels contre des enfants? Je suis d'avis que non. L'ensemble du dossier présenté par l'appelant ne justifie pas d'admettre d'office l'existence, au sein de la société canadienne, d'un préjugé largement répandu défavorable aux

assault, like many serious crimes, frequently elicits strong attitudes and emotions.

However, the two branches of the test for partiality are not watertight compartments. Given the challenge of proving facts as elusive as the nature and scope of prejudicial attitudes, and the need to err on the side of caution, I prefer not to resolve this case entirely at the first, attitudinal stage. Out of an abundance of caution, I will proceed to consider the potential impact, if any, of the alleged biases on juror behaviour.

2. Is it Reasonable to Infer that Some Jurors May Be Incapable of Setting Aside Their Biases Despite Trial Safeguards?

The fact that members of the jury pool may harbour prejudicial attitudes, opinions or feelings is not, in itself, sufficient to support an entitlement to challenge for cause. There must also exist a realistic possibility that some jurors may be unable or unwilling to set aside these prejudices to render a decision in strict accordance with the law. This is referred to as the behavioural aspect of the test for partiality.

The applicant need not always adduce direct evidence establishing this link between the bias in issue and detrimental effects on the trial process. Even in the absence of such evidence, a trial judge may reasonably infer that some strains of bias by their very nature may prove difficult for jurors to identify and eliminate from their reasoning.

This inference, however, is not automatic. Its strength varies with the nature of the bias in issue, and its amenability to judicial cleansing. In *Williams*, the Court inferred a behavioural link between the pervasive racial prejudice established

accusés dans les procès à cet égard. Tout au plus établit-il que, à l'instar de beaucoup d'autres crimes graves, le crime d'agression sexuelle suscite fréquemment de vives émotions et des attitudes bien campées.

Cependant, les deux volets du critère applicable en matière de partialité ne sont pas des formules rigides. Compte tenu, d'une part, de la difficulté que pose la preuve de faits aussi intangibles que la nature et l'ampleur d'attitudes préjudiciables et, d'autre part, du besoin de pécher par excès de prudence, je préfère ne pas trancher entièrement la présente affaire à la première étape, savoir le volet attitude. Par souci de précaution, je vais maintenant examiner l'effet potentiel, s'il en est, des préjugés allégués sur le comportement d'un juré.

2. Est-il raisonnable de conclure que des jurés pourraient être incapables de faire abstraction de leurs préjugés malgré les garanties assortissant le procès?

Le fait que certaines personnes faisant partie du tableau des jurés puissent nourrir des attitudes, opinions ou sentiments préjudiciables n'est pas en lui-même suffisant pour fonder le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Il doit également exister une possibilité réaliste que des jurés ne soient pas capables de faire abstraction de ces préjugés afin de rendre une décision en stricte conformité avec la loi, ou encore qu'ils ne soient pas disposés à le faire. Il s'agit du volet comportement du critère applicable en matière de partialité.

Le demandeur n'a pas toujours besoin de présenter une preuve directe du préjugé allégué et de ses effets préjudiciables sur le procès. Même en l'absence d'une telle preuve, le juge du procès peut raisonnablement conclure que, en raison de la nature même de certains types de préjugés, il pourrait être difficile pour les jurés de les reconnaître et de les éliminer de leur raisonnement.

Cette conclusion ne coule toutefois pas de source. Sa force varie en fonction de la nature du préjugé en jeu et de la perméabilité de celui-ci à l'effet épurateur du processus judiciaire. Dans l'arrêt *Williams*, notre Cour a conclu à l'existence

89

90

91

92

on the evidence and the possibility that some jurors, consciously or not, would decide the case based on prejudice and stereotype. Such a result, however, is not inevitable for every form of bias, prejudice or preconception. In some circumstances, the appropriate inference is that the “pre-dispositions can be safely regarded as curable by judicial direction”: *Williams, supra*, at para. 24.

93 Fundamental distinctions exist between the racial prejudice at issue in *Williams* and a more general bias relating to the nature of the offence itself. These differences relate both to the nature of these respective biases, and to their susceptibility (or resistance) to cleansing by the trial process. It may be useful to examine these differences before embarking on a more extensive consideration of the potential effects on the trial process, if any, of the biases alleged in the present case.

94 The first difference is that race may impact more directly on the jury’s decision than bias stemming from the nature of the offence. As Moldaver J.A. stated in *Betker, supra*, at p. 441, “[r]acial prejudice is a form of bias directed against a particular class of accused by virtue of an identifiable immutable characteristic. There is a direct and logical connection between the prejudice asserted and the particular accused”. By contrast, the aversion, fear, abhorrence, and beliefs alleged to surround sexual assault offences may lack this cogent and irresistible connection to the accused. Unlike racial prejudice, they do not point a finger at a particular accused.

95 Second, trial safeguards may be less successful in cleansing racial prejudice than other types of bias, as recognized in *Williams*. As Doherty J.A. observed in *Parks, supra*, at p. 371: “[i]n deciding whether the post-jury selection safeguards against partiality provide a reliable antidote to racial bias, the nature of that bias must be emphasized”. The nature of racial prejudice — in particular its subtle, systemic and often unconscious operation — com-

d’un lien d’ordre comportemental entre le préjugé racial omniprésent qu’avait établi la preuve et la possibilité que, consciemment ou non, des jurés tranchent l’affaire sur le fondement de préjugés et de stéréotypes. Un tel résultat n’est toutefois pas inévitable pour toutes les formes de préjugés ou d’idées préconçues. Dans certaines circonstances, la conclusion qui s’impose est que « les directives [. . .] [du juge du procès] permettront à coup sûr de remédier à certaines inclinations » : *Williams*, précité, par. 24.

Il existe des distinctions fondamentales entre le préjugé racial en cause dans *Williams* et un préjugé plus général se rapportant à la nature de l’infraction elle-même. Ces différences portent à la fois sur la nature de ces préjugés et sur leur susceptibilité (ou résistance) à l’effet épurateur du processus judiciaire. Il serait utile d’examiner ces différences avant de procéder à une analyse plus approfondie de l’effet potentiel sur le procès, s’il en est, des préjugés allégués en l’espèce.

La première différence est que la race peut influencer plus directement la décision d’un jury qu’un préjugé découlant de la nature de l’infraction. Comme l’a dit le juge Moldaver dans l’affaire *Betker*, précitée, p. 441, [TRADUCTION] « [l]e préjugé racial est une forme de préjugé dirigé contre une catégorie particulière d’accusés en raison d’une caractéristique immuable identifiable. Il existe un lien logique et direct entre le préjugé allégué et l’accusé concerné ». Par contraste, l’aversion, la peur, la répugnance et les croyances qui, prétend-on, entourent les infractions d’agression sexuelle peuvent ne pas présenter ce lien convaincant et irrésistible avec l’accusé. Contrairement au préjugé racial, ces facteurs ne visent pas un accusé en particulier.

Deuxièmement, comme il a été reconnu dans *Williams*, il est possible que les garanties assortissant le procès filtrent moins efficacement les préjugés raciaux que d’autres types de préjugés. Comme l’a souligné le juge Doherty dans l’affaire *Parks*, précitée, p. 371 : [TRADUCTION] « [p]our décider si les garanties visant à assurer l’impartialité du jury après sa sélection constituent un antidote sûr contre les préjugés raciaux, il faut s’atta-

pelled the inference in *Williams* that some people might be incapable of effacing, or even identifying, its influence on their reasoning. In reaching this conclusion, the Court emphasized the “invasive and elusive” operation of racial prejudice and its foundation “on preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals” (paras. 21-22).

The biases alleged in this case, by contrast, may be more susceptible to cleansing by the rigours of the trial process. They are more likely to be overt and acknowledged than is racial prejudice, and hence more easily removed. Jurors are more likely to recognize and counteract them. The trial judge is more likely to address these concerns in the course of directions to the jury, as are counsel in their addresses. Offence-based bias has concerned the trial process throughout its long evolution, and many of the safeguards the law has developed may be seen as a response to it.

Against this background, I turn to the question of whether the biases alleged to arise from the nature of sexual assault, if established, might lead jurors to decide the case in an unfair and prejudicial way, despite the cleansing effect of the trial process.

First, the appellant contends that some jurors, whether victims, friends of victims, or simply people holding strong views about sexual assault, may not be able to set aside strong beliefs about this crime — for example, that the justice system is biased against complainants, that there exists an epidemic of abuse that must be halted, or that conviction rates are too low — and decide the case solely on its merits. Some jurors, he says, may disregard rules of law that are perceived as obstructing the “truth” of what occurred. Others may simply “cast their lot” with groups that have

cher à la nature de ces préjugés ». La nature du préjugé racial — notamment son fonctionnement subtil, systémique et souvent inconscient — a forcé à conclure, dans *Williams*, que certaines personnes pourraient être incapables d’éliminer, voire de déceler, son influence sur leur raisonnement. En tirant cette conclusion, la Cour a souligné les effets « attentatoires et insaisissables » des préjugés raciaux et le fait qu’ils reposent sur « des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu’ils s’en rendent compte » (par. 21-22).

À l’opposé, il est possible que les préjugés allégués en l’espèce soient plus susceptibles d’être épurés par les garanties rigoureuses assortissant le procès à cet égard. Il est fort probable que ces préjugés soient plus manifestes et plus ouvertement admis que les préjugés raciaux et, de ce fait, plus faciles à éliminer. Les jurés sont davantage susceptibles de les déceler et de les contrer. Il est probable que le juge du procès fera état de cette préoccupation dans ses directives au jury, tout comme le feront les avocats dans leur exposé. Les préjugés liés à l’infraction constituent un problème qui a affecté l’institution du procès durant toute sa longue évolution et bon nombre des garanties que lui a greffées le droit peuvent être considérées comme des réponses à ce problème.

J’aborde maintenant, sur cette toile de fond, la question de savoir si les préjugés qui découlent, prétend-on, de la nature de l’agression sexuelle pourraient, s’ils sont prouvés, amener des jurés à statuer sur l’affaire de manière injuste et préjudiciable, malgré l’effet épurateur du procès.

Premièrement, l’appelant soutient qu’il est possible que certains jurés, qu’il s’agisse de victimes, d’amis d’une victime ou simplement de personnes ayant des opinions bien arrêtées sur les agressions sexuelles, soient incapables de faire abstraction de ces opinions — par exemple que le système de justice a un parti pris contre les plaignants, qu’il sévit une épidémie d’abus sexuels qui doit être stoppée ou encore que les taux de déclaration de culpabilité sont trop bas — et de trancher l’affaire en fonction seulement de son bien-fondé. Des jurés, dit-il, pourraient ne pas tenir compte de règles de droit

96

97

98

been victimized. These possibilities, he contends, support a reasonable inference that strong opinions may translate into a realistic potential for partial juror conduct.

99 This argument cannot succeed. As discussed, strongly held political views do not necessarily suggest that jurors will act unfairly in an actual trial. Indeed, passionate advocacy for law reform may be an expression of the highest respect for the rule of law, not a sign that one is willing to subvert its operation at the expense of the accused. As Moldaver J.A. eloquently observed in *Betker*, *supra*, at p. 447, “the test for partiality is not whether one seeks to change the law but whether one is capable of upholding the law . . .”.

100 In the absence of evidence that such beliefs and attitudes may affect jury behaviour in an unfair manner, it is difficult to conclude that they will not be cleansed by the trial process. Only speculation supports the proposition that jurors will act on general opinions and beliefs to the detriment of an individual accused, in disregard of their oath or affirmation, the presumption of innocence, and the directions of the trial judge.

101 The appellant also contends that myths and stereotypes attached to the crime of sexual assault may unfairly inform the deliberation of some jurors. However, strong, sometimes biased, assumptions about sexual behaviour are not new to sexual assault trials. Traditional myths and stereotypes have long tainted the assessment of the conduct and veracity of complainants in sexual assault cases — the belief that women of “unchaste” character are more likely to have consented or are less worthy of belief; that passivity or even resistance may in fact constitute consent; and that some women invite sexual assault by reason of their

qu’ils perçoivent comme des obstacles à la mise au jour de la « vérité ». D’autres pourraient tout simplement « se ranger du côté » de groupes ayant été victimisés. Selon lui, ces possibilités permettent de tirer la conclusion raisonnable que des opinions bien arrêtées peuvent se traduire par une possibilité réaliste de comportement partial de la part de jurés.

Cet argument ne saurait être retenu. Comme il a été vu plus tôt, le fait que des jurés aient des convictions politiques bien arrêtées ne signifie pas nécessairement qu’ils agiront de manière injuste dans un vrai procès. De fait, un plaidoyer passionné en faveur de la réforme du droit peut être considéré comme l’expression d’un très grand respect pour la primauté du droit, plutôt que comme un signe que quelqu’un est disposé à écarter son application au détriment de l’accusé. Comme l’a éloquentement fait remarquer le juge Moldaver dans l’affaire *Betker*, précitée, p. 447, [TRADUCTION] « le critère applicable en matière de partialité ne consiste pas à se demander si une personne veut changer le droit, mais plutôt si elle capable de soutenir son application . . . ».

En l’absence de preuve que de telles attitudes et croyances pourraient influencer de manière injuste le comportement du jury, il est difficile de conclure que le procès ne filtrera pas leurs effets. L’argument que des jurés agiront au détriment d’un accusé donné sur la foi d’opinions et de croyances générales et au mépris de leur serment ou affirmation solennelle, de la présomption d’innocence et des directives du juge du procès ne repose que sur de simples conjectures.

L’appelant prétend également que les mythes et les stéréotypes liés au crime d’agression sexuelle peuvent influencer injustement les délibérations de certains jurés. Cependant, l’existence des suppositions bien campées et parfois empreintes de préjugés relativement au comportement sexuel n’est pas un phénomène nouveau dans les procès pour agression sexuelle. Certains mythes et stéréotypes traditionnels affectent depuis longtemps l’appréciation de la conduite des plaignants et de la véracité de leur témoignage dans les affaires d’agression sexuelle — mentionnons la croyance selon laquelle les femmes « non chastes » ont vraisem-

dress or behaviour, to name only a few. Based on overwhelming evidence from relevant social science literature, this Court has been willing to accept the prevailing existence of such myths and stereotypes: see, for example, *Seaboyer, supra*; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 669-71; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 94-97.

Child complainants may similarly be subject to stereotypical assumptions, such as the belief that stories of abuse are probably fabricated if not reported immediately, or that the testimony of children is inherently unreliable: *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43; N. Bala, "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice* (1993), 231.

These myths and stereotypes about child and adult complainants are particularly invidious because they comprise part of the fabric of social "common sense" in which we are daily immersed. Their pervasiveness, and the subtlety of their operation, create the risk that victims of abuse will be blamed or unjustly discredited in the minds of both judges and jurors.

Yet the prevalence of such attitudes has never been held to justify challenges for cause as of right by Crown prosecutors. Instead, we have traditionally trusted the trial process to ensure that such attitudes will not prevent jurors from acting impartially. We have relied on the rules of evidence, statutory protections, and guidance from the judge and counsel to clarify potential misconceptions and

blablement consenti aux actes reprochés ou qu'elles sont moins dignes de foi, la croyance selon laquelle la passivité ou même la résistance peuvent en fait être assimilées à consentement et la croyance selon laquelle certaines femmes invitent à l'agression sexuelle par leur tenue vestimentaire ou leur comportement, pour n'en nommer que quelques-unes. Sur le fondement d'une preuve convaincante, tirée d'une abondante littérature pertinente relevant des sciences sociales, notre Cour s'est montrée disposée à accepter l'existence de tels mythes et stéréotypes : voir, par exemple, *Seaboyer*, précité; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 669-671; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 94-97.

Lorsque le plaignant est un enfant, il est également possible qu'on applique des suppositions stéréotypées, par exemple la croyance que ses récits d'abus sexuels sont probablement inventés si les faits n'ont pas été signalés immédiatement ou la croyance que le témoignage d'un enfant est intrinsèquement peu fiable: *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43; N. Bala, « Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System », dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice* (1993), 231.

Ces mythes et stéréotypes à l'égard des plaignants — tant adultes qu'enfants — sont particulièrement odieux parce qu'ils font partie du « sens commun » social qui constitue la trame de notre existence quotidienne. Leur omniprésence ainsi que la subtilité de leur influence font naître le risque que, tant dans l'esprit des juges que dans celui des jurés, les victimes d'abus sexuels soient blâmées ou injustement discréditées.

Pourtant, il n'a jamais été jugé que le caractère généralisé de ces attitudes justifiait de permettre aux procureurs du ministère public de recourir de plein droit à la procédure de récusation motivée. Au contraire, nous nous en sommes traditionnellement remis aux garanties assortissant le procès pour faire en sorte que ces attitudes n'empêchent pas les jurés d'agir impartialement. Nous nous en

102

103

104

promote a reasoned verdict based solely on the merits of the case.

remettons aux règles de preuve, aux protections prévues par les lois ainsi qu'aux indications du juge et des avocats pour écarter les malentendus potentiels et favoriser le prononcé d'un verdict raisonné, reposant uniquement sur le bien-fondé de l'affaire.

105 Absent evidence to the contrary, there is no reason to believe that stereotypical attitudes about accused persons are more elusive of these cleansing measures than stereotypical attitudes about complainants. It follows that the myths and stereotypes alleged by the appellant, even if widespread, provide little support for any inference of a behavioural link between these beliefs and the potential for juror partiality.

En l'absence de preuve à l'effet contraire, il n'y a aucune raison de considérer que les attitudes stéréotypées visant les accusés échappent davantage aux mesures épuratrices que celles visant les plaignants. Il s'ensuit que, même s'ils étaient largement répandus, les mythes et stéréotypes allégués par l'appellant ne permettent guère de conclure à l'existence d'un lien d'ordre comportemental entre ces croyances et le risque de partialité des jurés.

106 Finally, the appellant argues that the strong emotions evoked by allegations of sexual assault, especially in cases involving child complainants, may distort the reasoning of some jurors. He emphasizes that a strongly held aversion to the offence may incline some jurors to err on the side of conviction. Others may be swayed by "undue empathy" for the alleged victim, perceiving the case as a rejection or validation of the complainant's claim, rather than a determination of the accused's guilt or innocence according to law.

Enfin, l'appellant plaide que les émotions intenses que suscitent des allégations d'agression sexuelle, particulièrement dans les cas où le plaignant est un enfant, peuvent altérer le raisonnement de certains jurés. Il souligne qu'une profonde aversion pour l'infraction en cause pourrait inciter des jurés à privilégier la déclaration de culpabilité. D'autres pourraient être influencés par une « empathie excessive » pour la présumée victime, considérant ainsi l'objet de l'instance comme étant le rejet ou la confirmation de la plainte du plaignant plutôt que la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé conformément à la loi.

107 Again, absent evidence, it is highly speculative to suggest that the emotions surrounding sexual crimes will lead to prejudicial and unfair juror behaviour. As discussed, the safeguards of the trial process and the instructions of the trial judge are designed to replace emotional reactions with rational, dispassionate assessment. Our long experience in the context of the trial of other serious offences suggests that our faith in this cleansing process is not misplaced. The presumption of innocence, the oath or affirmation, the diffusive effects of collective deliberation, the requirement of jury unanimity, specific directions from the trial judge and counsel, a regime of evidentiary and statutory protections, the adversarial nature of the proceedings and their general solemnity, and numerous other precautions both subtle and manifest — all

Encore une fois, en l'absence de preuve, la suggestion que les émotions entourant les crimes sexuels donneront lieu à un comportement préjudiciable et injuste de la part des jurés est éminemment conjecturale. Comme il a été mentionné précédemment, les garanties qu'offrent le procès et les directives du juge qui le préside ont pour objet de substituer une appréciation rationnelle et sereine aux réactions émotives. La longue expérience que nous possédons en matière de procès visant d'autres infractions graves tend à indiquer que notre foi dans l'effet épurateur de ce processus n'est pas mal placée. La présomption d'innocence, le serment ou l'affirmation solennelle, l'effet informatif de la délibération collective, l'obligation d'unanimité du jury, les directives précises de juge du procès et des avocats, le régime de protections

collaborate to keep the jury on the path to an impartial verdict despite offence-based prejudice. The appellant has not established that the offences with which he is charged give rise to a strain of bias that is uniquely capable of eluding the cleansing effect of these trial safeguards.

It follows that even if widespread bias were established, we cannot safely infer, on the record before the Court, that it would lead to unfair, prejudicial and partial juror behaviour. This is not to suggest that an accused can never be prejudiced by the mere fact of the nature and circumstances of the charges he or she faces; rather, the inference between social attitudes and jury behaviour is simply far less obvious and compelling in this context, and more may be required to satisfy a court that this inference may be reasonably drawn. The nature of offence-based bias, as discussed, suggests that the circumstances in which it is found to be both widespread in the community and resistant to the safeguards of trial may prove exceptional. Nonetheless, I would not foreclose the possibility that such circumstances may arise. If widespread bias arising from sexual assault were established in a future case, it would be for the court in that case to determine whether this bias gives rise to a realistic potential for partial juror conduct in the community from which the jury pool is drawn. I would only caution that in deciding whether to draw an inference of adverse effect on jury behaviour the court should take into account the nature of the bias and its susceptibility to cleansing by the trial process.

prévues par le droit de la preuve et les lois, le caractère contradictoire de la procédure et sa solennité générale ainsi que de nombreuses autres précautions, subtiles et manifestes, sont autant d'éléments qui contribuent à maintenir les jurés sur la voie d'un verdict impartial malgré les préjugés liés à l'infraction. L'appelant n'a pas démontré que les infractions dont il est accusé engendrent un type de préjugé qui serait exceptionnellement imperméable à l'effet épurateur de ces garanties assortissant le procès.

En conséquence, même si l'existence d'un préjugé largement répandu avait été établie, nous ne sommes pas en mesure de conclure avec certitude, à la lumière du dossier présenté à la Cour, que ce préjugé entraînerait un comportement injuste, partial et préjudiciable de la part des jurés. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut jamais arriver qu'un accusé soit victime de préjugés du seul fait de la nature et des circonstances des accusations portées contre lui. Cela signifie plutôt, d'une part, que la conclusion qu'il existerait un lien entre des attitudes sociales et le comportement du jury est tout simplement beaucoup moins évidente et irrésistible dans le présent contexte, et, d'autre part, qu'une preuve plus abondante pourrait être requise pour convaincre le tribunal que cette conclusion peut raisonnablement être tirée. Comme il a été vu plus tôt, la nature des préjugés liés à l'infraction tend à indiquer que les cas où l'on conclurait à l'existence d'un préjugé à la fois largement répandu dans la collectivité et résistant aux garanties assortissant le procès pourraient se révéler plutôt rares. Néanmoins, je n'exclus pas la possibilité que de tels cas se présentent. Si, dans une future affaire, on établissait l'existence d'un préjugé largement répandu découlant d'accusations d'agression sexuelle, il appartiendrait alors au tribunal de déterminer si ce préjugé fait naître une possibilité réaliste de comportement partial de la part de jurés dans la collectivité au sein de laquelle le tableau des jurés est constitué. Je ferais toutefois la mise en garde suivante : le tribunal appelé à décider s'il y a lieu de conclure qu'un préjugé aurait un effet néfaste sur le comportement du jury doit prendre en compte la nature de ce préjugé et sa susceptibilité à l'effet épurateur du procès.

VI. ConclusionVI. Conclusion

109 The case for widespread bias arising from the nature of charges of sexual assault on children is tenuous. Moreover, even if the appellant had demonstrated widespread bias, its link to actual juror behaviour is speculative, leaving the presumption that it would be cleansed by the trial process firmly in place. Many criminal trials engage strongly held views and stir up powerful emotions — indeed, even revulsion and abhorrence. Such is the nature of the trial process. Absent proof, we cannot simply assume that strong beliefs and emotions translate into a realistic potential for partiality, grounding a right to challenge for cause. I agree with the majority of the Court of Appeal that the appellant has not established that the trial judge erred in refusing to permit him to challenge prospective jurors for cause.

Les arguments appuyant l'existence d'un préjugé largement répandu découlant de la nature des accusations reprochant des agressions sexuelles contre des enfants sont minces. En outre, même si l'appelant avait établi l'existence d'un tel préjugé, le lien entre celui-ci et le comportement concret des jurés est théorique, ce qui laisse intacte la présomption qu'il serait filtré par les garanties assortissant le procès. De nombreux procès criminels donnent lieu à l'expression d'opinions bien arrêtées, en plus de susciter des émotions intenses — parfois même la révulsion et l'aversion. Telle est la nature des procès. En l'absence de preuve, nous ne pouvons nous contenter de présumer que des croyances bien arrêtées et des émotions intenses se traduisent par une possibilité réaliste de partialité fondant le droit de recourir à la procédure de récusation motivée. Je souscris à l'opinion de la majorité de la Cour d'appel que l'appelant n'a pas démontré que le juge du procès avait fait erreur en refusant de lui permettre de demander la récusation motivée de candidats jurés.

110 I would dismiss the appeal and affirm the conviction.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky Lockyer, Toronto; Sapone & Cautillo, Toronto.

Procureurs de l'appelant : Pinkofsky Lockyer, Toronto; Sapone & Cautillo, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Edelson & Associates, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): Edelson & Associates, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Minister of National Revenue *Appellant*

v.

Grand Chief Michael Mitchell also known as Kanentakeron *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Mohawk Council of Kahnawake, the Assembly of First Nations and the Union of New Brunswick Indians *Intervenors*

INDEXED AS: MITCHELL v. M.N.R.

Neutral citation: 2001 SCC 33.

File No.: 27066.

2000: June 16; 2001: May 24.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to bring goods across St. Lawrence River for purposes of trade — Whether Mohawks of Akwesasne have right to bring goods into Canada from U.S. for trading purposes without paying customs duties — Whether claimed right incompatible with Canadian sovereignty — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Evidence — Aboriginal rights — Evidence to be adduced to establish aboriginal right — Assessment of evidence in aboriginal claims.

The respondent is a Mohawk of Akwesasne and a descendant of the Mohawk nation, one of the polities of the Iroquois Confederacy prior to the arrival of Europeans. In 1988, the respondent crossed the international border bearing goods purchased in the United States. He declared the goods to Canadian customs agents but asserted that aboriginal and treaty rights exempted him from paying duty. He was permitted to continue into Canada but advised he would be charged duty. The goods except some motor oil were presented to the

Ministre du Revenu national *Appellant*

c.

Grand Chef Michael Mitchell alias Kanentakeron *Intimé*

et

Procureur général du Québec, Procureur général du Nouveau-Brunswick, Procureur général du Manitoba, Procureur général de la Colombie-Britannique, Conseil des Mohawks de Kahnawake, Assemblée des Premières nations et Union of New Brunswick Indians *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MITCHELL c. M.R.N.

Référence neutre : 2001 CSC 33.

N° du greffe : 27066.

2000 : 16 juin; 2001 : 24 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales — Les Mohawks d'Akwesasne ont-ils le droit de rapporter au Canada des marchandises des États-Unis à des fins commerciales sans payer de droits de douane? — Le droit revendiqué est-il incompatible avec la souveraineté canadienne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Preuve — Droits ancestraux — Preuve nécessaire pour établir un droit ancestral — Appréciation de la preuve dans les revendications autochtones.

L'intimé est un Mohawk d'Akwesasne et un descendant de la nation Mohawk, une des entités politiques de la Confédération iroquoise avant l'arrivée des Européens. En 1988, l'intimé traverse la frontière internationale, apportant avec lui des marchandises achetées aux États-Unis. Il déclare les marchandises aux agents de douane canadiens, mais affirme qu'il a des droits ancestraux et des droits issus de traités qui l'exemptent du paiement de droits de douane. Il est autorisé à entrer au Canada, mais on l'informe qu'il devra payer des droits.

Mohawk community of Tyendinaga as gifts. The oil was taken to a store in Akwesasne for resale to members of that community. The respondent was served with a claim for unpaid duty and sought declaratory relief. The Federal Court, Trial Division held that the respondent had an aboriginal right to cross the border freely without having to pay customs duties on goods destined for personal and community use as well as for noncommercial scale trade with other First Nations. The Federal Court of Appeal affirmed an aboriginal right to bring goods into Canada duty-free, subject to limitations based on the evidence of the traditional range of Mohawk trading.

Held: The appeal should be allowed. The claimed aboriginal right has not been established. The respondent must pay duty on the goods imported into Canada.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ.: Under English colonial law, the pre-existing laws and interests of aboriginal societies were absorbed into the common law as rights upon the Crown's assertion of sovereignty unless these rights were surrendered, extinguished or inconsistent with Crown sovereignty. The enactment of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* accorded constitutional status to existing aboriginal and treaty rights, including the aboriginal rights recognized at common law. However, the government retained the jurisdiction to limit aboriginal rights for justifiable reasons in the pursuit of substantial and compelling public objectives. The test to establish an aboriginal right focuses on the integral, defining features of the relevant aboriginal society before the Crown's assertion of sovereignty. A claimant must prove that a modern practice, custom or tradition has a reasonable degree of continuity with a practice, tradition or custom that was in existence prior to contact with the Europeans. The practice, tradition or custom must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal people in the sense that it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the aboriginal people's identity.

The initial step is to ascertain the true nature of the claimed right, without assessing its merits or artificially broadening or narrowing the right. This requires examining (1) the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right; (2) the nature of the governmental legislation or action

Il fait présent à la communauté mohawk de Tyendinaga des marchandises, sauf l'huile à moteur. L'huile à moteur est apportée à un magasin situé à Akwesasne pour y être revendue aux membres de la communauté. L'intimé, qui a reçu signification d'une demande de paiement de droits de douane, sollicite un jugement déclaratoire. La Section de première instance de la Cour fédérale conclut que l'intimé jouit d'un droit ancestral de traverser librement la frontière sans acquitter de droits de douane sur des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire ainsi qu'à un petit négoce avec d'autres Premières nations. La Cour d'appel fédérale confirme l'existence d'un droit ancestral d'introduire des marchandises au Canada en franchise, sous réserve de restrictions fondées sur la preuve de l'étendue traditionnelle du commerce mohawk.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Le droit ancestral revendiqué n'a pas été établi. L'intimé doit payer des droits sur les marchandises importées au Canada.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel : En droit colonial britannique, les lois et les intérêts préexistants des sociétés autochtones ont été incorporés dans la common law en tant que droits dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, sauf s'ils étaient cédés, éteints ou incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. L'édiction du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a conféré un statut constitutionnel aux droits existants, ancestraux ou issus de traités, y compris les droits ancestraux reconnus en common law. Cependant, le gouvernement conservait le pouvoir de restreindre les droits ancestraux pour des motifs valables, dans la poursuite d'objectifs publics impérieux et réels. Le critère d'existence d'un droit ancestral est axé sur les caractéristiques déterminantes qui faisaient partie intégrante de la société autochtone en cause avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Le demandeur doit établir que la pratique, tradition ou coutume moderne a un degré raisonnable de continuité avec la pratique, tradition ou coutume qui existait avant le contact avec les Européens. La pratique, coutume ou tradition doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone, au sens où elle doit avoir distingué ou caractérisé sa culture traditionnelle et avoir été au cœur de son identité.

La première étape consiste à établir la nature véritable du droit revendiqué, sans évaluer son bien-fondé et sans l'étendre ou le restreindre artificiellement. Pour cela, il faut examiner (1) la nature de l'acte qui, selon le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral; (2) la nature de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale

alleged to infringe the right, i.e. the conflict between the claim and the limitation; and (3) the ancestral traditions and practices relied upon to establish the right. An application of these factors in this case suggests that the claimed right is properly characterized as the right to bring goods across the Canada-United States boundary at the St. Lawrence River for purposes of trade. The claim is for a right to trade *simpliciter* and necessarily entails a mobility right because the right to bring goods across the St. Lawrence River for purposes of trade involves travel. The right should not be qualified as a right to bring goods without paying duty or taxes because such a limitation should be considered at the infringement stage. Technically, the right should be characterized as a right to bring goods across the St. Lawrence River as opposed to the international border, a construction of newcomers. However, in modern terms, the river and the border are equivalent.

Aboriginal rights claims give rise to inherent evidentiary difficulties. However, the rights protected under s. 35(1) should not be rendered illusory by imposing an impossible burden of proof. The rules of evidence must therefore be applied flexibly, in a manner commensurate with the inherent difficulties posed by aboriginal claims. Since claimants must demonstrate features of pre-contact society in the absence of written records, oral histories may offer otherwise unavailable evidence of ancestral practices and aboriginal perspectives. Oral histories are admissible as evidence where they are both useful and reasonably reliable, subject always to the exclusionary discretion of the trial judge. In determining the usefulness and reliability of oral histories, judges must resist facile assumptions based on Eurocentric traditions of gathering and passing on historical facts. Here, the parties presented evidence from historians and archeologists. The aboriginal perspective was supplied by oral histories of elders such as the respondent. The respondent's testimony, confirmed by archaeological and historical evidence, was useful and the trial judge did not err in finding the respondent's evidence to be credible and reliable.

There are no precise rules or absolute principles governing the interpretation or weighing of evidence in support of aboriginal claims. The laws of evidence must ensure that the aboriginal perspective is given due weight but consciousness of the special nature of aborig-

qu'il dit porter atteinte au droit, c.-à-d. le conflit entre la revendication et la restriction; et (3) les traditions et pratiques ancestrales invoquées pour établir l'existence du droit. L'application de ces facteurs en l'espèce indique que le droit revendiqué est caractérisé à juste titre comme étant le droit de transporter des marchandises à travers la frontière entre le Canada et les États-Unis, par le fleuve Saint-Laurent, à des fins commerciales. La revendication vise simplement un droit de commercer, et elle suppose nécessairement une liberté de circulation parce que le droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises, à des fins commerciales, implique des déplacements. Le droit ne devrait pas être caractérisé comme un droit de rapporter des marchandises en franchise de taxes ou de droits parce qu'une telle restriction devrait être examinée à l'étape de l'atteinte. Techniquement, le droit devrait être caractérisé comme le droit de traverser le Saint-Laurent plutôt que la frontière, qui est une création des nouveaux arrivants, avec des marchandises. Toutefois, en langage contemporain, le fleuve et la frontière sont équivalents.

La revendication de droits ancestraux soulève des difficultés de preuve intrinsèques. Toutefois, il ne faudrait pas rendre illusoire les droits protégés par le par. 35(1) en imposant un fardeau de preuve impossible. Les règles de preuve doivent donc être appliquées avec souplesse, d'une façon adaptée aux difficultés inhérentes aux revendications autochtones. Comme les demandeurs doivent établir les caractéristiques de leur société avant le contact avec les Européens en l'absence d'écrits, les récits oraux peuvent fournir une preuve, impossible à obtenir d'une autre façon, des pratiques ancestrales et des points de vue autochtones. Les récits oraux sont admissibles en preuve lorsqu'ils sont à la fois utiles et raisonnablement fiables, sous réserve toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de les exclure. Pour déterminer l'utilité et la fiabilité des récits oraux, les juges doivent se garder de faire des suppositions faciles fondées sur les traditions eurocentriques de collecte et de transmission des faits historiques. En l'espèce, les parties ont présenté des témoignages d'historiens et d'archéologues. Les récits oraux d'aînés, dont l'intimé, ont fourni le point de vue autochtone. Le témoignage de l'intimé, confirmé par la preuve archéologique et historique, était utile, et le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que ce témoignage était crédible et fiable.

Il n'y a pas de règles précises ni de principes absolus régissant l'interprétation ou l'appréciation de la preuve relative aux revendications autochtones. Les règles de preuve doivent garantir qu'on accordera au point de vue autochtone le poids qui convient, mais la conscience de

inal claims does not negate general principles governing evidence. Claims must still be established on persuasive evidence demonstrating validity on a balance of probabilities. In the present case, the evidence indicates that the Mohawks travelled north on occasion and trade was a distinguishing feature of their society. The evidence does not show, however, an ancestral practice of trading north of the St. Lawrence River. Mohawk trade at the time of contact fell predominantly along an east-west axis. The relevant evidence supporting the claim consists of a single ceremonial knife, treaties that make no reference to pre-existing trade, and the mere fact of Mohawk involvement in the fur trade. While appellate courts grant considerable deference to findings of fact made by trial judges, the finding of a cross-border trading right in this case represents, in view of the paucity of the evidence, a "palpable and overriding error". Evidentiary principles must be sensitively applied to aboriginal claims but they cannot be strained beyond reason.

In any event, even if deference were granted to the trial judge's finding of pre-contact trade relations between the Mohawks and First Nations north of the St. Lawrence River, the evidence does not establish this northerly trade as a defining feature of the Mohawk culture. The claimed right implicates an international boundary and, consequently, geographical considerations are clearly relevant to the determination of whether the trading in this case is integral to the Mohawks' culture. Even if the trial judge's generous interpretation of the evidence were accepted, it discloses negligible transportation and trade of goods by the Mohawks north of the St. Lawrence River prior to contact. This trade was not vital to the Mohawks' collective identity. It follows that no aboriginal right to bring goods across the border for the purposes of trade has been established.

Since the respondent has not proven his claim to an aboriginal right, there is no need to comment on the extent, if any, to which colonial laws of sovereign succession are relevant to the definition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

la nature particulière des revendications autochtones ne neutralise pas les principes généraux de preuve. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d'une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités. En l'espèce, la preuve indique que les Mohawks voyageaient parfois au nord et que le commerce était une caractéristique distinctive de leur société. La preuve ne révèle pas, cependant, l'existence d'une pratique ancestrale de commerce au nord du Saint-Laurent. Le commerce mohawk au moment du contact avec les Européens suivait principalement un axe est-ouest. La preuve pertinente à l'appui de la revendication consiste en un seul couteau rituel, des traités qui ne font pas mention d'un commerce antérieur et le simple fait de la participation des Mohawks au commerce de fourrure. Si les cours d'appel doivent s'en remettre largement aux conclusions de fait des juges de première instance, la conclusion sur le droit de faire le commerce transfrontalier en l'espèce est une « erreur manifeste et dominante », vu l'insuffisance de la preuve. Les principes de preuve doivent être appliqués de façon éclairée aux revendications autochtones, mais ne peuvent faire l'objet d'une extension déraisonnable.

Quoi qu'il en soit, même si l'on déférait à la conclusion du juge de première instance qu'il existait des relations commerciales entre les Mohawks et les Premières nations au nord du Saint-Laurent avant le contact avec les Européens, la preuve n'établit pas que ce commerce vers le nord est une caractéristique déterminante de la culture mohawk. Le droit revendiqué met en jeu une frontière internationale et, en conséquence, les considérations géographiques sont clairement pertinentes pour déterminer si le commerce en l'espèce fait partie intégrante de la culture mohawk. Même si l'interprétation libérale du juge de première instance était acceptée, la preuve révèle l'importance négligeable du transport et du commerce de marchandises par les Mohawks au nord du Saint-Laurent, avant le contact avec les Européens. Ce commerce n'était pas vital pour l'identité collective des Mohawks. Aucun droit ancestral de rapporter des marchandises à travers la frontière à des fins commerciales n'a donc été établi.

Comme l'intimé n'a pas établi l'existence du droit autochtone revendiqué, il n'est pas nécessaire de faire des commentaires sur la question de savoir dans quelle mesure le droit colonial en matière de succession des pouvoirs souverains est pertinent dans la définition des droits autochtones en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Per Major and Binnie JJ.: It is agreed that even if Mohawks did occasionally trade goods across the St. Lawrence River with First Nations to the north prior to contact, this practice was neither a defining feature of their culture nor vital to their collective identity. There are, however, additional considerations for allowing the appeal. In this case, an issue arises about the sovereignty implications of the international trading and mobility right claimed by the respondent as a citizen of the Iroquois Confederacy.

Akwesasne lies at the jurisdictional epicentre of the St. Lawrence River and straddles the Canada-United States border, as well as provincial and state borders. This crisscrossing of borders through the Mohawk community goes beyond mere inconvenience and constitutes a significant burden on everyday living. The Mohawk people seek to diminish the border disruption in their lives, reunite a divided community, and find economic advantage in the international boundary. That economic value of their claim is created by non-aboriginal society is not fatal to its existence. A frozen rights theory is incompatible with s. 35(1) and aboriginal rights are capable of growth and evolution.

An aboriginal right must be derived from pre-contact activity that was an element of a practice, custom or tradition integral to the aboriginal community's distinctive culture. Traditional Mohawk homelands were in the Mohawk Valley (N.Y. State) but the Mohawks historically travelled as far north as the St. Lawrence River valley. In that era, the Mohawks were, and acted as, a fully autonomous people within the Iroquois Confederacy. Territorial boundaries changed as a militarily powerful Iroquois Confederacy spread to and along the St. Lawrence River displacing other aboriginal inhabitants. While none of the boundaries between First Nation Territories in pre-contact times corresponded with the present international boundary at Akwesasne, such boundaries existed and, under traditional practices and customs, they were respected by the Mohawks in times of peace.

Counsel for the respondent does not dispute Canadian sovereignty. He seeks Mohawk autonomy within the broader framework of Canadian sovereignty. The respondent's claim is not just about physical movement of people or goods in and about Akwesasne. It is about

Les juges Major et Binnie : Il est admis que même si, avant le contact avec les Européens, les Mohawks faisaient occasionnellement le commerce de marchandises au-delà du fleuve Saint-Laurent avec des Premières nations établies au nord, cette pratique n'était pas une caractéristique déterminante de leur culture et elle n'était pas vitale pour leur identité collective. Il y a toutefois des raisons additionnelles d'accueillir le pourvoi. En l'espèce, une question se pose quant aux incidences qu'aurait sur la souveraineté le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé en sa qualité de citoyen de la Confédération iroquoise.

Akwesasne est à l'épicentre frontalier du Saint-Laurent, étant à cheval sur la frontière entre le Canada et les États-Unis ainsi que sur une frontière provinciale. Cet entrecroisement de frontières dans la communauté mohawk va au-delà du simple inconvénient et constitue un fardeau important dans la vie quotidienne. Les Mohawks cherchent à réduire les complications frontalières dans leurs vies, à unir de nouveau une communauté divisée et à trouver un avantage économique à la frontière internationale. La valeur économique de leur revendication, créée par une société non autochtone, n'est pas fatale. La théorie des droits figés est incompatible avec le par. 35(1) et les droits ancestraux peuvent s'accroître et évoluer.

Un droit ancestral doit découler d'une activité antérieure au contact avec les Européens et cette activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone. Les terres traditionnelles des Mohawks se trouvaient dans la vallée des Mohawks (État de New York), mais, historiquement, les Mohawks voyageaient au nord jusqu'à la vallée du Saint-Laurent. À cette époque, les Mohawks étaient, et agissaient comme, un peuple pleinement autonome au sein de la Confédération iroquoise. Les frontières territoriales ont changé avec l'extension d'une Confédération iroquoise militairement puissante jusqu'à la vallée du Saint-Laurent et le long de celle-ci, qui en chassait les autres habitants autochtones. Même si aucune des frontières entre les territoires des Premières nations avant le contact avec les Européens ne correspond à la frontière internationale actuelle à Akwesasne, ces frontières existaient et, selon les pratiques et coutumes traditionnelles, les Mohawks les respectaient en temps de paix.

L'avocat de l'intimé ne conteste pas la souveraineté canadienne. Il revendique l'autonomie mohawk dans le cadre plus large de la souveraineté canadienne. La revendication de l'intimé ne concerne pas seulement le déplacement physique de personnes ou de marchandises

the Mohawks' aspiration to live as if the international boundary did not exist.

Whereas historically the Crown may have been portrayed as an entity across the seas with which aboriginal people could scarcely be expected to identify, this was no longer the case in 1982 when the s. 35(1) reconciliation process was established. The Constitution was patriated and all aspects of our sovereignty became firmly located within our borders. If the principle of "merged sovereignty" articulated by the Royal Commission on Aboriginal Peoples is to have any true meaning, it must include at least the idea that aboriginal and non-aboriginal Canadians together form a sovereign entity with a measure of common purpose and united effort. It is this new entity, as inheritor of the historical attributes of sovereignty, with which existing aboriginal and treaty rights must be reconciled. The constitutional objective is reconciliation not mutual isolation. What is significant is that the Royal Commission itself sees aboriginal peoples as full participants with non-aboriginal peoples in a shared Canadian sovereignty. Aboriginal peoples do not stand in opposition to, nor are they subjugated by, Canadian sovereignty. They are part of it.

The respondent's claim presents two defining elements. He asserts a trading and mobility right across the international boundary and he attaches this right to his current citizenship not of Canada but of the Haudenosaunee (Iroquois) Confederacy with its capital in Onondaga, New York State.

A treaty right is an affirmative promise by the Crown which will be interpreted generously and enforced in a way that upholds the honour of the Crown. In the case of aboriginal rights, there is no historical event comparable to the treaty-making process in which the Crown negotiated the right or obligation sought to be enforced. The respondent's claim is rooted in practices which he says long preceded the Mohawks' first contact with Europeans in 1609.

British colonial law presumed that the Crown intended to respect aboriginal rights that were neither unconscionable nor incompatible with the Crown's sovereignty. Courts have extended this recognition to practices, customs or traditions integral to the aboriginal community's distinctive culture. While care must be taken not to carry forward doctrines of British colonial

à Akwesasne. Elle a trait à l'aspiration des Mohawks à vivre comme si la frontière internationale n'existait pas.

Bien qu'historiquement, la Couronne ait pu être représentée comme une entité lointaine par-delà les mers à laquelle on ne pouvait guère s'attendre que les autochtones s'identifient, cela n'était plus le cas en 1982 quand le processus de conciliation du par. 35(1) a été établi. Avec le rapatriement de la Constitution, tous les aspects de la souveraineté canadienne se sont fermement ancrés à l'intérieur de nos frontières. Si le principe de « souveraineté fusionnée » énoncé par la Commission royale sur les peuples autochtones doit avoir un sens véritable, il doit comporter au moins l'idée que les Canadiens autochtones et non autochtones forment ensemble une entité souveraine munie d'une certaine communauté d'objectifs et d'efforts. C'est avec cette nouvelle entité, héritière des attributs historiques de la souveraineté, qu'il faut concilier les droits existants ancestraux ou issus de traités. L'objectif constitutionnel est la conciliation et non pas l'isolement mutuel. Ce qui importe c'est que la Commission royale elle-même considère les autochtones comme étant des participants à part entière, avec les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Les autochtones ne s'opposent pas à la souveraineté canadienne, et ils ne lui sont pas asservis, ils en font partie.

La revendication de l'intimé présente deux éléments distinctifs. Il revendique un droit de commerce et de circulation à travers la frontière internationale et il lie ce droit au fait qu'il est actuellement citoyen non pas du Canada, mais de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) dont la capitale est à Onondaga, dans l'État de New York.

Un droit issu d'un traité est une promesse affirmative de Sa Majesté, qui sera interprétée libéralement et mise en application d'une façon qui préserve l'honneur de la Couronne. Dans le cas de droits ancestraux, il n'y a aucun événement historique comparable au processus de conclusion des traités, où Sa Majesté a négocié le droit ou l'obligation qu'on cherche à faire respecter. La revendication de l'intimé est fondée sur des pratiques qui, selon lui, existent depuis bien avant le premier contact des Mohawks avec les Européens en 1609.

Il était présumé, en droit colonial britannique, que Sa Majesté avait l'intention de respecter les droits ancestraux qui n'étaient pas contraires à la conscience ou incompatibles avec sa souveraineté. Les tribunaux ont élargi cette reconnaissance aux pratiques, coutumes et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone. Bien qu'il faille se

law into interpretations of s. 35(1) without careful reflection, s. 35(1) was not a wholesale repudiation of the common law. The notion of incompatibility with Crown sovereignty was a defining characteristic of sovereign succession and therefore a limitation on the scope of aboriginal rights. For example, important as they may have been to the Mohawk identity as a people, it could not be said that pre-contact warrior activities gave rise under successor regimes to a legal right under s. 35(1) to engage in military adventures on Canadian territory. This concept of sovereign incompatibility continues to be an element in the s. 35(1) analysis, albeit a limitation that will be sparingly applied. For the most part, the protection of practices, traditions and customs that are distinctive to aboriginal cultures in Canada does not raise legitimate sovereignty issues at the definitional stage.

With the creation of the international boundary in 1783, Akwesasne became the point at which British (and later Canadian) sovereignty came face to face with the sovereignty of the U.S. Control over the mobility of persons and goods across a border has always been a fundamental attribute and incident of sovereignty. States are expected to exercise their authority over borders in the public interest. The duty cannot be abdicated to the vagaries of an earlier regime whose sovereignty has been eclipsed. Therefore, the international trading/mobility right claimed by the respondent is incompatible with the historical attributes of Canadian sovereignty. Since the claimed aboriginal right did not survive the transition to non-Mohawk sovereignty, there was nothing in existence in 1982 to which s. 35(1) protection of existing aboriginal rights could attach.

This conclusion is not at odds with the purpose of s. 35(1) to bring about a reconciliation of the interests of aboriginal peoples with Canadian sovereignty. Aboriginal people are part of Canadian sovereignty and the accommodation of their rights is not a zero-sum relationship between minority rights and citizenship. Affirmation of the sovereign interest of Canadians as a whole, including aboriginal peoples, should not in this case be seen as a loss of legitimate constitutional space for aboriginal peoples. To extend constitutional protection to the respondent's claim would overshoot the purpose of s. 35(1). In terms of sovereign incompatibility, the respondent's claim relates to national interests that all of us have in common rather than to distinctive inter-

garder d'introduire des principes de droit colonial britannique dans l'interprétation du par. 35(1) sans mûre réflexion, le par. 35(1) n'est pas une répudiation globale de la common law. La notion d'incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne était une caractéristique déterminante de la succession de pouvoirs souverains et constituait par le fait même une restriction à la portée des droits ancestraux. Par exemple, si importantes qu'elles aient été pour l'identité du peuple mohawk, on ne pourrait pas dire que les activités guerrières antérieures au contact avec les Européens ont donné naissance sous les régimes successeurs à un droit en vertu du par. 35(1) de se livrer à des opérations militaires sur le territoire canadien. Cette notion de l'incompatibilité avec la souveraineté continue d'être un élément de l'analyse du par. 35(1), bien qu'il s'agisse d'une restriction à appliquer avec modération. Dans la plupart des cas, la protection de pratiques, traditions et coutumes distinctives de cultures autochtones au Canada ne suscite pas de réelles questions de souveraineté à l'étape de leur définition.

Depuis la création de la frontière internationale en 1783, Akwesasne est l'endroit où la souveraineté britannique (et plus tard canadienne) fait face à la souveraineté des États-Unis. Le contrôle de la circulation des personnes et des marchandises à travers les frontières a toujours été un attribut fondamental et un pouvoir accessoire de la souveraineté. On s'attend à ce que les États exercent leur pouvoir sur les frontières dans l'intérêt public. L'obligation ne peut être soumise aux caprices d'un régime antérieur dont la souveraineté a été éclip­sée. Le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé est donc incompatible avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne. Puisque le droit ancestral revendiqué n'a pas survécu au passage à la souveraineté non mohawk, il n'existait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1) aux droits ancestraux existants.

Cette conclusion n'est pas contraire à l'objectif du par. 35(1), la conciliation entre les intérêts des peuples autochtones et la souveraineté canadienne. Les peuples autochtones font partie de la souveraineté canadienne et les accommodements requis pour les droits autochtones ne constituent pas un rapport à somme nulle entre droits de minorités et droits de citoyens. L'affirmation du droit souverain de l'ensemble des Canadiens, y compris les autochtones, ne devrait pas en l'espèce être considérée comme la perte pour les autochtones d'un espace constitutionnel légitime. L'élargissement de la protection constitutionnelle à la revendication de l'intimé irait au-delà de l'objet du par. 35(1). Pour ce qui est de l'incompatibilité avec la souveraineté, la revendication de

ests that for some purposes differentiate an aboriginal community. Reconciliation of these interests in this particular case favours an affirmation of our collective sovereignty. This conclusion neither forecloses nor endorses any position on the compatibility or incompatibility of internal self-governing institutions of First Nations with Crown sovereignty, either past or present.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, aff'g in part [1993] 5 W.W.R. 97; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455; *R. v. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *Inasa v. Oshodi*, [1934] A.C. 99; *R. v. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239.

By Binnie J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; **explained:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; **distinguished:** *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455; **referred to:** *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *United States v. Garrow*, 88 F.2d 318 (1937); *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *Attorney General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542; *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, aff'g in part [1993] 5 W.W.R. 97; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571;

l'intimé vise des intérêts nationaux que nous avons tous en commun plutôt que des intérêts distinctifs qui différencient les communautés autochtones à certaines fins. La conciliation de ces intérêts en l'espèce milite en faveur de l'affirmation de notre souveraineté collective. Cette conclusion n'écarte et n'appuie aucunement un point de vue quelconque quant à la compatibilité ou l'incompatibilité d'institutions autonomes internes des Premières nations avec la souveraineté de la Couronne, dans le passé ou dans le présent.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués: *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, conf. en partie [1993] 5 W.W.R. 97; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455; *R. c. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *Inasa c. Oshodi*, [1934] A.C. 99; *R. c. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239.

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; **arrêt expliqué:** *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; **distinction faite d'avec l'arrêt:** *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *United States v. Garrow*, 88 F.2d 318 (1937); *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *Attorney General for Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542; *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, conf. en partie [1993] 5 W.W.R. 97; *Attorney-General for*

Campbell v. British Columbia (Attorney General) (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *Wik Peoples v. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1; *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. v. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973); *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978); *Akins v. United States*, 551 F.2d 1222 (1977); *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

Statutes and Regulations Cited

Akwesasne Residents Remission Order, SOR/91-412.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries. General Conference of the International Labour Organisation, June 27, 1989, Art. 32.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 17, 31, 131, 153(c), 159.
Customs Tariff, R.S.C. 1985, c. 41 (3rd Supp.).
Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Inter-American Commission on Human Rights, September 18, 1995, Art. 24.
Draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Res. 1994/45, Art. 35.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2.
Royal Proclamation (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
Treaty of Paris (1763).
Treaty of Paris (1783).

Ontario c. Attorney-General for Canada, [1912] A.C. 571; *Campbell c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Amodu Tijani c. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *Wik Peoples c. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1; *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. c. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, *Almeida-Sanchez c. United States*, 413 U.S. 266 (1973); *United States c. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Chae Chan Ping c. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Ekiu c. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting c. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *United States c. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978); *Akins c. United States*, 551 F.2d 1222 (1977); *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Convention (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants. Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, 27 juin 1989, art. 32.
Décret de remise visant les résidents d'Akwesasne, DORS/91-412.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 17, 31, 131, 153(c), 159.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2.
Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, App. II, n° 1.
Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Rés. 1994/45, art. 35.
Projet de la Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones. Commission interaméricaine des droits de l'homme, 18 septembre 1995, art. 24.
Tarif des douanes, L.R.C. 1985, ch. 41 (3^e suppl.).
Traité de Paris (1763).
Traité de Paris (1783).

Authors Cited

- Barsh, Russel L., and James Y. Henderson. "The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1770.
- Borrows, John. "The Trickster: Integral to a Distinctive Culture" (1997), 8 *Constitutional Forum* 27.
- Borrows, John. "Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 15.
- Canada. House of Commons. Special Committee on Indian Self-Government. *Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee*. Ottawa: Queen's Printer for Canada, 1983.
- Canada. National Film Board. *Between Friends/Entre Amis*. Toronto: McClelland & Stewart, 1976.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution*. Ottawa: The Commission, 1993.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Greschner, Donna. "Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice", [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338.
- Hogg, Peter W., and Mary Ellen Turpel. "Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 187.
- Kymlicka, Will, and Wayne Norman, eds. *Citizenship in Diverse Societies*. New York: Oxford University Press, 2000.
- Nicholson, Norman L. *The Boundaries of the Canadian Confederation*. Toronto: Macmillan of Canada, 1979.
- Richter, Daniel K. *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization*. Chapel Hill, N.C.: University of North Carolina Press, 1992.
- Ritchie, William A. *The Archaeology of New York State*, rev. ed., Harrison, N.Y.: Harbor Hill Books, 1980.
- Slattery, Brian. "Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 196.
- Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
- Sopinka, John, and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*, 4th ed., vol. II. Boston: Little, Brown, 1873.

Doctrine citée

- Barsh, Russel L., and James Y. Henderson. « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993.
- Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 1. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris : Bossange, 1822.
- Borrows, John. « The Trickster: Integral to a Distinctive Culture » (1997), 8 *Forum Constitutionnel* 27.
- Borrows, John. « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court » (2001), 80 *R. du B. can.* 15.
- Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur l'Autonomie politique des Indiens. *L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1983.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*. Ottawa : La Commission, 1993.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*. Ottawa : La Commission, 1996.
- Canada. Office national du film. *Between Friends/Entre Amis*. Toronto : McClelland & Stewart, 1976.
- Greschner, Donna. « Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice », [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338.
- Hogg, Peter W., and Mary Ellen Turpel. « Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues » (1995), 74 *R. du B. can.* 187.
- Kymlicka, Will, and Wayne Norman, eds. *Citizenship in Diverse Societies*. New York : Oxford University Press, 2000.
- Nicholson, Norman L. *The Boundaries of the Canadian Confederation*. Toronto : Macmillan of Canada, 1979.
- Richter, Daniel K. *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization*. Chapel Hill, N.C. : University of North Carolina Press, 1992.
- Ritchie, William A. *The Archaeology of New York State*, rev. ed. Harrison, N.Y. : Harbor Hill Books, 1980.
- Slattery, Brian. « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000), 79 *R. du B. can.* 196.
- Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
- Sopinka, John, and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto : Butterworths, 1974.

Vattel, Emer de. *The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Book II, new edition by Joseph Chitty. London: S. Sweet, 1834.

Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2000, release 2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1999] 1 F.C. 375, 167 D.L.R. (4th) 702, 233 N.R. 129, [1999] 1 C.N.L.R. 112, [1998] F.C.J. No. 1513 (QL), affirming in part a judgment of the Trial Division, [1997] 4 C.N.L.R. 103, 134 F.T.R. 1, [1997] F.C.J. No. 882 (QL). Appeal allowed.

Graham Garton, Q.C., and *Sandra Phillips*, for the appellant.

Peter W. Hutchins, Anjali Choksi, Micha J. Menczer and *Paul Williams*, for the respondent.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Kenneth J. Tyler and *Robert J. C. Deane*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Timothy Leadem and *Kathryn Kickbush*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Murray Marshall and *François Dandonneau*, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawake.

Jack R. London, Q.C., and *Martin S. Minuk*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Henry J. Bear, for the intervener the Union of New Brunswick Indians.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*, 4th ed., vol. II. Boston : Little, Brown, 1873.

Vattel, Emer de. *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, t. 1, nouv. éd. Paris : Aillaud, 1830.

Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2000, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1999] 1 C.F. 375, 167 D.L.R. (4th) 702, 233 N.R. 129, [1999] 1 C.N.L.R. 112, [1998] A.C.F. n° 1513 (QL), qui a confirmé en partie un jugement de la Section de première instance, [1997] 4 C.N.L.R. 103, 134 F.T.R. 1, [1997] A.C.F. n° 882 (QL). Pourvoi accueilli.

Graham Garton, c.r., et *Sandra Phillips*, pour l'appelant.

Peter W. Hutchins, Anjali Choksi, Micha J. Menczer et *Paul Williams*, pour l'intimé.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Kenneth J. Tyler et *Robert J. C. Deane*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Timothy Leadem et *Kathryn Kickbush*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Murray Marshall et *François Dandonneau*, pour l'intervenant le Conseil des Mohawks de Kahnawake.

Jack R. London, c.r., et *Martin S. Minuk*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières nations.

Henry J. Bear, pour l'intervenante l'Union of New Brunswick Indians.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel a été rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

LE JUGE EN CHEF —

I. IntroductionI. Introduction

1 This case raises the issue of whether the Mohawk Canadians of Akwesasne have the right to bring goods into Canada from the United States for collective use and trade with other First Nations without paying customs duties. Grand Chief Michael Mitchell claims that his people have an aboriginal right that ousts Canadian customs law. The government replies that no such right exists, first because the evidence does not support it and second because such a right would be fundamentally contrary to Canadian sovereignty. At the heart of the case lies the question of the evidence that must be adduced to establish an aboriginal right.

La question en l'espèce est de savoir si les Mohawks canadiens d'Akwesasne ont le droit de rapporter au Canada des marchandises des États-Unis à des fins d'usage communautaire et de commerce avec d'autres Premières nations sans payer de droits de douane. Le grand chef Michael Mitchell soutient que les membres de sa communauté ont un droit ancestral qui écarte le droit canadien en matière de douanes. Le gouvernement répond que le droit revendiqué n'existe pas parce que, premièrement, il n'est pas établi par la preuve et que, deuxièmement, il serait fondamentalement contraire à la souveraineté canadienne. Au cœur du présent pourvoi se pose la question de la preuve qu'il faut soumettre pour établir un droit ancestral.

2 Chief Mitchell is a Mohawk of Akwesasne, a Mohawk community located just west of Montreal, and a descendant of the Mohawk nation, one of the polities comprising the Iroquois Confederacy prior to the arrival of Europeans. On March 22, 1988, Chief Mitchell crossed the international border from the United States into Canada, arriving at the Cornwall customs office. He brought with him some blankets, bibles, motor oil, food, clothing, and a washing machine, all of which had been purchased in the United States. He declared the goods to the Canadian customs agents but asserted that he had aboriginal and treaty rights which exempted him from paying duty on the goods. After some discussion, the customs agents notified Chief Mitchell that he would be charged \$142.88 in duty, and they permitted him to continue into Canada. Chief Mitchell, along with other Mohawks of Akwesasne, presented everything but the motor oil to the Mohawk community of Tyendinaga. The gifts were intended to symbolize the renewal of the historic trading relationship between the two communities. The oil was taken to a store in Akwesasne territory for resale to members of that community. In September of 1989, Chief Mitchell was served with a Notice of Ascertained Forfeiture

Le chef Mitchell est un Mohawk d'Akwesasne, une communauté mohawk située juste à l'ouest de Montréal, et un descendant de la nation Mohawk, une des entités politiques de la Confédération iroquoise avant l'arrivée des Européens. Le 22 mars 1988, le chef Mitchell traverse la frontière des États-Unis au Canada, arrivant au bureau de douane de Cornwall. Il apporte avec lui des couvertures, des bibles, de l'huile à moteur, de la nourriture, des vêtements et une machine à laver, tous achetés aux États-Unis. Il déclare les marchandises aux agents de douane canadiens, mais affirme qu'il a des droits ancestraux et des droits issus de traités qui l'exemptent du paiement de droits de douane sur ces marchandises. Après discussion, les agents de douane informent le chef Mitchell qu'il devra payer des droits de 142,88 \$ et ils l'autorisent à entrer au Canada. Le chef Mitchell, accompagné d'autres Mohawks d'Akwesasne, fait présent à la communauté mohawk de Tyendinaga de toutes les marchandises, sauf l'huile à moteur. Ces dons visent à symboliser le renouveau des relations commerciales historiques entre les deux communautés. L'huile à moteur est apportée à un magasin situé dans le territoire d'Akwesasne pour y être revendue aux membres de la communauté. En septembre 1989, l'intimé reçoit un avis de confiscation compensatoire récla-

claiming \$361.64 for unpaid duty, taxes and penalties.

I conclude that the aboriginal right claimed has not been established. The sparse and tenuous evidence advanced in this case to prove the existence of pre-contact Mohawk trading north of the Canada-United States boundary simply cannot support the claimed right. Even if deference is paid to the trial judge on this finding, any such trade was clearly incidental, and not integral, to the Mohawk culture. As a result, Chief Mitchell must pay duty on the goods he imported to Canada.

II. Enactments

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.)

17. (1) Imported goods are charged with duties thereon from the time of importation thereof until such time as the duties are paid or the charge is otherwise removed.

(2) Subject to this Act, the rates of duties on imported goods shall be the rates applicable to the goods at the time they are accounted for under subsection 32(1), (2) or (5).

(3) Whenever the importer of goods that have been released or any person authorized pursuant to paragraph 32(6)(a) to account for goods becomes liable under this Act to pay duties thereon, the owner of the goods at the time of release becomes jointly and severally liable, with the importer or person authorized, to pay the duties.

31. Subject to section 19, no goods shall be removed from a customs office, sufferance warehouse, bonded warehouse or duty free shop by any person other than an officer in the performance of his duties under this or any other Act of Parliament unless the goods have been released by an officer.

361,64 \$ de droits impayés, de taxes et d'amendes

Je conclus que le droit ancestral revendiqué n'a pas été établi. La preuve éparsée et ténue soumise en l'espèce pour démontrer l'existence d'un commerce mohawk au nord de la frontière entre le Canada et les États-Unis avant le contact avec les Européens ne permet tout simplement pas d'établir le droit revendiqué. Même si on déférait à la conclusion du juge de première instance sur ce point, un tel commerce était clairement accessoire dans la culture mohawk, et n'en faisait pas partie intégrante. En conséquence, le chef Mitchell est tenu de payer des droits de douane sur les marchandises qu'il a importées au Canada.

II. Les textes

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.)

17. (1) Les marchandises importées sont passibles de droits à compter de leur importation jusqu'à paiement ou suppression des droits.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le taux des droits payables sur les marchandises importées est celui qui leur est applicable au moment où elles font l'objet de la déclaration en détail ou provisoire prévue au paragraphe 32(1), (2) ou (5).

(3) Dès que l'importateur de marchandises dédouanées ou quiconque est autorisé à déclarer des marchandises en détail conformément à l'alinéa 32(6)a) devient redevable, en vertu de la présente loi, des droits afférents, la personne qui est propriétaire des marchandises au moment du dédouanement devient solidaire du paiement des droits.

31. Sous réserve de l'article 19, seul l'agent, dans l'exercice des fonctions que lui confère la présente loi ou une autre loi fédérale, peut, sauf s'il s'agit de marchandises dédouanées par lui ou par un autre agent, enlever des marchandises d'un bureau de douane, d'un entrepôt d'attente, d'un entrepôt de stockage ou d'une boutique hors taxes.

153. No person shall

(c) wilfully, in any manner, evade or attempt to evade compliance with any provision of this Act or evade or attempt to evade the payment of duties under this Act.

159. Every person commits an offence who smuggles or attempts to smuggle into Canada, whether clandestinely or not, any goods subject to duties, or any goods the importation of which is prohibited, controlled or regulated by or pursuant to this or any other Act of Parliament.

III. Decisions

5 At trial ((1997), 134 F.T.R. 1), McKeown J. declared that Chief Mitchell possesses an existing aboriginal but not a treaty right “to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods from the United States into Canada for personal and community use without having to pay customs duties on those goods The aboriginal right includes the right to bring these goods from the United States into Canada for noncommercial scale trade with other First Nations” (p. 75). He found that the ancestors of the Akwesasne Mohawks lived in present-day New York State, with the Adirondack mountains representing the northern boundary of their territory. They travelled north into what is now Canada and crossed what is now the Canada-United States boundary, carrying with them goods for personal and community use. Further, he concluded that the area around Akwesasne was used by the Mohawks prior to the arrival of Europeans for the purposes of travel, diplomacy and trade. This history, he concluded, established an aboriginal right to bring goods across the present border free of duty, and to trade these goods with other First Nations.

6 McKeown J. accepted that the Mohawks, like other aboriginal societies of North America, were accustomed to the concept of boundaries and paying for the privilege of crossing arbitrary lines established by other peoples. However, he con-

153. Il est interdit :

c) d’éluder ou de tenter d’éluder, délibérément et de quelque façon que ce soit, l’observation de la présente loi ou le paiement des droits qu’elle prévoit.

159. Constitue une infraction le fait d’introduire ou de tenter d’introduire en fraude au Canada, par contrebande ou non clandestinement, des marchandises passibles de droits ou dont l’importation est prohibée, contrôlée ou réglementée en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale.

III. Les décisions

En première instance ([1997] A.C.F. n° 882 (QL)) le juge McKeown déclare que le chef Mitchell jouit d’un droit ancestral existant, mais non d’un droit issu d’un traité, « de passer et de repasser librement l’actuelle frontière Canada-États-Unis, y compris le droit d’introduire au Canada, à partir des États-Unis, des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane [. . .] Ce droit ancestral comprend le droit d’introduire ces marchandises au Canada à partir des États-Unis aux fins d’un petit négoce avec les autres Premières nations » (par. 304). Il conclut que les ancêtres des Mohawks d’Akwesasne vivaient dans l’État actuel de New York, et que les monts Adirondacks représentaient la frontière nord de leur territoire. Ils voyageaient au nord dans le Canada actuel et traversaient ce qui est maintenant la frontière entre le Canada et les États-Unis, transportant avec eux des marchandises à usage personnel et communautaire. En outre, il conclut qu’avant l’arrivée des Européens, les Mohawks se servaient de la région entourant Akwesasne pour les voyages, les affaires diplomatiques et le commerce. L’histoire, selon lui, a établi l’existence d’un droit ancestral d’apporter en franchise des marchandises à travers la frontière actuelle et d’en faire le commerce avec d’autres Premières nations.

Le juge McKeown convient que les Mohawks, comme d’autres sociétés autochtones en Amérique du Nord, étaient accoutumés à la notion de frontières et au paiement de redevances pour franchir des frontières arbitrairement fixées par d’autres

cluded that this did not negate a modern right to cross such boundaries duty-free because it merely constituted regulation of the underlying aboriginal right to bring goods across boundaries freely. The *Customs Act* did not extinguish this right because it too was merely regulatory.

The Federal Court of Appeal ([1999] 1 F.C. 375), *per* Sexton J.A., Isaac C.J. concurring, affirmed McKeown J.'s finding of an aboriginal right to bring goods into Canada duty-free, subject to limitations based on the evidence of the traditional range of Mohawk trading: the goods must have been purchased in New York State; the goods must be brought to a border crossing between New York and either Ontario or Quebec; and if destined for trade, such trade must be only with other aboriginal communities in those two provinces. Létourneau J.A. would have further narrowed the right by excluding a separate right of free passage across the border, requiring Mohawks seeking to exercise the right to report at the Cornwall customs office, and excluding a right to bring goods into Canada for trade purposes without the payment of customs duties.

IV. Issues

The issue on appeal is whether Chief Mitchell has an aboriginal right which precludes the imposition of duty under the *Customs Act* on certain imported goods. The issue can be addressed in the following manner:

- A. What is the Nature of Aboriginal Rights?
- B. What is the Aboriginal Right Claimed?
- C. Has the Claimed Aboriginal Right Been Established?
 - (1) Evidentiary Concerns — Proving Aboriginal Rights
 - (a) Admissibility of Evidence in Aboriginal Right Claims

peuples. Toutefois, il conclut que cela ne dénie pas le droit moderne de traverser ces frontières hors douane parce qu'il s'agit simplement d'une réglementation du droit ancestral sous-jacent de franchir librement les frontières avec des marchandises. La *Loi sur les douanes* n'a pas éteint ce droit parce qu'elle aussi n'est qu'une loi de réglementation.

Le juge Sexton de la Cour d'appel fédérale ([1999] 1 C.F. 375), avec l'appui du juge en chef Isaac, confirme la conclusion du juge McKeown quant au droit ancestral d'introduire des marchandises au Canada en franchise, sous réserve de restrictions fondées sur la preuve de l'étendue traditionnelle du commerce mohawk : les marchandises doivent avoir été achetées dans l'État de New York; elles doivent être apportées à une frontière séparant l'État de New York de l'Ontario ou du Québec; et, si elles sont destinées au commerce, ce ne peut être qu'un commerce avec d'autres collectivités autochtones dans ces deux provinces. Le juge Létourneau aurait restreint le droit davantage : il aurait exclu le droit autonome de traverser librement la frontière, en exigeant que les Mohawks qui cherchent à exercer ce droit se présentent au bureau de douane de Cornwall, et aurait exclu le droit d'introduire des marchandises au Canada à des fins commerciales sans acquitter de droits de douane.

IV. Les questions en litige

La question du pourvoi est de savoir si le chef Mitchell a un droit ancestral qui empêche l'imposition de droits en application de la *Loi sur les douanes* sur certaines marchandises importées. Cette question peut être traitée de la manière suivante :

- A. Quelle est la nature des droits ancestraux?
- B. Quel est le droit ancestral revendiqué?
- C. Le droit ancestral revendiqué a-t-il été établi?
 - (1) La preuve — Comment établir des droits ancestraux
 - a) L'admissibilité de la preuve dans les revendications de droits ancestraux

- (b) The Interpretation of Evidence in Aboriginal Right Claims
- (2) Does the Evidence Show an Ancestral Mohawk Practice of Trading North of the St. Lawrence River?
- (3) Does the Evidence Establish that the Alleged Practice of Trading Across the St. Lawrence River Was Integral to Mohawk Culture and Continuous to the Present Day?

D. Is the Claimed Right Barred from Recognition as Inconsistent with Crown Sovereignty?

Because I conclude that Chief Mitchell has not established an aboriginal right, I need not address questions of extinguishment, infringement and justification.

V. Analysis

A. *What is the Nature of Aboriginal Rights?*

9 Long before Europeans explored and settled North America, aboriginal peoples were occupying and using most of this vast expanse of land in organized, distinctive societies with their own social and political structures. The part of North America we now call Canada was first settled by the French and the British who, from the first days of exploration, claimed sovereignty over the land on behalf of their nations. English law, which ultimately came to govern aboriginal rights, accepted that the aboriginal peoples possessed pre-existing laws and interests, and recognized their continuance in the absence of extinguishment, by cession, conquest, or legislation: see, e.g., the *Royal Proclamation* of 1763, R.S.C. 1985, App. II, No. 1, and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1103. At the same time, however, the Crown asserted that sovereignty over the land, and ownership of its underlying title, vested in the Crown: *Sparrow*, *supra*. With this assertion arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation, a duty character-

- b) L'interprétation de la preuve dans les revendications de droits ancestraux
- (2) La preuve révèle-t-elle l'existence d'une pratique ancestrale mohawk de commerce au nord du Saint-Laurent?
- (3) La preuve établit-elle que la pratique alléguée d'un commerce à travers le Saint-Laurent faisait partie intégrante de la culture mohawk et s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui?

D. La reconnaissance du droit revendiqué est-elle interdite en raison de son incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne?

Comme je conclus que le chef Mitchell n'a pas établi l'existence d'un droit ancestral, je n'ai pas besoin de traiter des questions d'extinction, d'atteinte et de justification.

V. L'analyse

A. *Quelle est la nature des droits ancestraux?*

Bien avant que les Européens explorent l'Amérique du Nord et s'y installent, les peuples autochtones occupaient et utilisaient la plus grande partie de ce vaste territoire en sociétés organisées et distinctives possédant leurs propres structures sociales et politiques. Les Français et les Britanniques ont été les premiers colons à s'établir dans la partie de l'Amérique du Nord qu'on appelle maintenant le Canada et, dès les premiers temps de leur exploration, ils ont revendiqué la souveraineté sur le territoire au nom de leur nation respective. Le droit anglais, qui a fini par régir les droits des peuples autochtones, acceptait que les Autochtones possédaient des lois et des intérêts préexistants, et reconnaissait leur maintien s'ils n'étaient pas éteints par la cession, la conquête ou la loi : voir par exemple la *Proclamation royale* de 1763, L.R.C. 1985, App. II, n° 1, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1103. Parallèlement, toutefois, Sa Majesté a affirmé sa souveraineté sur le territoire, et son titre sous-jacent à l'égard de ce territoire : *Sparrow*, précité. Cette affirmation de souveraineté a fait naître l'obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l'exploitation, une

ized as “fiduciary” in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335.

Accordingly, European settlement did not terminate the interests of aboriginal peoples arising from their historical occupation and use of the land. To the contrary, aboriginal interests and customary laws were presumed to survive the assertion of sovereignty, and were absorbed into the common law as rights, unless (1) they were incompatible with the Crown’s assertion of sovereignty, (2) they were surrendered voluntarily via the treaty process, or (3) the government extinguished them: see B. Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727. Barring one of these exceptions, the practices, customs and traditions that defined the various aboriginal societies as distinctive cultures continued as part of the law of Canada: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, and *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, at p. 57 (*per* Brennan J.), pp. 81-82 (*per* Deane and Gaudron JJ.), and pp. 182-83 (*per* Toohey J.).

The common law status of aboriginal rights rendered them vulnerable to unilateral extinguishment, and thus they were “dependent upon the good will of the Sovereign”: see *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), at p. 54. This situation changed in 1982, when Canada’s constitution was amended to entrench existing aboriginal and treaty rights: *Constitution Act, 1982*, s. 35(1). The enactment of s. 35(1) elevated existing common law aboriginal rights to constitutional status (although, it is important to note, the protection offered by s. 35(1) also extends beyond the aboriginal rights recognized at common law: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 136). Henceforward, aboriginal rights falling within the constitutional protection of s. 35(1) could not be unilaterally abrogated by the government. However, the government retained the jurisdiction to limit aboriginal rights for justifiable reasons, in the pursuit of substantial and compelling public objec-

obligation qualifiée d’« obligation de fiduciaire » dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

En conséquence, l’établissement des Européens n’a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l’affirmation de souveraineté, et ont été incorporés dans la common law en tant que droits, sauf si : (1) ils étaient incompatibles avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne; (2) ils avaient été cédés volontairement par traité; ou (3) le gouvernement les avait éteints : voir B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727. En dehors de ces exceptions, les pratiques, coutumes et traditions qui définissaient les diverses sociétés autochtones comme des cultures distinctives continuaient de faire partie du droit canadien : voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, p. 57 (le juge Brennan), p. 81-82 (les juges Deane et Gaudron), et p. 182-183 (le juge Toohey).

Leur statut de droits de common law rendait les droits ancestraux vulnérables à l’extinction unilatérale et, en conséquence, ils [TRADUCTION] « dépendaient de la bonne volonté du Souverain » : *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), p. 54. Cette situation a changé en 1982, quand la Constitution canadienne a été amendée de façon à y inscrire les droits existants — ancestraux ou issus de traités : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1). L’édiction du par. 35(1) a conféré un statut constitutionnel aux droits autochtones existants en common law (quoiqu’il soit important de noter que la protection donnée par le par. 35(1) s’étend au-delà des droits autochtones reconnus en common law : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 136). Dès lors ces droits autochtones étaient couverts par la protection du par. 35(1) et ne pouvaient plus être unilatéralement abrogés par le gouvernement. Cependant, le gouvernement conservait le pouvoir de les restreindre

10

11

tives: see *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and *Delgamuukw*, *supra*.

pour des motifs valables, dans la poursuite d'objectifs publics impérieux et réels : voir *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *Delgamuukw*, précité.

12

In the seminal cases of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *Delgamuukw*, *supra*, this Court affirmed the foregoing principles and set out the test for establishing an aboriginal right. Since s. 35(1) is aimed at reconciling the prior occupation of North America by aboriginal societies with the Crown's assertion of sovereignty, the test for establishing an aboriginal right focuses on identifying the integral, defining features of those societies. Stripped to essentials, an aboriginal claimant must prove a modern practice, tradition or custom that has a reasonable degree of continuity with the practices, traditions or customs that existed prior to contact. The practice, custom or tradition must have been "integral to the distinctive culture" of the aboriginal peoples, in the sense that it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the peoples' identity. It must be a "defining feature" of the aboriginal society, such that the culture would be "fundamentally altered" without it. It must be a feature of "central significance" to the peoples' culture, one that "truly made the society what it was" (*Van der Peet*, *supra*, at paras. 54-59 (emphasis in original)). This excludes practices, traditions and customs that are only marginal or incidental to the aboriginal society's cultural identity, and emphasizes practices, traditions and customs that are vital to the life, culture and identity of the aboriginal society in question.

Dans les arrêts charnières *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *Delgamuukw*, précité, notre Cour confirme ces principes et énonce le critère permettant d'établir l'existence d'un droit ancestral. Comme le par. 35(1) vise à concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le critère d'existence d'un droit ancestral est axé sur les caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante de ces sociétés. Au strict essentiel, le demandeur autochtone doit établir l'existence d'une pratique, tradition ou coutume moderne qui a un degré raisonnable de continuité avec les pratiques, traditions ou coutumes qui existaient avant le contact avec les Européens. La pratique, coutume ou tradition doit avoir « fait . . . partie intégrante de la culture distinctive » autochtone, au sens où elle doit avoir distingué ou caractérisé leur culture traditionnelle et avoir été au cœur de leur identité. Elle doit être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle. Il doit s'agir d'une caractéristique qui a une « importance fondamentale » dans la culture du peuple autochtone, qui « véritablement faisait de la société ce qu'elle était » (*Van der Peet*, précité, par. 54-59; souligné dans l'original). Cela exclut les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont seulement marginales ou d'importance secondaire pour l'identité culturelle de la société autochtone, et met l'accent sur les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont nécessaires à la vie, à la culture et à l'identité de la société autochtone en question.

13

Once an aboriginal right is established, the issue is whether the act which gave rise to the case at bar is an expression of that right. Aboriginal rights are not frozen in their pre-contact form: ancestral rights may find modern expression. The question is whether the impugned act represents the modern

Une fois établie l'existence d'un droit ancestral, il faut déterminer si l'acte qui est à l'origine du litige est une expression de ce droit. Les droits ancestraux ne sont pas figés dans l'état où ils se trouvaient avant le contact avec les Européens : ils peuvent trouver une expression moderne. La ques-

exercise of an ancestral practice, custom or tradition.

B. What is the Aboriginal Right Claimed?

Before we can address the question of whether an aboriginal right has been established, we must first characterize the right claimed. The event giving rise to litigation merely represents an alleged exercise of an underlying right; it does not, in itself, tell us the scope of the right claimed. Therefore it is necessary to determine the nature of the claimed right. At this initial stage of characterization, the focus is on ascertaining the true nature of the claim, not assessing the merits of this claim or the evidence offered in its support.

In *Van der Peet, supra*, at para. 53, the majority of this Court provided three factors that should guide a court's characterization of a claimed aboriginal right: (1) the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right; (2) the nature of the governmental legislation or action alleged to infringe the right, i.e. the conflict between the claim and the limitation; and (3) the ancestral traditions and practices relied upon to establish the right. The right claimed must be characterized in context and not distorted to fit the desired result. It must be neither artificially broadened nor narrowed. An overly narrow characterization risks the dismissal of valid claims and an overly broad characterization risks distorting the right by neglecting the specific culture and history of the claimant's society: see *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821.

Chief Mitchell characterizes his claim as the right to enter Canada from the United States with personal and community goods, without paying customs or duties, and the right to trade these goods with other First Nations. On the strength of this claimed right, he crossed the Canada-United States boundary with personal and community goods, the action giving rise to the case at bar. Although the motor oil was the only item transported by Chief Mitchell that was destined for

tion est de savoir si l'acte contesté constitue l'exercice moderne d'une pratique, coutume ou tradition ancestrale.

B. Quel est le droit ancestral revendiqué?

Avant de pouvoir déterminer si l'existence d'un droit ancestral a été établie, il faut caractériser le droit revendiqué. L'événement à l'origine du litige n'est que l'exercice allégué d'un droit sous-jacent; il ne révèle pas, en soi, la portée du droit revendiqué. Il faut donc déterminer la nature du droit revendiqué. Cette étape initiale de la définition est axée sur la nature véritable de la revendication, et non sur l'évaluation de son bien-fondé ou de la preuve présentée à son appui.

Dans *Van der Peet*, précité, par. 53, la majorité énonce trois facteurs qui devraient guider le tribunal dans la caractérisation d'un droit ancestral revendiqué : (1) la nature de l'acte qui, selon le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral; (2) la nature de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale qu'il dit porter atteinte au droit, c.-à-d. le conflit entre la revendication et la restriction; et (3) les traditions et pratiques ancestrales invoquées pour établir l'existence du droit. Le droit revendiqué doit être caractérisé en contexte et ne doit pas être déformé en fonction du résultat désiré. Il ne faut ni l'étendre ni le restreindre artificiellement. Une caractérisation trop étroite risque d'entraîner le rejet de revendications valides et une caractérisation trop large risque de déformer le droit en ne tenant pas compte de la culture et de l'histoire particulière de la société à laquelle appartient le demandeur : voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

Le chef Mitchell définit le droit revendiqué comme étant le droit d'entrer au Canada en provenance des États-Unis avec des marchandises d'usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane, et le droit d'en faire le commerce avec d'autres Premières nations. Fort du droit revendiqué, il a traversé la frontière entre les États-Unis et le Canada avec des marchandises d'usage personnel et communautaire, et cet acte a donné lieu au présent litige. Même si l'huile à

14

15

16

resale, it can only be concluded that Chief Mitchell's actions — and his case — focused in fact on trade. The claimants asserted that “trade and commerce [is] central to their soul”. Witness after witness was asked to describe historical Mohawk trading practices. Furthermore, when Chief Mitchell exercised his alleged right, all of the goods brought into Canada were trade-related: they were intended as gifts to seal a trade agreement with Tyendinaga and to signify renewed trading relations, in accordance with customary practice. Therefore the first factor, the action claimed as an exercise of an aboriginal right, suggests that the heart of the claim is the right to bring goods across the Canada-United States border for purposes of trade.

moteur était le seul article transporté par le chef Mitchell qui était destiné à la revente, nous devons conclure que les actes du chef Mitchell — et sa cause — étaient en fait axés sur le commerce. Les demandeurs ont affirmé que [TRADUCTION] « le commerce se situe au centre même [de leur] mode de vie ». On a demandé à de nombreux témoins de décrire les pratiques commerciales historiques des Mohawks. En outre, quand le chef Mitchell a exercé le droit qu'il revendique, toutes les marchandises apportées au Canada étaient liées au commerce : elles devaient être offertes pour conclure une entente commerciale avec les Tyendinaga et pour relancer les rapports commerciaux avec eux, conformément à la pratique coutumière. En conséquence, le premier facteur, l'acte censé constituer l'exercice d'un droit ancestral, indique que le droit de traverser la frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises, à des fins commerciales, est au cœur de la revendication en l'espèce.

17 The second factor, the nature of the conflict between the claimed right and the relevant legislation, while more neutral, does not displace this conclusion. The law in conflict with the alleged right is the *Customs Act*. It applies both to personal goods and goods for trade.

Le deuxième facteur, la nature du conflit entre le droit revendiqué et la loi pertinente, bien que plus neutre, n'écarte pas cette conclusion. La loi en conflit avec le droit revendiqué est la *Loi sur les douanes*. Elle s'applique tant aux marchandises d'usage personnel qu'aux marchandises d'usage commercial.

18 The third factor to be considered in characterizing the claim is the relevant traditions and practices of the aboriginal people in question. The ancestral aboriginal practices upon which the claimant relies provide a strong indication of the nature and scope of the right claimed. In this case, the claimants emphasize their ancestral trading practices; indeed these practices and the alleged limitations on them raised by the appellant, lie at the heart of the case. As noted, the claimants assert that historically “trade and commerce [is] central to their soul”. One of the claimant's expert witnesses testified that trade “came as easily to the Iroquois as living and breathing”. The government, while not denying that the Mohawks traditionally traded, asserts that such trade did not extend north into what is now Canada and that, in any event, the Mohawks traditionally accepted the custom of pay-

Le troisième facteur à examiner pour caractériser le droit revendiqué concerne les traditions et pratiques des peuples autochtones en question. Les pratiques ancestrales autochtones que le demandeur invoque sont une forte indication de la nature et de la portée du droit revendiqué. En l'espèce, les demandeurs mettent l'accent sur leurs pratiques commerciales ancestrales; en fait, ces pratiques, et leur restriction contestée par l'appellant, sont au cœur du présent litige. Comme nous l'avons noté, les demandeurs affirment qu'historiquement, [TRADUCTION] « le commerce se situe au centre même [de leur] mode de vie ». Un des témoins experts du demandeur a déclaré que le commerce était une activité [TRADUCTION] « parfaitement naturelle » pour les Iroquois. Le gouvernement, sans nier que les Mohawks faisaient traditionnellement du commerce, soutient que ce commerce ne s'étendait pas

ing tributes and duties to cross boundaries established by other polities.

I conclude that the *Van der Peet* factors of the impugned action, the governmental action or legislation with which it conflicts, and the ancestral practice relied on, all suggest the claim here is properly characterized as the right to bring goods across the Canada-United States boundary at the St. Lawrence River for purposes of trade.

It may be tempting for a claimant or a court to tailor the right claimed to the contours of the specific act at issue. In this case, for example, Chief Mitchell seeks to limit the scope of his claimed trading rights by designating specified trading partners. Originally, he claimed the right to trade with other First Nations in Canada. After the Federal Court of Appeal decision, he further limited his claim to trade with First Nations in Quebec and Ontario. These self-imposed limitations may represent part of Chief Mitchell's commendable strategy of negotiating with the government and minimizing the potential effects on its border control. However, narrowing the claim cannot narrow the aboriginal practice relied upon, which is what defines the right. The essence of the alleged Mohawk tradition was not to bring goods across the St. Lawrence River to trade with designated communities, but rather to simply bring goods to trade. As a matter of necessity, pre-contact trading partners were confined to other First Nations, but this historical fact is incidental to the claim — the right to cross the St. Lawrence River with goods for personal use and trade. For example, in *Gladstone*, *supra*, the majority of this Court found an aboriginal right to engage in the commercial trade of herring spawn, but did not then proceed to restrict the Heiltsuk to their pre-contact First Nations trading partners. Moreover, it is difficult to imagine how limitations on trading partners would operate in practice. If Chief Mitchell trades goods to First Nations in Ontario and Quebec,

vers le nord en territoire canadien actuel et que, quoi qu'il en soit, les Mohawks avaient traditionnellement accepté la coutume de payer des tributs et des droits pour traverser les frontières établies par d'autres entités politiques.

Je conclus que les facteurs énumérés dans *Van der Peet*, soit l'acte contesté, la mesure gouvernementale ou la loi avec laquelle il entre en conflit et la pratique ancestrale invoquée, indiquent tous que la revendication en l'espèce est caractérisée à juste titre comme étant le droit de transporter des marchandises à travers la frontière entre le Canada et les États-Unis, par le fleuve Saint-Laurent, à des fins commerciales.

Il peut être tentant pour le demandeur ou le tribunal de délimiter le droit revendiqué selon les contours de l'acte en cause. En l'espèce, par exemple, le chef Mitchell cherche à limiter la portée des droits de commerce revendiqués en désignant spécifiquement les partenaires commerciaux. Initialement, il revendiquait le droit de faire du commerce avec d'autres Premières nations au Canada. Après l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, il a restreint davantage la portée de sa revendication au droit de faire du commerce avec des Premières nations au Québec et en Ontario. Ces restrictions qu'il s'impose font peut-être partie de la stratégie louable du chef Mitchell de négocier avec le gouvernement et de minimiser les effets potentiels de la revendication sur le contrôle des frontières. Cependant, le fait de restreindre la revendication ne peut avoir pour effet de restreindre la pratique autochtone invoquée, qui définit le droit. L'essence de la tradition mohawk invoquée n'était pas de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises pour faire du commerce avec des communautés désignées, mais tout simplement de rapporter des marchandises en vue de faire du commerce. Avant le contact avec les Européens, les partenaires commerciaux se limitaient nécessairement aux autres Premières nations, mais cette réalité historique est d'importance secondaire par rapport à la revendication — le droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises destinées à un usage personnel et commercial. Par exemple, dans l'arrêt *Gladstone*, précité, la majorité conclut

19

20

there is nothing to prevent them from trading the goods with anyone else in Canada, aboriginal or not. Thus, the limitations placed on the trading right by Chief Mitchell and the courts below artificially narrow the claimed right and would, at any rate, prove illusory in practice.

à l'existence d'un droit ancestral de faire le commerce de la rogue de hareng, mais ne limite pas ensuite le droit des Heiltsuk aux partenaires commerciaux qu'ils avaient parmi les Premières nations avant le contact avec les Européens. En outre, il est difficile d'imaginer comment s'appliqueraient dans les faits des restrictions quant aux partenaires commerciaux. Si le chef Mitchell fait le commerce de marchandises avec des Premières nations en Ontario et au Québec, rien n'empêche celles-ci de faire le commerce de ces marchandises avec n'importe qui d'autre au Canada, autochtone ou non. En conséquence, les restrictions que le chef Mitchell et les juridictions inférieures ont imposées au droit de commercer restreignent artificiellement le droit revendiqué et, en tout état de cause, seraient illusoirs.

21

The trial judge characterized the right claimed as including a right to engage in "small, noncommercial scale trade" (p. 12). He does not make it clear what inferences arise from this characterization, but one possible inference might be that evidence of minimal pre-contact trade would suffice to establish the right. I note without comment the practical difficulties inherent in defining "small, noncommercial scale trade" and the obvious fact that many small acts of trade may add up to more major trade. For purposes of this appeal, it suffices to note that Chief Mitchell did not seek at trial to limit his claim to small-scale or noncommercial trade. While he did not claim a right to trade goods brought across the border in the commercial mainstream, he did assert a right to trade with other First Nations, without qualifying the scale of such trade. He then called evidence emphasizing the centrality of trade to the ancestral Mohawk way of life. Moreover, his express purpose in transporting the goods across the border was the revival of trading relations with a neighbouring community. In these circumstances, it seems inappropriate to place much weight on the limitation proposed by

Le juge de première instance caractérise le droit revendiqué comme comprenant un droit de se livrer à un « petit négoce d'une ampleur non commerciale » (par. 34). Il n'indique pas clairement les conséquences de cette caractérisation, mais l'une d'elles pourrait être que la preuve d'un commerce minime avant le contact avec les Européens suffirait pour établir l'existence du droit. Je note, sans autre commentaire, les difficultés pratiques inhérentes à la définition d'un « petit négoce d'une ampleur non commerciale », et le fait évident que de nombreux petits actes de commerce peuvent devenir un commerce de grande ampleur. Pour les fins du présent pourvoi, il suffit de noter que le chef Mitchell n'a pas cherché au procès à limiter sa revendication à des échanges de petite ampleur ou non commerciaux. Bien qu'il n'ait pas revendiqué le droit de faire ce commerce des marchandises importées sur le marché général, il revendique un droit de commercer avec d'autres Premières nations, sans qualifier l'ampleur de ce commerce. Il a ensuite présenté des preuves tendant à démontrer que le commerce était au centre même du mode de vie mohawk ancestral. De plus, lorsqu'il a traversé la frontière avec les marchandises, il visait expressément à relancer des rapports commerciaux avec une communauté voisine. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'accorder beaucoup d'importance à la restriction proposée par la Cour fédérale, et le droit revendiqué est mieux caracté-

the Federal Court, and the claimed right is best characterized as a right to trade *simpliciter*.

In another attempt at limitation, Chief Mitchell denies that his claim entails the right to pass freely over the border, i.e., mobility rights. Perhaps recognizing that mobility has become a contentious issue in recent cases (e.g., *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455 (C.A.); *R. v. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1 (B.C.S.C.)), he answers that his claim is contingent on his existing right to enter Canada pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. He does not seek a right to enter Canada because he does not require such a right. Again, however, narrowing the claim cannot narrow the aboriginal practice that defines the claimed right. An aboriginal right, once established, generally encompasses other rights necessary to its meaningful exercise. In *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, for example, it was held that the right to fish for food in a specified territory necessarily encompassed a right of physical access to that territory. The evidence in the present case showed that trade involved travel. It follows that any finding of a trading right would also confirm a mobility right.

The Attorney General of Manitoba raises two additional points about the characterization of the right. First, he argues that the claim should not be characterized in the negative. The original claim was to bring goods across the border “without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian government or authority”. Manitoba argues that the right should be characterized simply as a right to bring goods, without qualification. I agree. As in the fishing and hunting cases, once an existing right is established, any restriction on that right through the imposition of duties or taxes should be considered at the infringement stage: see, e.g., *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Côté*, *supra*; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Gladstone*, *supra*; see also *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. The right claimed in those cases was

risé comme étant simplement un droit de commercer.

Dans une autre tentative de restriction, le chef Mitchell nie que sa revendication suppose le droit de traverser librement la frontière, c.-à-d. la liberté de circulation. Reconnaissant peut-être que cette question est devenue un sujet très contentieux dans la jurisprudence récente (p. ex. *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455 (C.A.); *R. c. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1 (C.S.C.-B.)), il répond que sa revendication repose sur son droit existant d’entrer au Canada conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. Il ne revendique pas un droit d’entrer au Canada parce qu’il n’a pas besoin d’un tel droit. Encore une fois, cependant, le fait de restreindre la revendication ne peut avoir pour effet de restreindre la pratique autochtone qui définit le droit revendiqué. Un droit ancestral, une fois établi, englobe généralement d’autres droits nécessaires à son exercice réel. L’arrêt *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par exemple, conclut que le droit de pêcher à des fins alimentaires dans un territoire donné comprend nécessairement le droit d’accéder à ce territoire. La preuve en l’espèce montre que le commerce impliquait des déplacements. En conséquence, une conclusion quant à un droit de commercer confirmerait également une liberté de circulation.

Le procureur général du Manitoba soulève deux autres points concernant la définition du droit en cause. Premièrement, il soutient que la revendication ne devrait pas être caractérisée par la négative. La revendication initiale était de traverser la frontière avec des marchandises [TRADUCTION] « sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane ». Le Manitoba soutient que le droit devrait être caractérisé simplement comme un droit de rapporter des marchandises. Je suis d’accord. Comme dans les affaires de pêche et de chasse, une fois que l’existence d’un droit est établie, toute restriction à ce droit par l’imposition de droits ou de taxes devrait être examinée à l’étape de l’atteinte : voir p. ex. *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Côté*, précité; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S.

not the right “to fish (or hunt) without restriction”. Similarly, here the right is not “to bring trade goods without having to pay duty”; properly defined, the right claimed is to bring trade goods *simpliciter*.

1013; *Gladstone*, précité; voir aussi *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Le droit revendiqué dans ces affaires n’était pas le droit de « pêcher (ou de chasser) sans restriction ». De même, le droit en cause en l’espèce n’est pas un droit « de rapporter des marchandises commerciales sans avoir à acquitter de droits de douane »; il faut définir le droit revendiqué comme étant simplement le droit de rapporter des marchandises commerciales.

24 Manitoba also argues that the right should not be construed as a right to cross the border. Technically this argument is correct, as the border is a construction of newcomers. Aboriginal rights are based on aboriginal practices, customs and traditions, not those of newcomers. This objection can be dealt with simply: the right claimed should be to bring goods across the St. Lawrence River (which always existed) rather than across the border. In modern terms, the two are equivalent.

Le Manitoba dit aussi que le droit en question ne devrait pas être interprété comme étant un droit de traverser la frontière. Techniquement, cet argument est correct parce que la frontière est une création des nouveaux arrivants. Les droits ancestraux sont fondés sur les pratiques, coutumes et traditions autochtones, et non sur celles des nouveaux arrivants. Cette objection peut être traitée simplement : le droit revendiqué devrait être le droit de traverser le Saint-Laurent (qui a toujours existé) avec des marchandises plutôt que le droit de traverser la frontière avec des marchandises. En langage contemporain, les deux sont équivalents.

25 Properly characterized, then, the right claimed in this case is the right to bring goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade.

Ainsi, correctement défini, le droit revendiqué en l’espèce est le droit de traverser le fleuve Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales.

C. *Has the Claimed Aboriginal Right Been Established?*

C. *Le droit ancestral revendiqué a-t-il été établi?*

26 *Van der Peet* set out the test for establishing an aboriginal right protected under s. 35(1). Briefly stated, the claimant is required to prove: (1) the existence of the ancestral practice, custom or tradition advanced as supporting the claimed right; (2) that this practice, custom or tradition was “integral” to his or her pre-contact society in the sense it marked it as distinctive; and (3) reasonable continuity between the pre-contact practice and the contemporary claim. I will consider each of these elements in turn. First, however, it is necessary to consider the evidence upon which claims may be proved, and the approach courts should adopt in interpreting such evidence.

L’arrêt *Van der Peet* formule le critère applicable pour établir l’existence d’un droit ancestral protégé par le par. 35(1). En bref, le demandeur doit prouver : (1) l’existence de la pratique, coutume ou tradition ancestrale alléguée à l’appui du droit revendiqué; (2) que cette pratique, coutume ou tradition faisait « partie intégrante » de la société autochtone avant le contact avec les Européens au sens où elle la caractérisait comme étant distinctive; et (3) une continuité raisonnable entre la pratique existant avant le contact avec les Européens et la revendication contemporaine. J’examinerai chaque élément à tour de rôle. Toutefois, il faut d’abord considérer la preuve qui permettra d’établir les revendications, et la démarche que les tribunaux devraient adopter pour l’interpréter.

(1) Evidentiary Concerns — Proving Aboriginal Rights

Aboriginal right claims give rise to unique and inherent evidentiary difficulties. Claimants are called upon to demonstrate features of their pre-contact society, across a gulf of centuries and without the aid of written records. Recognizing these difficulties, this Court has cautioned that the rights protected under s. 35(1) should not be rendered illusory by imposing an impossible burden of proof on those claiming this protection (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 408). Thus in *Van der Peet*, *supra*, the majority of this Court stated that “a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in” (para. 68).

This guideline applies both to the admissibility of evidence and weighing of aboriginal oral history (*Van der Peet*, *supra*; *Delgamuukw*, *supra*, at para. 82).

(a) *Admissibility of Evidence in Aboriginal Right Claims*

Courts render decisions on the basis of evidence. This fundamental principle applies to aboriginal claims as much as to any other claim. *Van der Peet* and *Delgamuukw* affirm the continued applicability of the rules of evidence, while cautioning that these rules must be applied flexibly, in a manner commensurate with the inherent difficulties posed by such claims and the promise of reconciliation embodied in s. 35(1). This flexible application of the rules of evidence permits, for example, the admissibility of evidence of post-contact activities to prove continuity with pre-contact practices, customs and traditions (*Van der Peet*, *supra*, at para. 62) and the meaningful consideration of various forms of oral history (*Delgamuukw*, *supra*).

(1) La preuve — Comment établir des droits ancestraux

La revendication de droits ancestraux soulève des difficultés de preuve intrinsèques et uniques. Les demandeurs doivent établir les caractéristiques de leur société avant le contact avec les Européens, par-delà des siècles et sans l'aide d'écrits. Reconnaissant ces difficultés, notre Cour a fait une mise en garde contre la possibilité de rendre illusoire les droits protégés par le par. 35(1) en imposant un fardeau de preuve impossible à ceux qui revendiquent cette protection (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 408). Ainsi, dans *Van der Peet*, précité, la majorité de la Cour affirme que « le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit » (par. 68).

Ce principe s'applique à la fois à l'admissibilité de la preuve et à l'appréciation des récits oraux autochtones (*Van der Peet*, précité; *Delgamuukw*, précité, par. 82).

a) *L'admissibilité de la preuve dans les revendications de droits ancestraux*

Les tribunaux rendent leurs décisions en se fondant sur la preuve. Ce principe fondamental s'applique aux revendications autochtones comme à toute autre revendication. *Van der Peet* et *Delgamuukw* réaffirment la continuité des règles de preuve avec la mise en garde de les appliquer avec souplesse, d'une façon adaptée aux difficultés inhérentes à de telles réclamations et à la promesse de conciliation confirmée au par. 35(1). Cette souplesse d'application des règles de preuve permet, par exemple, l'admission de preuves d'activités postérieures au contact avec les Européens, qui visent à établir la continuité avec les pratiques, coutumes et traditions antérieures au contact (*Van der Peet*, précité, par. 62) et l'examen utile de diverses formes de récits oraux (*Delgamuukw*, précité).

27

28

29

30 The flexible adaptation of traditional rules of evidence to the challenge of doing justice in aboriginal claims is but an application of the time-honoured principle that the rules of evidence are not “cast in stone, nor are they enacted in a vacuum” (*R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 487). Rather, they are animated by broad, flexible principles, applied purposively to promote truth-finding and fairness. The rules of evidence should facilitate justice, not stand in its way. Underlying the diverse rules on the admissibility of evidence are three simple ideas. First, the evidence must be useful in the sense of tending to prove a fact relevant to the issues in the case. Second, the evidence must be reasonably reliable; unreliable evidence may hinder the search for the truth more than help it. Third, even useful and reasonably reliable evidence may be excluded in the discretion of the trial judge if its probative value is overshadowed by its potential for prejudice.

L'adaptation souple des règles traditionnelles de preuve au défi de rendre justice dans les revendications autochtones n'est qu'une application du principe traditionnel selon lequel les règles de preuve n'ont rien d'« immuable et n'ont pas été établies dans l'abstrait » (*R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, p. 487). Elles s'inspirent plutôt de principes larges et souples, appliqués dans le but de promouvoir la recherche de la vérité et l'équité. Les règles de preuve devraient favoriser la justice, et non pas y faire obstacle. Les différentes règles d'admissibilité de la preuve reposent sur trois idées simples. Premièrement, la preuve doit être utile au sens où elle doit tendre à prouver un fait pertinent quant au litige. Deuxièmement, la preuve doit être raisonnablement fiable; une preuve non fiable est davantage susceptible de nuire à la recherche de la vérité que de la favoriser. Troisièmement, même une preuve utile et raisonnablement fiable peut être exclue à la discrétion du juge de première instance si le préjudice qu'elle peut causer l'emporte sur sa valeur probante.

31 In *Delgamuukw*, mindful of these principles, the majority of this Court held that the rules of evidence must be adapted to accommodate oral histories, but did not mandate the blanket admissibility of such evidence or the weight it should be accorded by the trier of fact; rather, it emphasized that admissibility must be determined on a case-by-case basis (para. 87). Oral histories are admissible as evidence where they are both useful and reasonably reliable, subject always to the exclusionary discretion of the trial judge.

Dans *Delgamuukw*, la majorité, tenant compte de ces principes, conclut que les règles de preuve doivent être adaptées aux récits oraux, mais elle n'impose pas leur admissibilité générale ni la valeur que devrait leur accorder le juge des faits; elle souligne plutôt que l'admissibilité doit être décidée cas par cas (par. 87). Les récits oraux sont admissibles en preuve lorsqu'ils sont à la fois utiles et raisonnablement fiables, sous réserve toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de les exclure.

32 Aboriginal oral histories may meet the test of usefulness on two grounds. First, they may offer evidence of ancestral practices and their significance that would not otherwise be available. No other means of obtaining the same evidence may exist, given the absence of contemporaneous records. Second, oral histories may provide the aboriginal perspective on the right claimed. Without such evidence, it might be impossible to gain a true picture of the aboriginal practice relied on or its significance to the society in question. Determining what practices existed, and distinguishing central, defining features of a culture from traits

Les récits oraux autochtones peuvent satisfaire au critère de l'utilité de deux façons. Premièrement, ils peuvent offrir une preuve de pratiques ancestrales et de leur importance, qui ne pourrait être obtenue autrement. Il peut n'exister aucun autre moyen d'obtenir la même preuve, compte tenu de l'absence d'archives contemporaines. Deuxièmement, les récits oraux peuvent fournir le point de vue autochtone sur le droit revendiqué. Sans cette preuve, il serait peut-être impossible de se faire une idée exacte de la pratique autochtone invoquée ou de sa signification pour la société en question. Il n'est pas facile après 400 ans de déter-

that are marginal or peripheral, is no easy task at a remove of 400 years. Cultural identity is a subjective matter and not easily discerned: see R. L. Barsh and J. Y. Henderson, "The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993, at p. 1000, and J. Woodward, *Native Law* (loose-leaf), at p. 137. Also see *Sparrow*, *supra*, at p. 1103; *Delgamuukw*, *supra*, at paras. 82-87, and J. Borrows, "The Trickster: Integral to a Distinctive Culture" (1997), 8 *Constitutional Forum* 27.

The second factor that must be considered in determining the admissibility of evidence in aboriginal cases is reliability: does the witness represent a reasonably reliable source of the particular people's history? The trial judge need not go so far as to find a special guarantee of reliability. However, inquiries as to the witness's ability to know and testify to orally transmitted aboriginal traditions and history may be appropriate both on the question of admissibility and the weight to be assigned the evidence if admitted.

In determining the usefulness and reliability of oral histories, judges must resist facile assumptions based on Eurocentric traditions of gathering and passing on historical facts and traditions. Oral histories reflect the distinctive perspectives and cultures of the communities from which they originate and should not be discounted simply because they do not conform to the expectations of the non-aboriginal perspective. Thus, *Delgamuukw* cautions against facilely rejecting oral histories simply because they do not convey "historical" truth, contain elements that may be classified as mythology, lack precise detail, embody material tangential to the judicial process, or are confined to the community whose history is being recounted.

In this case, the parties presented evidence from historians and archaeologists. The aboriginal perspective was supplied by oral histories of elders such as Grand Chief Mitchell. Grand Chief

miner quelles pratiques existaient et de distinguer les caractéristiques principales et déterminantes d'une culture de celles qui sont marginales. L'identité culturelle est une question subjective difficile à saisir : voir R. L. Barsh et J. Y. Henderson, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993, p. 1000; et J. Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), p. 137. Voir aussi *Sparrow*, précité, p. 1103; *Delgamuukw*, précité, par. 82-87; et J. Borrows, « The Trickster: Integral to a Distinctive Culture » (1997), 8 *Forum Constitutionnel* 27.

Le deuxième facteur à examiner dans la détermination de l'admissibilité de la preuve dans les affaires autochtones est la fiabilité : le témoin est-il une source raisonnablement fiable pour l'histoire du peuple en cause? Le juge de première instance n'est pas tenu de rechercher une garantie spéciale de fiabilité. Cependant, pour les questions de l'admissibilité de la preuve et, si elle est admise, du poids à lui accorder, il peut être approprié de s'enquérir de la connaissance du témoin des traditions et de l'histoire autochtones transmises oralement et de sa capacité de témoigner sur celles-ci.

Pour déterminer l'utilité et la fiabilité des récits oraux, les juges doivent se garder de faire des suppositions faciles fondées sur les traditions eurocentriques de collecte et de transmission des traditions et des faits historiques. Les récits oraux reflètent les perspectives et les cultures distinctives des communautés dont ils sont issus et ne devraient pas être écartés pour le simple motif qu'ils ne sont pas conformes aux attentes d'un point de vue non autochtone. D'où les mises en garde énoncées dans *Delgamuukw* de ne pas rejeter à la légère des récits oraux pour la simple raison qu'ils ne transmettent pas la vérité « historique », comportent des éléments mythologiques, manquent de détails précis, renferment des données tangentielles au processus judiciaire ou se limitent à la communauté dont ils retracent l'histoire.

En l'espèce, les parties ont présenté des témoignages d'historiens et d'archéologues. Les récits oraux d'aînés, dont le grand chef Mitchell, ont fourni le point de vue autochtone. Le témoignage

33

34

35

Mitchell's testimony, confirmed by archaeological and historical evidence, was especially useful because he was trained from an early age in the history of his community. The trial judge found his evidence credible and relied on it. He did not err in doing so and we may do the same.

(b) *The Interpretation of Evidence in Aboriginal Right Claims*

du grand chef Mitchell, confirmé par la preuve archéologique et historique, était particulièrement utile, parce qu'il a commencé très jeune à apprendre l'histoire de sa communauté. Le juge de première instance a conclu que son témoignage était crédible et s'est fondé sur celui-ci. Il n'a pas commis d'erreur en cela et nous pouvons faire de même.

b) *L'interprétation de la preuve dans les revendications de droits ancestraux*

36

The second facet of the *Van der Peet* approach to evidence, and the more contentious issue in the present case, relates to the interpretation and weighing of evidence in support of aboriginal claims once it has cleared the threshold for admission. For the most part, the rules of evidence are concerned with issues of admissibility and the means by which facts may be proved. As J. Sopinka and S. N. Lederman observe, "[t]he value to be given to such facts does not . . . lend itself as readily to precise rules. Accordingly, there are no absolute principles which govern the assessment of evidence by the trial judge" (*The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), at p. 524). This Court has not attempted to set out "precise rules" or "absolute principles" governing the interpretation or weighing of evidence in aboriginal claims. This reticence is appropriate, as this process is generally the domain of the trial judge, who is best situated to assess the evidence as it is presented, and is consequently accorded significant latitude in this regard. Moreover, weighing evidence is an exercise inherently specific to the case at hand.

Le deuxième aspect de la démarche de l'arrêt *Van der Peet* en matière de preuve, un aspect plus litigieux en l'espèce, se rapporte à l'interprétation et à l'appréciation de la preuve présentée à l'appui de revendications autochtones une fois qu'elle a satisfait au critère d'admissibilité. Pour la plupart, les règles de preuve concernent les questions d'admissibilité et les moyens par lesquels les faits peuvent être établis. J. Sopinka et S. N. Lederman font remarquer que [TRADUCTION] « [l]a question de la valeur à accorder à de tels faits ne . . . se prête pas facilement à l'établissement de règles précises. En conséquence, il n'existe pas de principes absolus qui régissent l'appréciation de la preuve par le juge de première instance » (*The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), p. 524). Notre Cour n'a pas essayé d'établir des « règles précises » ou des « principes absolus » régissant l'interprétation ou l'appréciation de la preuve dans les revendications autochtones. Cette réticence est appropriée parce que cette tâche relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée et qui possède donc une grande latitude à cet égard. En outre, l'appréciation de la preuve est un exercice propre à l'affaire dont le tribunal est saisi.

37

Nonetheless, the present case requires us to clarify the general principles laid down in *Van der Peet* and *Delgamuukw* regarding the assessment of evidence in aboriginal right claims. The requirement that courts interpret and weigh the evidence with a consciousness of the special nature of aboriginal claims is critical to the meaningful protection of s. 35(1) rights. As Lamer C.J. observed in *Delgamuukw*, the admission of oral histories represents a hollow recognition of the aboriginal

Quoi qu'il en soit, la présente affaire nous oblige à clarifier les principes généraux énoncés dans *Van der Peet* et *Delgamuukw* quant à l'appréciation de la preuve dans les revendications de droits ancestraux. L'obligation pour les tribunaux d'interpréter et d'apprécier la preuve en étant conscients de la nature particulière des revendications autochtones est essentielle à la protection réelle des droits prévus au par. 35(1). Comme le juge en chef Lamer l'a noté dans *Delgamuukw*, l'admission en preuve

perspective where this evidence is then systematically and consistently undervalued or deprived of all independent weight (para. 98). Thus, it is imperative that the laws of evidence operate to ensure that the aboriginal perspective is “given due weight by the courts” (para. 84).

Again, however, it must be emphasized that a consciousness of the special nature of aboriginal claims does not negate the operation of general evidentiary principles. While evidence adduced in support of aboriginal claims must not be undervalued, neither should it be interpreted or weighed in a manner that fundamentally contravenes the principles of evidence law, which, as they relate to the valuing of evidence, are often synonymous with the “general principles of common sense” (Sopinka and Lederman, *supra*, at p. 524). As Lamer C.J. emphasized in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 82:

[A]boriginal rights are truly *sui generis*, and demand a unique approach to the treatment of evidence which accords due weight to the perspective of aboriginal peoples. However, that accommodation must be done in a manner which does not strain “the Canadian legal and constitutional structure” [*Van der Peet*, at para. 49]. Both the principles laid down in *Van der Peet* — first, that trial courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims, and second, that trial courts must interpret that evidence in the same spirit — must be understood against this background. [Emphasis added.]

There is a boundary that must not be crossed between a sensitive application and a complete abandonment of the rules of evidence. As Binnie J. observed in the context of treaty rights, “[g]enerous rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse” (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14). In particular, the *Van der Peet* approach does not operate to amplify the cogency of evidence adduced in support of an aboriginal claim. Evidence advanced in support of aboriginal claims, like the evidence

de récits oraux représente une reconnaissance creuse du point de vue autochtone lorsque ces éléments de preuve sont par la suite systématiquement sous-estimés ou privés de toute valeur probante indépendante (par. 98). Il est donc impératif que les règles de preuve garantissent que « les tribunaux accordent le poids qui convient » au point de vue des autochtones (par. 84).

Encore une fois, cependant, il faut souligner qu’être conscient de la nature particulière des revendications autochtones n’empêche pas d’appliquer les principes généraux de preuve. S’il ne faut pas sous-estimer la preuve présentée à l’appui des revendications autochtones, il ne faut pas non plus l’interpréter ou l’apprécier d’une manière fondamentalement contraire aux principes du droit de la preuve qui, en matière d’appréciation de la preuve, correspondent souvent aux [TRADUCTION] « principes généraux de bon sens » (Sopinka et Lederman, *op. cit.*, p. 524). Comme le souligne le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, par. 82 :

[L]es droits ancestraux sont véritablement des droits *sui generis* qui exigent, quant au traitement de la preuve, une approche unique, accordant le poids qu’il faut au point de vue des peuples autochtones. Toutefois, l’adaptation doit se faire d’une manière qui ne fasse pas entorse à « l’organisation juridique et constitutionnelle du Canada » [*Van der Peet*, par. 49]. Les deux principes exposés dans *Van der Peet* — premièrement, le fait que les tribunaux de première instance doivent aborder les règles de preuve en tenant compte des difficultés de preuve inhérentes à l’examen des revendications de droits ancestraux, et, deuxièmement, le fait que les tribunaux de première instance doivent interpréter cette preuve dans le même esprit — doivent être compris dans ce contexte. [Je souligne.]

Il y a une limite à ne pas franchir entre l’application éclairée des règles de preuve et l’abandon complet de ces règles. Comme le note le juge Binnie dans le contexte des droits issus de traités, « [i]l ne faut pas confondre les règles “généreuses” d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14). En particulier, la démarche de l’arrêt *Van der Peet* n’a pas pour effet d’augmenter la force probante de la preuve soumise à l’appui d’une revendication autochtone. La preuve

offered in any case, can run the gamut of cogency from the highly compelling to the highly dubious. Claims must still be established on the basis of persuasive evidence demonstrating their validity on the balance of probabilities. Placing “due weight” on the aboriginal perspective, or ensuring its supporting evidence an “equal footing” with more familiar forms of evidence, means precisely what these phrases suggest: equal and due treatment. While the evidence presented by aboriginal claimants should not be undervalued “simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case” (*Van der Peet, supra*, at para. 68), neither should it be artificially strained to carry more weight than it can reasonably support. If this is an obvious proposition, it must nonetheless be stated.

à l’appui des revendications autochtones, comme la preuve produite dans n’importe quelle affaire, peut couvrir toute la gamme des forces probantes, de la preuve hautement convaincante à la preuve hautement contestable. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d’une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités. Dire qu’il faut accorder « le poids qui convient » au point de vue autochtone ou s’assurer que la preuve à l’appui de ce point de vue est placée sur un « pied d’égalité » avec les types de preuve plus familiers, c’est précisément dire ce que cela veut dire : un traitement égal et approprié. Si la preuve des demandeurs autochtones ne devrait pas être sous-estimée « simplement parce [qu’elle] ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple » (*Van der Peet, précité*, par. 68), on ne devrait pas non plus la faire ployer artificiellement sous plus de poids que ce qu’elle peut raisonnablement étayer. Si cette proposition est évidente, il faut néanmoins l’énoncer.

40 With these principles in mind, I turn now to the consideration of whether the evidence offered in the present case in fact supports an aboriginal right to bring goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade.

(2) Does the Evidence Show an Ancestral Mohawk Practice of Trading North of the St. Lawrence River?

Compte tenu de ces principes, je me propose maintenant d’examiner si la preuve soumise en l’espèce étaye en fait un droit ancestral de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales.

(2) La preuve révèle-t-elle l’existence d’une pratique ancestrale mohawk de commerce au nord du Saint-Laurent?

41 While the ancestral home of the Mohawks lay in the Mohawk Valley of present-day New York State, the evidence establishes that, before the arrival of Europeans, they travelled north on occasion across the St. Lawrence River. We may assume they travelled with goods to sustain themselves. There was also ample evidence before McKeown J. to support his finding that trade was a central, distinguishing feature of the Iroquois in general and the Mohawks in particular. This evidence indicates the Mohawks were well situated for trade, and engaged in small-scale exchange with other First Nations. A critical question in this case, however, is whether these trading practices and northerly travel coincided prior to the arrival of

Bien que les terres ancestrales des Mohawks se situent dans la vallée des Mohawks de l’État actuel de New York, la preuve établit que, avant l’arrivée des Européens, ils traversaient parfois le fleuve Saint-Laurent pour voyager vers le nord. Nous pouvons supposer qu’ils voyageaient avec les marchandises nécessaires à leur subsistance. En outre, la preuve soumise au juge McKeown appuyait amplement sa conclusion que le commerce était une caractéristique principale et distinctive des Iroquois en général et des Mohawks en particulier. Cette preuve indique que les Mohawks étaient bien situés pour faire du commerce et qu’ils se livraient à des échanges de petite ampleur avec d’autres Premières nations. Toutefois, une question cruciale

Europeans; that is, does the evidence establish an ancestral Mohawk practice of transporting goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade? Only if this ancestral practice is established does it become necessary to determine whether it is an integral feature of Mohawk culture with continuity to the present day.

With respect, the trial judge's affirmative response to this question finds virtually no support in the evidentiary record. Indeed, McKeown J. concedes as much (at p. 44):

There is little direct evidence that the Mohawks, prior to the arrival of the Europeans, brought goods from their homeland and traded with other First Nations on the Canadian side of the boundary

Nonetheless, he goes on to state:

[H]owever, I am satisfied that Mohawk society is distinctive, that trade was an integral part of Mohawk tradition and that the Mohawks travelled freely across the border to expand trading territory and to obtain goods for the purposes of trade. . . . I find that the plaintiff and the Mohawks of Akwesasne have established an aboriginal right to pass and repass freely what is now the Canada-United States boundary with goods for personal and community use and for trade with other First Nations.

These statements are contradictory on two levels. First, the findings in the second statement do not lead logically to its conclusion: Mohawks travel across the border in attempts to expand trading territory through "commercially motivated warfare" (as it was called at trial (p. 33)) or to obtain goods for trade elsewhere simply does not address the question of whether goods were brought across the border for purposes of trade with First Nations to the north. On this question, McKeown J. was quite correct to state there exists "little direct evidence". This leads to the second contradiction: the inconsistency between this concession of little direct evidence and the finding of an aboriginal right. This is not to suggest that an aboriginal claim can

en l'espèce est de savoir si ces pratiques commerciales et ces voyages vers le nord coïncidaient avant l'arrivée des Européens; autrement dit, la preuve établit-elle une pratique ancestrale mohawk de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales? Ce n'est que si la pratique ancestrale est établie qu'il devient nécessaire de déterminer si elle est une caractéristique faisant partie intégrante de la culture mohawk qui s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui.

Avec égards, la réponse affirmative du juge de première instance à cette question est virtuellement dénuée d'appui en preuve. En fait, le juge McKeown le reconnaît également (au par. 177) :

On ne possède guère de preuves directes que, avant l'arrivée des Européens, les Mohawks amenaient, de leur territoire national, des marchandises afin de les échanger avec d'autres Premières nations habitant du côté canadien

Néanmoins, il poursuit :

[M]ais j'estime que les Mohawks constituent une société distincte, que le commerce faisait partie intégrante de leur tradition et qu'ils franchissaient librement la frontière afin d'élargir leur territoire commercial et afin de se procurer des marchandises qu'ils pourraient échanger [...] J'estime que le demandeur et les Mohawks d'Akwesasne ont établi l'existence d'un droit ancestral en vertu duquel ils peuvent passer et repasser librement l'actuelle frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire ainsi qu'à des échanges avec d'autres Premières nations.

Ces déclarations sont contradictoires à deux égards. Premièrement, les constatations dans la deuxième déclaration ne mènent pas logiquement à sa conclusion : le fait que les Mohawks traversaient la frontière afin d'élargir leur territoire commercial par des [TRADUCTION] « guerres déclenchées pour des motifs d'ordre commercial » (comme on les a appelées au procès (par. 119)) ou de se procurer ailleurs des marchandises destinées au commerce ne répond tout simplement pas à la question de savoir si des marchandises étaient transportées à travers la frontière à des fins d'échanges avec des Premières nations établies au nord. Sur ce point, le juge McKeown a tout à fait raison d'affirmer qu'il n'existe « guère de preuves

never be established on the basis of minimal evidence, direct or otherwise, provided it is sufficiently compelling and supports the conclusions reached. In this case, however, the “little direct evidence” relied upon by the trial judge is, at best, tenuous and scant, and is perhaps better characterized as an absence of even minimally cogent evidence. This conclusion seems inescapable after a review of the evidence upon which McKeown J. relied in support of his holding. In particular, McKeown J. relied upon archaeological evidence; the testimony of Chief Mitchell and Dr. Venables, a cultural historian; and post-contact Mohawk involvement in treaty-making and the fur trade.

43 The archaeological evidence consisted of two works, submitted by expert witnesses, purportedly documenting an historical north-south trade in copper and ceremonial knives, respectively. Sexton J.A., writing for the majority of the Federal Court of Appeal in upholding the trial judge’s finding of a cross-border trading right, placed significant emphasis on the former. He concluded at para. 50 that D. K. Richter’s book, *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization* (1992), demonstrated

that the Iroquois living in what is now the State of New York traded in copper which originated from the north shore of Lake Superior. Justice McKeown recognized that this was clear archaeological evidence of North-South trade across what is now the Canada-United States border.

44 This is, with respect, an overly generous interpretation of both the book and the trial judgment. The book merely states that plates of worked copper originating in the Great Lakes region were particularly prized as gifts by the members of the Five

directes ». Cela mène à la deuxième contradiction : l’incompatibilité entre l’absence reconnue de preuves directes et la conclusion à l’existence d’un droit ancestral. Cela ne signifie pas qu’une revendication autochtone ne peut jamais être établie à partir d’une preuve très limitée, directe ou autre, mais qu’il faut qu’elle soit suffisamment convaincante et qu’elle appuie les conclusions tirées. En l’espèce, toutefois, le peu de preuves directes sur lesquelles s’est fondé le juge de première instance constitue au mieux une preuve ténue et insuffisante, et le juge aurait peut-être dû parler d’absence de preuve convaincante même de façon minimale. Cette conclusion semble inévitable après examen de la preuve sur laquelle le juge McKeown a fondé sa conclusion. En particulier, le juge McKeown s’est appuyé sur des preuves archéologiques, sur les témoignages du chef Mitchell et de M. Venables, un historien de la culture, et sur la participation des Mohawks à la conclusion de traités et au commerce de fourrure après le contact avec les Européens.

La preuve archéologique consistait en deux ouvrages, qu’ont soumis des témoins experts, censés documenter un commerce historique nord-sud de cuivre et de couteaux rituels, respectivement. Le juge Sexton, au nom de la majorité en Cour d’appel fédérale, accorde beaucoup d’importance au premier lorsqu’il confirme la conclusion du juge de première instance sur le droit de faire le commerce transfrontalier. Il conclut au par. 50 que l’ouvrage de D. K. Richter, *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization* (1992), démontre que

les Iroquois vivant sur le territoire qui est maintenant l’État de New York faisaient le troc du cuivre provenant de la rive nord du lac Supérieur. Le juge McKeown y voit la preuve archéologique concluante du commerce nord-sud à travers ce qui est maintenant la frontière entre le Canada et les États-Unis.

Cela constitue, avec égards, une interprétation trop large de cet ouvrage et du jugement de première instance. L’ouvrage dit simplement que les objets de cuivre œuvrés provenant de la région des Grands Lacs étaient particulièrement prisés par les

Nations Confederacy (Richter, *supra*, at p. 28). It indicates that this copper originated to the north of the Mohawk Valley, not that the Mohawks obtained this copper through direct trading with their northern neighbours. Indeed, Richter's book confirms that long-distance Mohawk trade, at least at the time of contact, fell along an east-west axis. The Mohawks traded with the Wenros and Neutrals to the west (in the Niagra Region, south of the Great Lakes) and the Mohicans in the east, but not with their enemies in the disputed territory to the north. Richter contends that warfare between the Five Nations and their northern neighbours precluded the possibility of trade (at pp. 28-29):

The lack of any need for large-scale trade helps explain not just the isolationism of Five Nations villages from each other and outsiders but their wars with such sixteenth-century neighbors as the Hurons, the Susquehannocks, the Algonquins, and the St. Lawrence Iroquoians. Because relationships among people rested on the alliances of spiritual power that came from reciprocity, a *lack of reciprocity, as epitomized by the absence of trading relationships*, could easily lead to a presumption of hostility. Just as a shaman or an other-than-human person could be expected to wreak havoc when denied respect and reciprocity, so too could people of another village with whom no exchange relationships existed. [Underlining added; italics in original.]

Richter then proceeds to note that the opposite dynamic prevailed where trading occurred between nations: reciprocal trade facilitated and signified peaceful relations between communities. In a passage not quoted by McKeown J., Richter concludes that the copper plates, originating in the Great Lakes region and prized by the Confederacy for their spiritual power, were obtained indirectly along the east-west trade axis, not directly from the north as implied by the trial judge and asserted by the Court of Appeal (at p. 29):

[A]mong the few neighboring peoples with whom all of the autonomous villages of the Five Nations seem to

membres de la Confédération des Cinq Nations comme cadeaux (Richter, *op. cit.*, p. 28). Il indique que le cuivre provenait du nord de la vallée des Mohawks, non pas que les Mohawks obtenaient ce cuivre par un commerce direct avec leurs voisins du nord. En réalité, l'ouvrage de Richter confirme que le commerce lointain pratiqué par les Mohawks, tout au moins au moment du contact avec les Européens, suivait un axe est-ouest. Les Mohawks commerçaient avec les Wenros et les Neutrals à l'ouest (dans la région du Niagara et au sud des Grands Lacs) et avec les Mohicans à l'est, mais pas avec leurs ennemis établis sur le territoire contesté au nord. Selon Richter, l'état de guerre entre les Cinq Nations et leurs voisins du nord empêchait tout commerce entre eux (aux p. 28-29) :

[TRADUCTION] Le fait que le grand commerce n'était pas nécessaire aide à expliquer non seulement l'isolationnisme des villages des Cinq Nations entre eux et avec les étrangers, mais aussi les guerres avec leurs voisins du seizième siècle, comme les Hurons, les Susquehannocks, les Algonquins et les Iroquois du fleuve Saint-Laurent. Comme les rapports entre les peuples reposaient sur les alliances de l'autorité spirituelle, découlant de la réciprocité, une *absence de réciprocité illustrée par une absence de rapports commerciaux*, pouvait très bien mener à une présomption d'hostilité. De même qu'on pouvait craindre qu'un chaman ou un être non-humain fasse de grands ravages si on lui refusait respect et réciprocité, on pouvait s'attendre à ce que les habitants d'un autre village avec lesquels il n'y avait aucun échange en fissent autant. [Je souligne; italiques dans l'original.]

Richter note ensuite que la dynamique contraire dominait lorsque les nations commerçaient entre elles : la réciprocité des échanges facilitait et impliquait des rapports pacifiques entre les communautés. Dans un passage que n'a pas cité le juge McKeown, Richter conclut que les objets de cuivre, venant de la région des Grands Lacs et prisés par la Confédération pour leur pouvoir spirituel, étaient obtenus indirectement le long de l'axe commercial est-ouest, et non pas directement du nord, comme le laisse entendre le juge de première instance et l'affirme la Cour d'appel (à la p. 29) :

[TRADUCTION] [P]armi les quelques voisins avec lesquels tous les villages autonomes des Cinq Nations sem-

have been regularly at peace during the period when Europeans first arrived on the Turtle's Back were the Neutrals and Wenros to the west and the Mahicans and River Indians to the east. Each sat astride routes to the sources of exotic commodities associated with spiritual power that were not available in the homelands of the Five Nations: Great Lakes copper and other minerals linked with spiritual power came from beyond the country of the Neutrals and Wenros, and shell beads arrived from the coast of Long Island Sound presumably by way of the Mahicans and River Indians. [Emphasis added.]

blent avoir été habituellement en paix quand les Européens sont arrivés sur le dos de la Tortue, il y avait les Neutrals et les Wenros, à l'ouest, et les Mahicans et les River Indians à l'est. Ils étaient situés sur des routes menant aux sources de marchandises exotiques associées au pouvoir spirituel, qui n'étaient pas accessibles sur les terres des Cinq Nations : le cuivre des Grands Lacs et d'autres minéraux liés au pouvoir spirituel venaient d'au-delà le territoire des Neutrals et des Wenros, et les perles de coquillages arrivaient de la côte de Long Island, probablement par l'entremise des Mahicans et des River Indians. [Je souligne.]

46 Consequently, while Richter's book may support the pre-contact existence of north-south trade routes, it refutes the direct involvement of the Mohawks in this trade. This is a significant fact, given the reliance by the trial judge on this evidence in concluding the aboriginal right was established, and in rejecting the testimony of the appellant's expert witness, Dr. von Gernet, to the effect that he had "yet to find a single archeological site anywhere in Ontario dating to the prehistoric, the protohistoric or the early historical period which has in any way ever been associated with the Mohawks" (p. 30).

En conséquence, s'il confirme l'existence de routes commerciales nord-sud avant le contact avec les Européens, Richter réfute la participation directe des Mohawks dans ce commerce. Il s'agit d'un fait important parce que le juge de première instance s'est appuyé sur cette preuve pour conclure que l'existence du droit ancestral avait été établie et pour rejeter le témoignage du témoin expert de l'appelant, M. von Gernet, selon lequel il n'avait [TRADUCTION] « pas encore trouvé, en Ontario, un seul site archéologique remontant à la période préhistorique, protohistorique ou au début de la période historique [qu'il] puisse relier d'une manière ou une autre aux Mohawks » (par. 109).

47 The second item of archaeological evidence relates to an alleged trade in chalcedony ceremonial knives, raised by the claimant's expert witness, Dr. Venables, on the basis of W. A. Ritchie's *The Archaeology of New York State* (rev. ed. 1980). Again, Ritchie describes the Iroquois trade networks as falling "chiefly westward toward the Upper Great Lakes, where also the strongest cultural ties are found" (p. 196 (emphasis added)). The only evidence of northerly trade is found in a single "smoky chalcedony ceremonial (?) knife," from which Ritchie postulates a potential trade route "evidently to the north in Quebec" (p. 196) established somewhere between 3000 B.C. and 300 B.C. This evidence, standing alone, can hardly be called compelling.

Le deuxième élément de preuve archéologique se rapporte à l'existence alléguée d'un commerce de couteaux rituels de calcédoine, mentionné par le témoin expert du demandeur, M. Venables, sur le fondement d'un ouvrage de W. A. Ritchie, *The Archaeology of New York State* (éd. rév. 1980). Là encore, Ritchie décrit les réseaux commerciaux iroquois comme allant [TRADUCTION] « surtout, vers l'ouest, en direction de la région supérieure des Grands Lacs, où l'on trouve les liens culturels les plus forts » (p. 196 (je souligne)). La seule preuve de commerce vers le nord se trouve dans un simple [TRADUCTION] « couteau rituel (?) en calcédoine » suscitant chez Ritchie l'hypothèse de l'existence possible d'une route commerciale « au nord vers le Québec, semble-t-il » (p. 196) établie entre 3 000 et 300 ans avant notre ère. Cette preuve, en soi, peut difficilement être qualifiée de convaincante.

48 The trial judge preferred the evidence of Dr. Venables and Chief Mitchell where it con-

Le juge de première instance a préféré les témoignages de M. Venables et du chef Mitchell quand

flicted with that of Dr. von Gernet. He properly admitted the testimony of Chief Mitchell relaying the oral history of his people, correctly stating, in accordance with *Van der Peet*, that the weight he accorded “to oral history and to documentary evidence does not depend on the form in which the evidence was presented to the court” (p. 25). However, Chief Mitchell did not discuss Mohawk trading activity north of the St. Lawrence River. Referring to Akwesasne, he simply stated that “[a]ccording to our traditions it had always been one of our areas where we did all our planting, we did our fishing and we did our hunting”. Dr. Venables testimony was equally limited. He referred to extensive trade between the Mohawks and their Iroquois confederates to the west, but did not identify any direct evidence of trade to the north. Dr. Venables cited the works by Richter and Ritchie but, as discussed above, the latter offers only the most tenuous support for northerly trade and the former, if anything, refutes the existence of such trade during the time preceding contact. Dr. Venables also referred to the *Historical Atlas of Canada*, but the trial judge found at p. 29 that this text “does not demonstrate cross-border trade by the Mohawks”.

Finally, the trial judge relied on post-contact Mohawk activity as proof of continuity with pre-contact practices, an adaptation of the rules of evidence approved in *Van der Peet*. He found it “particularly noteworthy that the early treaties entered into by the Mohawks and other Iroquois were largely concerned with trade” (p. 43). None of these early treaties, however, support a reasonable inference of pre-contact cross-river trade. For example, the trial judge relied on a 1645 treaty between the Hurons, French and Mohawks. The Mohawks had defeated the Hurons (allies of the French) and now sought to restrict their trade and travel through the peace treaty, to their own benefit. Dr. Venables interpreted the Mohawk negotiator’s speech at the treaty conference as demonstrating the integrity of trade to Mohawk culture. The Mohawk negotiator did not actually refer to pre-

ils étaient en conflit avec celui de M. von Gernet. Il a admis en preuve à bon droit le témoignage dans lequel le chef Mitchell relatait l’histoire orale de son peuple, affirmant à juste titre, conformément à *Van der Peet*, que la valeur probante qu’il accorde « à l’histoire orale et à la preuve documentaire ne dépend pas de la forme sous laquelle elle est présentée à la Cour » (par. 94). Cependant, le chef Mitchell n’a pas traité des activités commerciales des Mohawks au nord du Saint-Laurent. Parlant d’Akwesasne, il a simplement affirmé que [TRADUCTION] « [c]onformément à nos traditions, cela a toujours été l’une de nos zones de plantation, de chasse et de pêche ». Le témoignage de M. Venables est tout aussi limité. Il parle d’un commerce important entre les Mohawks et les membres de la Confédération iroquoise vers l’ouest, mais ne mentionne aucune preuve directe de commerce vers le nord. Monsieur Venables cite les ouvrages de Richter et de Ritchie, mais comme nous l’avons vu, l’ouvrage de Ritchie n’appuie que de façon très ténue l’existence d’un commerce vers le nord tandis que celui de Richter réfute l’existence d’un tel commerce avant le contact avec les Européens. Monsieur Venables mentionne aussi le *Historical Atlas of Canada*, mais le juge de première instance conclut que ce texte « ne permet pas d’établir que les Mohawks se livraient à un commerce transfrontalier » (par. 106).

Enfin, le juge de première instance, adaptant les règles de preuve approuvées dans *Van der Peet*, se fonde sur les activités des Mohawks après le contact avec les Européens comme preuve de la continuité avec les pratiques antérieures au contact. Il lui semble « particulièrement significatif que les premiers traités conclus par les Mohawks et les autres peuples iroquois portaient principalement sur le commerce » (par. 175). Aucun de ces premiers traités, toutefois, ne permet d’en déduire raisonnablement l’existence d’un commerce au-delà du fleuve avant le contact avec les Européens. Par exemple, le juge de première instance se fonde sur un traité de 1645 entre les Hurons, les Français et les Mohawks. Les Mohawks avaient battu les Hurons (alliés des Français) et cherchaient alors à restreindre, à leur profit, leur commerce et leurs déplacements au moyen du traité de paix.

existing trade, nor did Dr. Venables claim he had. The Mohawks had warred against the Hurons and Algonquins for years. While the treaty might suggest the existence of trade during the uneasy year of peace before it was broken, it offers no evidence of pre-contact trade across the St. Lawrence River.

Monsieur Venables interprète le discours du négociateur mohawk à la conférence relative au traité comme démontrant que le commerce faisait partie intégrante de la culture mohawk. Le négociateur mohawk n'a pas réellement parlé de commerce antérieur et M. Venables ne dit pas qu'il l'a fait. Les Mohawks étaient en guerre contre les Hurons et les Algonquins depuis des années. Bien qu'il puisse indiquer l'existence d'un commerce pendant cette année difficile de paix avant la reprise des hostilités, le traité ne prouve en rien l'existence d'un commerce au-delà du Saint-Laurent avant le contact avec les Européens.

50 The trial judge also relied on evidence of Mohawk participation in the Montreal-Albany fur trade as suggesting pre-contact trade along a northerly route. He rejected the assertion that this fur trade activity arose solely in response to the arrival of Europeans, reasoning that "it seems highly unlikely that the Mohawks would start trading immediately upon the arrival of the Europeans if they had not been involved in some prior trade" (p. 39). In his view, "a north-south trade existed prior to the European presence and after the arrival of the Europeans, the trade was expanded to include furs" (p. 37). While this inference may indeed be drawn from the evidence, it is drawn in the absence of any other evidence — oral or documentary, aboriginal or settler, direct or otherwise — substantiating the existence of this pre-contact trade route. It cannot carry much force.

Le juge de première instance se fonde aussi sur des preuves de la participation des Mohawks au commerce de fourrure entre Montréal et Albany comme indiquant l'existence d'un commerce vers le nord avant le contact avec les Européens. Il rejette l'affirmation selon laquelle cette activité de commerce de fourrure résultait uniquement de l'arrivée des Européens, expliquant qu'« il semble hautement improbable que les Mohawks auraient commencé à commercer dès l'arrivée des Européens s'ils ne s'étaient livré à aucun commerce auparavant » (par. 154). À son avis, « un commerce nord-sud existait avant l'arrivée des Européens et [. . .], après l'arrivée de ces derniers, le commerce s'est développé afin d'englober la fourrure » (par. 142). Bien que ce soit une inférence possible, cette conclusion ne s'appuie sur aucun autre élément de preuve — oral ou documentaire, autochtone ou non autochtone, direct ou autre — confirmant l'existence de cette route commerciale avant le contact avec les Européens. Elle ne peut pas avoir beaucoup de poids.

51 As discussed in the previous section, claims must be proven on the basis of cogent evidence establishing their validity on the balance of probabilities. Sparse, doubtful and equivocal evidence cannot serve as the foundation for a successful claim. With respect, this is exactly what has occurred in the present case. The contradiction between McKeown J.'s statement that little direct evidence supports a cross-river trading right and his conclusion that such a right exists suggests the application of a very relaxed standard of proof (or,

Comme le mentionne la section précédente, le bien-fondé d'une revendication doit être établi sur la base de preuves convaincantes selon la prépondérance des probabilités. Des preuves éparses, incertaines et équivoques ne peuvent établir le bien-fondé d'une revendication. Avec égards, c'est exactement ce qui s'est passé en l'espèce. La contradiction entre la déclaration du juge McKeown selon laquelle il n'y a guère de preuves directes de l'existence d'un droit de commercer à travers le fleuve et sa conclusion selon laquelle ce droit

perhaps more accurately, an unreasonably generous weighing of tenuous evidence). The *Van der Peet* approach, while mandating the equal and due treatment of evidence supporting aboriginal claims, does not bolster or enhance the cogency of this evidence. The relevant evidence in this case — a single knife, treaties that make no reference to pre-existing trade, and the mere fact of Mohawk involvement in the fur trade — can only support the conclusion reached by the trial judge if strained beyond the weight they can reasonably hold. Such a result is not contemplated by *Van der Peet* or s. 35(1). While appellate courts grant considerable deference to findings of fact made by trial judges, I am satisfied that the findings in the present case represent a “palpable and overriding error” warranting the substitution of a different result (*Delgamuukw, supra*, at paras. 78-80). I conclude that the claimant has not established an ancestral practice of transporting goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade.

This holding should not be read as imposing upon aboriginal claimants the “next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of their community” (*Van der Peet, supra*, at para. 62). McKeown J. correctly observed that indisputable evidence is not required to establish an aboriginal right (p. 20). Neither must the claim be established on the basis of direct evidence of pre-contact practices, customs and traditions, which is inevitably scarce. Either requirement would “preclude in practice any successful claim for the existence” of an aboriginal right (*Van der Peet, supra*, at para. 62). My conclusion, rather, is premised on the distinction between sensitively applying evidentiary principles and straining these principles beyond reason. In *Adams, supra*, this Court recognized a Mohawk right to fish on the St. Lawrence River, but this was on the basis of evidence that “clearly demonstrated” (para. 46 (emphasis added)) that fishing for subsistence in the area constituted a significant aspect of

existe, semble indiquer une norme de preuve très souple (ou peut-être, plus exactement, une appréciation déraisonnablement libérale d’une preuve ténue). La démarche de l’arrêt *Van der Peet* exige un traitement égal et approprié des preuves étayant des revendications autochtones, mais ne permet pas pour autant de renforcer ou de rehausser la valeur probante de ces preuves. La preuve pertinente en l’espèce — un seul couteau, des traités qui ne font pas mention d’un commerce antérieur et le simple fait de la participation des Mohawks au commerce de fourrure — ne peut étayer la conclusion du juge de première instance que si on lui donne plus de poids que ce qu’elle peut raisonnablement soutenir. Ni *Van der Peet* ni le par. 35(1) n’envisagent un tel résultat. Si les cours d’appel doivent s’en remettre largement aux conclusions de fait des juges de première instance, je suis convaincue que ces conclusions en l’espèce constituent une « erreur manifeste et dominante » justifiant de leur substituer d’autres conclusions (*Delgamuukw, précité*, par. 78-80). Je conclus que le demandeur n’a pas établi l’existence d’une pratique ancestrale de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales.

Cette conclusion ne devrait pas être interprétée comme imposant à un demandeur autochtone la « tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l’époque antérieure au contact avec les Européens » (*Van der Peet, précité*, par. 62). Le juge McKeown note à juste titre qu’il n’est pas nécessaire de produire des éléments de preuve incontestables pour établir l’existence d’un droit ancestral (par. 72). La revendication n’a pas non plus à être établie sur la base de preuves directes de pratiques, coutumes et traditions datant d’avant le contact avec les Européens, qui sont inévitablement rares. L’une ou l’autre de ces exigences « dans la pratique, vouerait à l’échec toute revendication de l’existence » d’un droit ancestral (*Van der Peet, précité*, par. 62). Ma conclusion repose plutôt sur la distinction entre une application éclairée des principes de preuve et leur extension déraisonnable. Dans *Adams, précité*, notre Cour reconnaît un droit mohawk de pêcher sur le Saint-Laurent, mais

Mohawk life at the time of contact. Similarly, the recognition in *Gladstone* of an aboriginal right to engage in the commercial trade of herring spawn was founded firmly on an indisputable historical and anthropological record that “readily bear[s] this out” (para. 26), complemented by written documentation by European observers of such intertribal trade at the time of contact (paras. 26-27). This Court concluded that the claimant had “provided clear evidence from which it can be inferred that, prior to contact, Heiltsuk society was, in significant part, based on such trade” (para. 28 (emphasis added)). Here, no such “clear evidence” of a trading practice north of St. Lawrence River exists and no comparable inference can be drawn.

elle se fonde sur une preuve qui « démontre clairement » (par. 46 (je souligne)) que la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans la zone en question constituait un aspect important de la vie des Mohawks au moment du contact avec les Européens. De même, la reconnaissance dans *Gladstone* d’un droit ancestral de faire le commerce de la rogue de hareng s’appuie fermement sur des sources historiques et anthropologiques incontestables qui attestent de la « réalité » de ce droit (par. 26), accompagnées par les écrits d’observateurs européens sur ces échanges avec d’autres tribus au moment du contact avec les Européens (par. 26-27). Notre Cour conclut que le demandeur a « fourni une preuve claire, qui permet d’inférer que, avant le contact avec les Européens, la société heiltsuk comptait, dans une large mesure, sur ce type d’échanges » (par. 28 (je souligne)). En l’espèce, il n’y a pas de « preuve claire » de la pratique du commerce au nord du fleuve Saint-Laurent et on ne peut tirer de conclusion comparable.

53

In view of the paucity of evidence of Mohawk trade north of the St. Lawrence River, I need not consider the argument that, even if it were established, any Mohawk trading right should be characterized as inherently subject to border controls, tolls and duties imposed by other peoples, as recognized by ancestral aboriginal custom.

Compte tenu de l’insuffisance de la preuve d’un commerce mohawk au nord du Saint-Laurent, je n’ai pas besoin d’examiner l’argument selon lequel, même si le droit des Mohawks de commercer était établi, ce droit devrait être caractérisé comme étant intrinsèquement soumis aux contrôles, redevances et droits frontaliers imposés par d’autres personnes, tel que le reconnaît la coutume ancestrale autochtone.

(3) Does the Evidence Establish that the Alleged Practice of Trading Across the St. Lawrence River Was Integral to Mohawk Culture and Continuous to the Present Day?

(3) La preuve établit-elle que la pratique alléguée d’un commerce à travers le Saint-Laurent faisait partie intégrante de la culture mohawk et s’est poursuivie jusqu’à aujourd’hui?

54

Even if deference were granted to the trial judge’s finding of pre-contact trade relations between the Mohawks and First Nations north of the St. Lawrence River, the evidence does not establish this northerly trade as a defining feature of the Mohawk culture. As discussed earlier, the *Van der Peet* test identifies as aboriginal rights only those activities that represent “an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right” (para. 46 (emphasis added)). It is therefore

Même si l’on déférait à la conclusion du juge de première instance qu’il existait des relations commerciales entre les Mohawks et les Premières nations au nord du Saint-Laurent avant le contact avec les Européens, la preuve n’établit pas que ce commerce vers le nord est une caractéristique déterminante de la culture mohawk. Comme nous l’avons vu, le critère de l’arrêt *Van der Peet* qualifie de droits ancestraux uniquement les activités qui représentent « un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la cul-

incumbent upon Chief Mitchell in this case to demonstrate not only that personal and community goods were transported across the St. Lawrence River for trade purposes prior to contact, but also that this practice is integral to the Mohawk people.

The importance of trade — in and of itself — to Mohawk culture is not determinative of the issue. It is necessary on the facts of this case to demonstrate the integrality of this practice to the Mohawk in the specific geographical region in which it is alleged to have been exercised (i.e., north of the St. Lawrence River), rather than in the abstract. This Court has frequently considered the geographical reach of a claimed right in assessing its centrality to the aboriginal culture claiming it. For example, in recognizing a constitutionally protected Mohawk fishing right in *Adams, supra*, the majority of this Court framed the *Van der Peet* test as follows (at para. 34):

The appellant argues that the Mohawks have an aboriginal right to fish in Lake St. Francis. In order to succeed in this argument the appellant must demonstrate that, pursuant to the test laid out by this Court in *Van der Peet*, fishing in Lake St. Francis was “an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture” of the Mohawks. [Emphasis added.]

The majority, in assessing the integrality of this practice to the Mohawks in *Adams*, consistently tied the claimed right to the specific area at issue — the region of Lake St. Francis (see paras. 37 and 45). *Côté, supra*, similarly emphasized that it is the exercise of the claimed right in a specific geographical area that must be integral (paras. 41-78). In that case, the Court stated that “[a]n aboriginal practice, custom or tradition entitled to protection as an aboriginal right will frequently be limited to a specific territory or location, depending on the actual pattern of exercise of such an activity prior to contact” (para. 39).

ture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question » (par. 46 (je souligne)). Il incombe donc au chef Mitchell en l’espèce de démontrer non seulement qu’avant le contact avec les Européens des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire étaient transportées à travers le fleuve Saint-Laurent à des fins commerciales, mais aussi que cette pratique fait partie intégrante de la culture mohawk.

L’importance du commerce en soi pour la culture mohawk n’est pas déterminante sur ce point. Il faut démontrer, vu les faits de l’espèce, que cette pratique fait partie intégrante de la culture mohawk dans la région géographique précise où l’on dit qu’elle a été exercée (c.-à-d. au nord du Saint-Laurent), plutôt que dans l’abstrait. Notre Cour a fréquemment tenu compte de la portée géographique du droit revendiqué pour déterminer s’il était au cœur de la culture autochtone qui le revendiquait. Par exemple, en reconnaissant un droit de pêche mohawk protégé par la Constitution dans *Adams*, précité, la Cour formule le critère de l’arrêt *Van der Peet* comme suit (au par. 34) :

Ce dernier [l’appelant] soutient que les Mohawks possèdent un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François. Pour que cet argument soit retenu, l’appelant doit démontrer, conformément au critère énoncé par notre Cour dans *Van der Peet*, que la pêche dans le lac Saint-François est «un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive» des Mohawks. [Je souligne.]

Lorsqu’elle détermine dans *Adams* si cette pratique fait partie intégrante de la culture mohawk, la majorité lie invariablement le droit revendiqué à la région précise en cause — la région du lac Saint-François (voir les par. 37 et 45). Dans *Côté*, précité, la Cour souligne de même que c’est l’exercice du droit revendiqué dans une région géographique précise qui doit faire partie intégrante de la culture mohawk (par. 41-78). Dans cette affaire, la Cour déclare « [qu’u]ne coutume, pratique ou tradition autochtone valant d’être protégée en tant que droit ancestral se limitera fréquemment à un endroit ou territoire spécifique, compte tenu de la façon dont elle était concrètement exercée avant le contact avec les Européens » (par. 39).

56

Thus, geographical considerations are clearly relevant to the determination of whether an activity is integral in at least some cases, most notably where the activity is intrinsically linked to specific tracts of land. However, as Lamer C.J. observed in *Delgamuukw*, “aboriginal rights . . . fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land” (para. 138). In this regard, I note that the relevance of geography is much clearer in hunting and fishing cases such as *Adams* and *Côté*, which involve activities inherently tied to the land, than it is in relation to more free-ranging rights, such as a general right to trade, which fall on the opposite end of the spectrum. General trading rights lack an inherent connection to a specific tract of land. Thus, geography was not a relevant factor in the aboriginal rights trilogy of *Van der Peet*, *supra*, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *Gladstone*, *supra*, all cases involving claimed rights of exchange or trade. The claimants in these cases were only required to demonstrate the integrality of the claimed trading practice in general, rather than in relation to a specific region. Moreover, in *Gladstone*, where the Heiltsuk successfully established an aboriginal right to engage in the commercial trade of herring spawn on kelp, the Court did not confine the scope of this trade to its historical reach. Such a restriction would unduly cement the right in its pre-contact form and frustrate its modern exercise, contrary to the principles set out in *Van der Peet*. Consequently, trading rights will seldom attract geographical restrictions.

57

In the present case, however, the right to trade is only one aspect, and perhaps a peripheral one, of the broader claim advanced by Chief Mitchell: the right to convey goods across an international boundary for the purposes of trade. For this reason, Chief Mitchell’s claim cannot simply be equated with the claims in the aboriginal rights trilogy as

Ainsi, les considérations géographiques sont clairement pertinentes pour déterminer si une activité fait partie intégrante d’une culture dans certains cas au moins, plus particulièrement lorsque l’activité visée est intrinsèquement liée à certaines étendues de territoire. Toutefois, comme le note le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, précité, « les droits ancestraux [. . .] s’étalent le long d’un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé » (par. 138). À cet égard, je note que la pertinence des considérations géographiques est beaucoup plus claire dans les cas de chasse et de pêche, comme *Adams* et *Côté*, qui mettent en jeu des activités intrinsèquement liées au territoire, que dans les cas de droits dont la portée est plus étendue, comme le droit général de commercer, qui se trouve à l’autre extrême. Les droits généraux de commercer n’ont pas de lien intrinsèque avec une étendue précise de territoire. Ainsi, les facteurs géographiques n’étaient pas pertinents dans la trilogie sur les droits ancestraux, *Van der Peet*, précité, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *Gladstone*, précité, qui concernaient tous des revendications de droits d’échanges ou de commerce. Les demandeurs dans ces affaires étaient tenus d’établir uniquement que la pratique commerciale alléguée faisait partie intégrante de la culture en général, plutôt que relativement à une région précise. En outre, dans *Gladstone*, où les Heiltsuk ont réussi à établir l’existence d’un droit ancestral de faire le commerce de la roque de hareng sur varech, la Cour n’a pas limité la portée de ces échanges à leur portée historique. Une telle restriction figerait indûment le droit dans sa forme antérieure au contact avec les Européens et empêcherait son exercice moderne, contrairement aux principes de l’arrêt *Van der Peet*. En conséquence, les droits de commerce feront rarement l’objet de restrictions géographiques.

En l’espèce, toutefois, le droit de commercer est un aspect seulement, et peut-être un aspect marginal, de la revendication plus générale du chef Mitchell : le droit de transporter des marchandises à travers une frontière internationale à des fins commerciales. Pour ce motif, la revendication du chef Mitchell ne peut pas être assimilée simple-

involving a broad “right to trade”. This distinction is manifest in the contrasting manners in which the claimed rights are framed in these cases, pursuant to the *Van der Peet* factors.

In the present case, unlike past trading cases, all three *Van der Peet* touchstones resonate with considerations of geography. The action giving rise to the case is Chief Mitchell arriving at the Cornwall International Bridge and claiming a right to cross this international boundary with goods for trade. Absent a border, this case would not be before the Court. Similarly, the government restriction alleged to infringe the right arises from provisions of the *Customs Act* regulating the importation of goods. Unlike the provisions implicated in the aboriginal rights trilogy, the *Customs Act* is fundamentally concerned with the geographical origins and destinations of goods. The ancestral practice relied upon in support of the right, while argued broadly, also involved allegations of an historical trade route north across the St. Lawrence River. Chief Mitchell’s characterization of his claim, while not determinative, reflects the undeniable geographical element of the claim: he asserts the right to enter Canada from the United States with personal and community goods, without paying customs and other duties, for trade with First Nations.

Ultimately, the characterization of the claimed right in this case, as in *Adams* and *Côté*, imports a necessary geographical element, and its integrality to the Mohawk culture should be assessed on this basis. By contrast, geographical considerations were irrelevant to the framing of the claimed trading right in the aboriginal rights trilogy, and were therefore equally irrelevant to whether the claimed trade constituted a defining feature of the cultures in question and the scope of the right if success-

ment aux revendications en cause dans la trilogie sur les droits ancestraux, comme visant un « droit de commerce » général. Cette distinction est manifeste dans la formulation très différente des droits revendiqués dans ces affaires, selon les facteurs énoncés dans l’arrêt *Van der Peet*.

À la différence des affaires antérieures en matière de commerce, les trois pierres de touche selon l’arrêt *Van der Peet* évoquent en l’espèce des considérations géographiques. L’acte qui a donné lieu au litige est l’arrivée du chef Mitchell au pont international de Cornwall et sa revendication du droit de traverser cette frontière internationale avec des marchandises pour usage commercial. S’il ne s’agissait pas de frontière, la Cour ne serait pas saisie de l’affaire. De même, la mesure gouvernementale que l’on dit restreindre le droit en cause découle de dispositions de la *Loi sur les douanes* régissant l’importation de marchandises. Contrairement aux dispositions en cause dans la trilogie sur les droits ancestraux, la *Loi sur les douanes* porte fondamentalement sur les origines géographiques et la destination des marchandises. La pratique ancestrale invoquée à l’appui du droit, bien que débattue en termes généraux, a donné lieu à des allégations relatives à l’existence d’une route commerciale historique vers le nord traversant le Saint-Laurent. La façon dont le chef Mitchell caractérise sa revendication, bien qu’elle ne soit pas déterminante, reflète l’élément géographique indéniable de la revendication : il revendique le droit d’entrer au Canada en provenance des États-Unis avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane ou autre, pour commercer avec des Premières nations.

En fin de compte, la caractérisation du droit revendiqué en l’espèce, comme dans *Adams* et *Côté*, comporte nécessairement un élément géographique, et c’est sur cette base qu’il faut déterminer si ce droit fait partie intégrante de la culture mohawk. En revanche, les considérations géographiques n’avaient aucune pertinence dans la formulation du droit de commercer revendiqué dans la trilogie sur les droits ancestraux, et étaient donc également sans pertinence pour déterminer si le

fully established. In this manner, the *Van der Peet* approach to characterizing the claimed right will generally determine when — and to what extent — geographical considerations are relevant to the claim.

commerce allégué constituait une caractéristique déterminante des cultures en question et pour établir la portée du droit en question si on réussissait à prouver son existence. De cette manière, la démarche de l'arrêt *Van der Peet* pour caractériser le droit revendiqué permettra généralement de déterminer si — et dans quelle mesure — les considérations géographiques sont pertinentes quant à la revendication.

60 The claimed right in the present case implicates an international boundary and, consequently, imports a geographical element into the inquiry. Instead of asking whether the right to trade — in the abstract — is integral to the Mohawk people, this Court must ask whether the right to trade across the St. Lawrence River is integral to the Mohawks. The evidence establishes that it is not. Even if the trial judge's generous interpretation of the evidence were accepted, it discloses negligible transportation and trade of goods by the Mohawks north of the St. Lawrence River prior to contact. If the Mohawks did transport trade goods across the St. Lawrence River for trade, such occasions were few and far between. Certainly it cannot be said that the Mohawk culture would have been "fundamentally altered" without this trade, in the language of *Van der Peet, supra*, at para. 59. It was not vital to the Mohawks' collective identity. It was not something that "truly made the society what it was" (*Van der Peet*, at para. 55 (emphasis in original)). Participation in northerly trade was therefore not a practice integral to the distinctive culture of the Mohawk people. It follows that no aboriginal right to bring goods across the border for the purposes of trade has been established.

Le droit revendiqué en l'espèce met en jeu une frontière internationale et importe donc un élément géographique à l'analyse. Plutôt que de se demander si le droit de commercer — dans l'abstrait — fait partie intégrante de la culture mohawk, notre Cour doit se demander si le droit de commercer à travers le Saint-Laurent fait partie intégrante de la culture mohawk. La preuve indique que ce n'est pas le cas. Même si l'interprétation libérale du juge de première instance était acceptée, la preuve révèle l'importance négligeable du transport et du commerce de marchandises par les Mohawks au nord du Saint-Laurent, avant le contact avec les Européens. Si les Mohawks transportaient des marchandises de l'autre côté du Saint-Laurent à des fins commerciales, ils le faisaient rarement. De toute évidence, on ne peut pas dire que la culture mohawk aurait été « fondamentalement modifiée » sans ce commerce, pour reprendre les termes de l'arrêt *Van der Peet*, précité, par. 59. Il n'était pas vital pour l'identité collective des Mohawks. Ce n'était pas quelque chose qui « véritablement faisait de la société ce qu'elle était » *Van der Peet* (par. 55 (souligné dans l'original)). La participation à un commerce vers le nord ne constituait donc pas une pratique qui faisait partie intégrante de la culture distinctive mohawk. Il s'ensuit qu'on n'a pas établi l'existence d'un droit ancestral de rapporter des marchandises acquises à travers la frontière à des fins commerciales.

D. *Is the Claimed Right Barred from Recognition as Inconsistent with Crown Sovereignty?*

D. *La reconnaissance du droit revendiqué est-elle interdite en raison de son incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne?*

61 The conclusion that the right claimed is not established on the evidence suffices to dispose of this appeal. I add a note, however, on the government's contention that s. 35(1) of the *Constitution*

La conclusion selon laquelle la preuve n'établit pas l'existence du droit revendiqué suffit pour statuer sur le pourvoi. J'ajoute cependant quelques observations sur l'argument du gouvernement

Act, 1982 extends constitutional protection only to those aboriginal practices, customs and traditions that are compatible with the historical and modern exercise of Crown sovereignty. Pursuant to this argument, any Mohawk practice of cross-border trade, even if established on the evidence, would be barred from recognition under s. 35(1) as incompatible with the Crown's sovereign interest in regulating its borders.

This argument finds its source in the doctrine of continuity, which governed the absorption of aboriginal laws and customs into the new legal regime upon the assertion of Crown sovereignty over the region. As discussed above, this incorporation of local laws and customs into the common law was subject to an exception for those interests that were inconsistent with the sovereignty of the new regime: see Slattery, *supra*, at p. 738; see also *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.), at paras. 1021-24, *per* Lambert J.A.; *Mabo, supra*, at p. 61, *per* Brennan J.; *Inasa v. Oshodi*, [1934] A.C. 99 (P.C.); and *R. v. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239 (B.C.S.C.).

This Court has not expressly invoked the doctrine of "sovereign incompatibility" in defining the rights protected under s. 35(1). In the *Van der Peet* trilogy, this Court identified the aboriginal rights protected under s. 35(1) as those practices, customs and traditions integral to the distinctive cultures of aboriginal societies: *Van der Peet, supra*, at para. 46. Subsequent cases affirmed this approach to identifying aboriginal rights falling within the aegis of s. 35(1) (*Pamajewon, supra*, at paras. 23-25; *Adams, supra*, at para. 33; *Côté, supra*, at para. 54; see also: Woodward, *supra*, at p. 75) and have affirmed the doctrines of extinguishment, infringement and justification as the appropriate framework for resolving conflicts between aboriginal rights and competing claims, including claims based on Crown sovereignty.

selon lequel la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise uniquement les pratiques, coutumes et traditions autochtones qui sont compatibles avec l'exercice historique et contemporain de la souveraineté de la Couronne. Selon cet argument, toute pratique du commerce par les Mohawks à travers la frontière, même si elle était établie par la preuve, ne pourrait pas être reconnue en vertu du par. 35(1) parce qu'elle serait incompatible avec l'intérêt souverain de la Couronne à réglementer les frontières.

Cet argument a sa source dans le principe de la continuité qui a régi l'absorption des lois et coutumes autochtones dans le nouveau régime juridique dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur la région. Comme nous l'avons vu, l'incorporation des lois et coutumes locales dans la common law était assujettie à une exception visant les droits incompatibles avec la souveraineté du nouveau régime : voir Slattery, *loc. cit.*, p. 738; voir aussi *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.), par. 1021-1024, le juge Lambert; *Mabo*, précité, p. 61, le juge Brennan; *Inasa c. Oshodi*, [1934] A.C. 99 (P.C.); et *R. c. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239 (C.S.C.-B.).

Notre Cour n'a pas expressément invoqué le principe de « l'incompatibilité avec la souveraineté » lorsqu'elle a défini les droits protégés par le par. 35(1). Dans la trilogie *Van der Peet*, elle caractérise les droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) comme étant les coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones : *Van der Peet*, précité, par. 46. Dans des arrêts subséquents, la Cour a confirmé cette approche de la définition des droits ancestraux que protège le par. 35(1) (*Pamajewon*, précité, par. 23-25; *Adams*, précité, par. 33; *Côté*, précité, par. 54; voir également : Woodward, *op. cit.*, p. 75); elle a aussi réaffirmé que les principes de l'extinction, de l'atteinte et de la justification constituaient le cadre d'analyse approprié pour résoudre les conflits entre des droits ancestraux et des revendications opposées, y compris des revendications fondées sur la souveraineté de la Couronne.

62

63

64 The Crown now contends that “sovereign incompatibility” is an implicit element of the *Van der Peet* test for identifying protected aboriginal rights, or at least a necessary addition. In view of my conclusion that Chief Mitchell has not established that the Mohawks traditionally transported goods for trade across the present Canada-U.S. border, and hence has not proven his claim to an aboriginal right, I need not consider the merits of this submission. Rather, I would prefer to refrain from comment on the extent, if any, to which colonial laws of sovereign succession are relevant to the definition of aboriginal rights under s. 35(1) until such time as it is necessary for the Court to resolve this issue.

VI. Conclusion

65 I would allow the appeal. Chief Mitchell must pay the duty claimed by the government. I note that the government has undertaken to pay Chief Mitchell’s costs.

The reasons of Major and Binnie JJ. were delivered by

66 BINNIE J. — I have read the reasons of the Chief Justice and I concur in the result and with her conclusion that even if Mohawks did occasionally trade goods across the St. Lawrence River with First Nations to the north, this practice was not on the evidence a “defining feature of the Mohawk culture” (para. 54) or “vital to the Mohawk’s collective identity” (para. 60) in pre-contact times. There are, however, some additional considerations that have led me to conclude that the appeal must be allowed.

67 It has been almost 30 years since this Court emphatically rejected the argument that the mere assertion of sovereignty by the European powers in North America was necessarily incompatible with the survival and continuation of aboriginal rights:

La Couronne soutient maintenant que « l’incompatibilité avec la souveraineté » est un élément implicite du critère établi dans *Van der Peet* pour caractériser les droits autochtones, ou en est le complément nécessaire. Vu ma conclusion selon laquelle le chef Mitchell n’a pas démontré que traditionnellement les Mohawks transportaient des marchandises à travers la frontière actuelle entre le Canada et les États-Unis pour en faire le commerce, et n’a donc pas établi l’existence du droit autochtone qu’il revendique, il n’est pas nécessaire que j’examine le bien-fondé de cet argument. Je préfère m’abstenir de tout commentaire sur la question de savoir dans quelle mesure le droit colonial en matière de succession des pouvoirs souverains est pertinent dans la définition des droits autochtones en vertu du par. 35(1), jusqu’à ce qu’il soit nécessaire pour la Cour de résoudre cette question.

VI. Conclusion

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. Le chef Mitchell doit acquitter les droits que réclame le gouvernement. Je note que le gouvernement s’est engagé à payer les dépens du chef Mitchell.

Version française des motifs des juges Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE — J’ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et je souscris au résultat qu’elle propose et à sa conclusion que, même si les Mohawks faisaient occasionnellement le commerce de marchandises au-delà du fleuve Saint-Laurent avec des Premières nations établies au nord, cette pratique n’était pas, selon la preuve, « une caractéristique déterminante de la culture mohawk » (par. 54) et elle n’était pas « vital[e] pour l’identité collective des Mohawks » (par. 60) avant le contact avec les Européens. Il y a toutefois d’autres considérations qui m’amènent à conclure que le pourvoi doit être accueilli.

Il y a près de 30 ans, notre Cour a rejeté catégoriquement l’argument selon lequel la simple affirmation de souveraineté par les puissances européennes en Amérique du Nord est nécessairement incompatible avec la préservation et le maintien de

Calder v. Attorney-General of British Columbia, [1973] S.C.R. 313. Because not *all* customs and traditions of aboriginal First Nations are incompatible with Canadian sovereignty, however, does not mean that *none* of them can be in such conflict. The Chief Justice refrains from addressing the sovereignty issue (para. 64) but she holds, correctly in my view, that “any finding of a trading right would also confirm a mobility right” (para. 22 (emphasis added)). The scope of the trading/mobility right also bothered the Federal Court of Appeal: [1999] 1 F.C. 375. Létourneau J.A. (for the entire court on this aspect) commented at para. 18:

The respondent claims his international mobility right as a citizen of the Mohawk nation. I would be inclined to agree with counsel for the appellant that an aboriginal right to enter a sovereign state that is not based on citizenship of that state cannot be reconciled with that state’s right to self-preservation by effecting an appropriate control of its borders. [Emphasis added.]

The Federal Court of Appeal circumnavigated this problem by characterizing the respondent’s claim as a claim for a tax exemption, but as the Chief Justice demonstrates (at para. 23), any such claim can only be conceptualized as a restriction on mobility. The aboriginal claim to a trading right must relate back to a pre-contact practice, custom or tradition. Mobility existed in pre-contact times. Customs duties at the present international border *within* Mohawk territory came along almost 180 years later.

Having rejected the approach of the Federal Court of Appeal to narrow the claimed aboriginal right to tax exemptions, however, we are left with that court’s legitimate concern about the sovereignty implications of the international trading/mobility right claimed by the respondent, as pointed out by Létourneau J.A., “as a citizen of the Mohawk nation” (para. 18). Much of the debate during the 35-day trial implicated this issue, as did

droits ancestraux : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Que les coutumes et traditions des Premières nations autochtones ne soient pas *toutes* incompatibles avec la souveraineté canadienne ne signifie pas toutefois qu’*aucune* d’elles ne peut l’être. Le Juge en chef s’abstient de traiter de la question de la souveraineté (par. 64), mais elle déclare à bon droit, à mon sens, « [qu’]une conclusion quant à un droit de commercer confirmerait également une liberté de circulation » (par. 22 (je souligne)). La portée du droit de commerce et de circulation préoccupait également la Cour d’appel fédérale : [1999] 1 C.F. 375. Le juge Létourneau (au nom de l’ensemble de la cour sur cette question) dit ceci au par. 18 :

L’intimé revendique son droit de libre circulation internationale en sa qualité de citoyen de la nation Mohawk. Je serais enclin à convenir avec l’avocat de l’appelant qu’un droit ancestral d’entrée dans un État souverain, droit qui ne serait pas fondé sur la citoyenneté, ne peut se concilier avec le droit de cet État de se protéger par le contrôle nécessaire de ses frontières. [Je souligne.]

La Cour d’appel fédérale contourne la difficulté en qualifiant la revendication de l’intimé de revendication d’une exemption fiscale mais, comme le démontre le Juge en chef (au par. 23), on doit nécessairement envisager une telle réclamation comme visant une restriction à la liberté de circulation. La revendication autochtone d’un droit de commercer doit se rapporter à une pratique, coutume ou tradition antérieure au contact avec les Européens. La liberté de circulation existait avant le contact avec les Européens. Les droits de douane à la frontière internationale actuelle à l’intérieur du territoire mohawk sont apparus près de 180 ans plus tard.

Toutefois, ayant rejeté la démarche de la Cour d’appel fédérale qui avait restreint le droit ancestral revendiqué à des exemptions fiscales, il nous reste à examiner les préoccupations légitimes de cette cour quant aux incidences qu’aurait sur la souveraineté le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l’intimé, comme le souligne le juge Létourneau, « en sa qualité de citoyen de la nation Mohawk » (par. 18). Une large

68

69

much of the argument on appeal to this Court, and I therefore think it desirable to address at least some aspects of the sovereignty controversy.

part des débats au procès, qui a duré 35 jours, ainsi qu'à l'audience devant notre Cour, portait sur ce point, et il est donc souhaitable, à mon avis, de traiter au moins certains aspects de la question de la souveraineté.

70 Counsel for the respondent does not challenge the reality of Canadian sovereignty, but he seeks for the Mohawk people of the Iroquois Confederacy the maximum degree of legal autonomy to which he believes they are entitled because of their long history at Akwesasne and elsewhere in eastern North America. This asserted autonomy, to be sure, does not presently flow from the ancient Iroquois legal order that is said to have created it, but from the *Constitution Act, 1982*. Section 35(1), adopted by the elected representatives of Canadians, recognizes and affirms existing aboriginal and treaty rights. If the respondent's claimed aboriginal right is to prevail, it does so not because of its own inherent strength, but because the *Constitution Act, 1982* brings about that result.

L'avocat de l'intimé ne conteste pas la réalité de la souveraineté canadienne, mais il revendique pour les Mohawks de la Confédération iroquoise le niveau maximum d'autonomie juridique à laquelle, à son avis, ils ont droit en raison de leur longue histoire à Akwesasne et ailleurs dans l'est de l'Amérique du Nord. Il est certain que cette autonomie revendiquée ne découle pas aujourd'hui de l'ancien ordre juridique iroquois qui, dit-on, l'a créée, mais de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1), adopté par les représentants élus des Canadiens, reconnaît et confirme les droits existants ancestraux ou issus de traités. Si le droit ancestral que revendique l'intimé doit prévaloir, ce n'est pas en raison de sa force inhérente, mais parce que la *Loi constitutionnelle de 1982* entraîne ce résultat.

71 The aspect of Mohawk autonomy at issue in this case is reflected in the declaration granted by the Trial Division of the Federal Court ((1997), 134 F.T.R. 1, at p. 4):

... that the plaintiff as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by ss. 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods into Canada for personal and community use, including for trade with other First Nations, without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian Government or authority [Emphasis added.]

This is essentially a description of a trading/mobility right of people and their goods across the international boundary subject only to such restrictions as can be justified by the government under the principles laid down in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

Le jugement déclaratoire de la Section de première instance de la Cour fédérale indique quel aspect de l'autonomie mohawk est en cause ([1997] A.C.F. n° 882 (QL), par. 3) :

... le demandeur, en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, est titulaire d'un droit ancestral existant, constitutionnellement protégé par les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lui permettant de passer et de repasser librement ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis, ce droit comportant également le droit d'introduire au Canada des marchandises à usage personnel et communautaire, y compris des marchandises destinées au commerce avec les autres Premières nations, et ce sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane . . . [Je souligne.]

Il s'agit essentiellement d'une description d'un droit de commerce et de circulation des personnes et des marchandises à travers la frontière internationale, sous réserve uniquement des restrictions que peut justifier le gouvernement en vertu des principes énoncés dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

The Crown's argument on the appeal is that such a claim goes beyond the sort of economic or cultural activity or land-based interest that the courts have previously recognized under s. 35(1) in such cases as *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

In terms of traditional aboriginal law, the issue, as I see it, is whether trading/mobility activities asserted by the respondent not as a Canadian citizen but as an heir of the Mohawk regime that existed prior to the arrival of the Europeans, created a *legal right* to cross international boundaries under succeeding sovereigns. This aspect of the debate, to be clear, is not at the level of *fact* about the effectiveness of border controls in the 18th century. (Nor is it about the compatibility of internal aboriginal self-government with Canadian sovereignty.) The issue is at the level of *law* about the alleged incompatibility between European (now Canadian) sovereignty and mobility rights across non-aboriginal borders said by the trial judge to have been acquired by the Mohawks of Akwesasne by reason of their conduct prior to 1609.

In terms of post-1982 aboriginal law, consideration should be given to whether the international trading/mobility right asserted by the respondent would advance the objective of reconciliation of aboriginal peoples with Canadian sovereignty which, as established by the *Van der Peet* trilogy, is the purpose that lies at the heart of s. 35(1).

The dispute therefore raises issues of considerable importance. I propose to deal with the relevant points in the following order:

- (1) the strategic location of the Mohawk reserve at Akwesasne on the international boundary between Canada and the United States;

L'argumentation de la Couronne en l'espèce est que cette revendication va au-delà des types d'activités économiques ou culturelles ou de droits liés au territoire que ceux qui sont déjà reconnus par les tribunaux en vertu du par. 35(1) dans des affaires comme *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

Dans le contexte du droit autochtone traditionnel, la question en litige, à mon sens, est de savoir si les activités de commerce et de circulation revendiquées par l'intimé non pas en tant que citoyen canadien, mais en tant qu'héritier du régime mohawk qui existait avant l'arrivée des Européens, ont créé un *droit reconnu par la loi* de traverser les frontières internationales sous les souverains qui y ont succédé. Pour être bien clair, cet aspect du débat ne se situe pas au niveau des *faits* en matière d'efficacité des contrôles frontaliers au 18^e siècle. (Il ne s'agit pas non plus de la compatibilité de l'autonomie gouvernementale interne des autochtones avec la souveraineté du Canada.) Le débat se situe au niveau du *droit* relatif à l'incompatibilité alléguée entre la souveraineté européenne (maintenant canadienne) et le droit de traverser des frontières non autochtones qui, selon le juge de première instance, a été acquis par les Mohawks d'Akwesasne en raison de leur conduite avant 1609.

Dans le contexte du droit autochtone postérieur à 1982, il faut examiner si le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé servirait l'objectif de conciliation des peuples autochtones avec la souveraineté canadienne, cet objectif étant, selon la trilogie *Van der Peet*, le but primordial du par. 35(1).

Le litige soulève donc des questions d'une importance considérable. Je me propose de traiter des questions pertinentes dans l'ordre suivant :

- (1) l'emplacement stratégique de la réserve mohawk à Akwesasne sur la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis;

72

73

74

75

- | | |
|---|---|
| <p>(2) the respondent's border challenge on March 22, 1988;</p> <p>(3) the Mohawk strategy to turn the border burden into an economic benefit;</p> <p>(4) the basis of the respondent's aboriginal rights claims;</p> <p>(5) the sovereignty objection;</p> <p>(6) the effect of non-assertion of aspects of the respondent's potential claim;</p> <p>(7) the real substance of the Mohawk position;</p> <p>(8) the <i>legal</i> basis of the respondent's claim, including relevant distinctions between aboriginal and treaty rights;</p> <p>(9) the limitation of "sovereign incompatibility";</p> <p>(10) the alleged incompatibility between the aboriginal right as disclosed by the evidence and Canadian sovereignty;</p> <p>(11) implications for internal aboriginal self-government.</p> | <p>(2) la contestation de l'intimé à la frontière le 22 mars 1988;</p> <p>(3) la stratégie des Mohawks de transformer les problèmes de frontière en avantage économique;</p> <p>(4) le fondement de la revendication de droits ancestraux par l'intimé;</p> <p>(5) l'objection fondée sur la souveraineté;</p> <p>(6) l'effet de la non-affirmation de certains aspects de la revendication potentielle de l'intimé;</p> <p>(7) la nature véritable de la position des Mohawks;</p> <p>(8) le fondement <i>juridique</i> de la revendication de l'intimé, y compris les distinctions pertinentes entre droits ancestraux et droits issus de traités;</p> <p>(9) la restriction relative à « l'incompatibilité avec la souveraineté »;</p> <p>(10) l'allégation d'incompatibilité entre le droit ancestral établi par la preuve et la souveraineté canadienne;</p> <p>(11) les incidences sur l'autonomie gouvernementale interne des autochtones.</p> |
|---|---|

76 The importance of the Crown's argument is that even if the respondent's claim could be said to be distinctive and integral to Mohawk culture, it would still not give rise to an aboriginal right. The Crown says it fails the basic requirement of compatibility with the sovereignty of the legal regimes that came afterwards. The question also arises, as noted, whether acceptance of it would advance or undermine the s. 35(1) objective of reconciliation.

1. Strategic Location of Akwesasne

77 Akwesasne ("the place where the partridge dwells or drums") consists of a string of islands about 130 kilometres long that stretches from east of Prescott, Ontario to near Valleyfield, Quebec. It is home to 12 to 13 thousand people, approximately two-thirds of whom live in Canada. It lies at the jurisdictional epicentre of the St. Lawrence River. Not only do the islands straddle the Ontario-

L'importance de l'argumentation de la Couronne tient à ce que, même si la revendication de l'intimé était considérée comme étant distinctive et faisant partie intégrante de la culture mohawk, elle ne donnerait toujours pas naissance à un droit ancestral. La Couronne dit qu'elle ne satisfait pas à l'exigence fondamentale de compatibilité avec la souveraineté des régimes juridiques postérieurs. La question se pose aussi de savoir, comme on l'a noté, si son acceptation servirait ou desservirait l'objectif de conciliation visé au par. 35(1).

1. L'emplacement stratégique d'Akwesasne

Akwesasne (« là où est la perdrix ») est un chaquet d'îles s'étendant sur environ 130 km de l'est de Prescott (Ontario) à près de Valleyfield (Québec). Elle compte de 12 à 13 000 habitants, dont les deux tiers environ vivent au Canada. Elle se trouve à l'épicentre du Saint-Laurent en matière de compétence territoriale. Non seulement les îles sont-elles à cheval sur la frontière entre l'Ontario

Quebec border in Canada, but they are bisected by the international boundary that divides the St. Lawrence River. While the respondent conceives of Akwesasne as part of the Mohawk homelands, which itself constitutes one of the elements of the Iroquois Confederacy (“Haudenosaunee” or “People of the Longhouse”) that formerly extended over large tracts of eastern Canada and northern New York State, the territory of Akwesasne is also parcelled out among five different governments in Canada, Quebec, Ontario, the United States and New York State. Mohawk institutions are similarly divided territorially among the Mohawk Council of Akwesasne, the St. Regis Tribal Council and the Mohawk Nation Council of Chiefs. The resulting boundary problems complicate the everyday existence of the Mohawks. As the respondent stated in his evidence:

We did not ask that this International Boundary line separate our community in half. We certainly didn't ask for the New York State border to be placed in our territory. We certainly didn't ask that our other half be separated by Quebec and Ontario.

It is a reality that we find ourselves in. We admit very easily that it is a very difficult and unique situation to be in

We wish to change that and by exercising our aboriginal rights we have to modernize a lot of what we mean by what our rights are and how we execute them.

Akwesasne people routinely pass back and forth across the international boundary several times a day. Supplies from the mainland encounter customs problems. In 1991, the Canadian government sought to reduce the tax burden on residents by the *Akwesasne Residents Remission Order*, SOR/91-412, under the *Customs Tariff*, R.S.C. 1985, c. 41 (3rd Supp.).

I accept that this crisscrossing of borders through the Mohawk community goes beyond mere inconvenience and does constitute a significant burden on everyday living. It is, of course, a

et le Québec au Canada, mais elles sont également partagées en deux par la frontière internationale qui divise le fleuve Saint-Laurent. Bien que l'intimé conçoive Akwesasne comme faisant partie des terres mohawks, qui constituent elles-mêmes l'un des éléments de la Confédération iroquoise (« Haudenosaunee » ou « Peuple de la cabane longue ») qui s'étendait auparavant sur de grandes étendues de territoire de l'est du Canada et du nord de l'État de New York, le territoire d'Akwesasne est aussi partagé entre cinq gouvernements : le Canada, le Québec, l'Ontario, les États-Unis et l'État de New York. Les institutions mohawks sont de même divisées sur le plan territorial entre le Conseil des Mohawks d'Akwesasne, le Conseil tribal de St-Régis et le Conseil des chefs de la Nation mohawk. Les problèmes frontaliers qui en résultent compliquent la vie quotidienne des Mohawks. Comme l'affirme l'intimé dans son témoignage :

[TRADUCTION] Nous n'avons pas demandé que cette frontière internationale sépare notre communauté en deux. Nous n'avons certainement pas demandé que la frontière de l'État de New York soit placée sur notre territoire. Nous n'avons certainement pas demandé que l'autre moitié de notre communauté soit séparée par le Québec et l'Ontario.

C'est notre réalité. Nous admettons très volontiers qu'il s'agit d'une situation très difficile et unique. . .

Nous espérons modifier cette situation et, en exerçant nos droits ancestraux, nous devons moderniser beaucoup la signification que nous donnons à nos droits et la manière dont nous les exerçons.

Les habitants d'Akwesasne passent et repassent habituellement la frontière internationale plusieurs fois par jour. L'approvisionnement en provenance du continent suscite des problèmes de douane. En 1991, le gouvernement canadien a cherché à réduire le fardeau fiscal des résidents au moyen du *Décret de remise visant les résidents d'Akwesasne*, DORS/91-412, pris en vertu du *Tarif des douanes*, L.R.C. 1985, ch. 41 (3^e suppl.).

Je conviens que cet entrecroisement de frontières dans la communauté mohawk va au-delà du simple inconvénient et constitue un fardeau important dans la vie de tous les jours. C'est, bien

burden to border communities everywhere. Jurisdictional patchworks, and their ability to complicate one's existence, are not special to aboriginal communities. Elsewhere in Quebec, there are similar difficulties. In Estcourt, the international boundary runs through the living-room of the Béchard family. In Stanhope, Quebec, the billiard room of the Dundee Line Hotel is neatly bifurcated by the boundary with New York State: National Film Board, *Between Friends/Entre Amis* (1976), at pp. 213 and 246-47.

entendu, un fardeau pour toutes les collectivités frontalières. Les morcellements de compétence territoriale et leur propension à compliquer la vie ne sont pas propres aux communautés autochtones. Ailleurs au Québec, il existe des situations semblables. À Estcourt, la frontière internationale traverse le salon de la famille Béchard. À Stanhope (Québec), la frontière avec l'État de New York coupe clairement en deux la salle de billard de l'hôtel de Dundee Ligne : Office national du film : *Between Friends/Entre Amis* (1976), p. 213 et 246-247.

80 Having said that, the purpose of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is to reconcile "the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown" (*Van der Peet, supra*, at para. 31). In this respect, the respondent argued with some passion in the witness box that the jurisdictional divisions carry deeper meaning for the Mohawks of Akwesasne because they represent the intrusion of non-aboriginal governing institutions in the everyday life of Akwesasne and their relations with other members of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy). The border complexities are a constant reminder to the Mohawks of their frustration and inability to control the destiny of their own communities.

Cela dit, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » (*Van der Peet, précité*, par. 31). À cet égard, l'intimé a soutenu avec une certaine passion à la barre des témoins que la dislocation entre ressorts territoriaux a une signification plus profonde pour les Mohawks d'Akwesasne parce qu'elle représente l'intrusion d'institutions gouvernementales non autochtones dans leur vie de tous les jours à Akwesasne et dans leurs relations avec d'autres membres de Haudenosaunee (Confédération iroquoise). Les complexités frontalières rappellent constamment aux Mohawks leur frustration et leur incapacité à contrôler le destin de leurs propres communautés.

81 There is some international support for special recognition of the plight of indigenous peoples in this respect. The *Draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples*, adopted by the U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities by its resolution 1994/45, August 26, 1994, provides in Article 35 that:

On trouve un certain appui au niveau international pour la reconnaissance des difficultés particulières des peuples autochtones à cet égard. Le *Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adopté par la Sous-Commission de l'ONU de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités dans sa résolution 1994/45, le 26 août 1994, prévoit en son article 35 :

Indigenous peoples, in particular those divided by international borders, have the right to maintain and develop contacts, relations and cooperation, including activities for spiritual, cultural, political, economic and social purposes, with other peoples across borders.

Les peuples autochtones, en particulier ceux qui sont divisés par des frontières internationales, ont le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières, des contacts, des relations et des liens de coopération avec les autres peuples, notamment dans les domaines spirituel, culturel, politique, économique et social.

82 Similarly, *Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, adopted by the General Conference of

De même, la *Convention (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, adoptée le 27 juin 1989 par la Confé-

the International Labour Organisation, June 27, 1989, provides in Article 32:

Governments shall take appropriate measures, including by means of international agreements, to facilitate contacts and co-operation between indigenous and tribal peoples across borders, including activities in the economic, social, cultural, spiritual and environmental fields.

Comparable language is found in the *Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, approved by the Inter-American Commission on Human Rights on September 18, 1995, although it also provides specifically in Article 24 that:

Nothing in this instrument shall be construed as granting any rights to ignore boundaries between States.

Canada has taken various concrete steps to try to minimize the disruption of Akwesasne created by the international boundary. These measures, according to the respondent, fall well short of recognizing Mohawk entitlement.

2. The Respondent's Border Challenge

With much publicity and notice to the Canadian government, the respondent accompanied by Mohawk supporters performed a symbolic border crossing on March 22, 1988. He brought with him into Canada one washing machine, 20 Bibles, 10 blankets, used clothing, one case of lubricating motor oil, 10 loaves of bread, two pounds of butter, four gallons of whole milk, six bags of cookies and 12 cans of soup. The box of motor oil remained on the Akwesasne reserve. Everything else went to another Mohawk community in Canada, Tyendinaga, west of Kingston, Ontario, in the Bay of Quinte area.

The respondent submitted to the usual border procedures but refused to pay duty. Customs officers let him enter Canada with the goods but a year later, on September 15, 1989, he was served with a Notice of Ascertained Forfeiture of the goods under the *Customs Act* and a claim of \$361.64. Having unsuccessfully challenged the

rence générale de l'Organisation internationale du travail, prévoit à l'article 32 :

Les gouvernements doivent prendre les mesures appropriées, y compris au moyen d'accords internationaux, pour faciliter les contacts et la coopération entre les peuples indigènes et tribaux à travers les frontières, y compris dans les domaines économique, social, culturel, spirituel et de l'environnement.

Le Projet de la Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones, approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 18 septembre 1995, comporte une disposition comparable, mais prévoit expressément à l'article 24 :

[TRADUCTION] Rien dans cet instrument ne doit être interprété comme conférant quelque droit de ne pas respecter les frontières entre les États.

Le Canada a pris plusieurs mesures concrètes pour réduire les perturbations que crée la frontière internationale pour Akwesasne. Ces mesures, selon l'intimé, sont très loin de constituer une reconnaissance des droits des Mohawks.

2. La contestation de l'intimé à la frontière

Avec beaucoup de publicité et après avoir averti le gouvernement canadien, l'intimé, accompagné de sympathisants mohawks, a effectué un passage symbolique de la frontière le 22 mars 1988. Il rapportait au Canada une machine à laver, 20 bibles, 10 couvertures, des vêtements usagés, une caisse de bidons d'huile à moteur, dix pains, deux livres de beurre, quatre gallons de lait entier, six sacs de biscuits et 12 boîtes de soupe en conserve. La caisse d'huile à moteur est restée à la réserve d'Akwesasne. Tout le reste a été remis à une autre communauté mohawk au Canada, la communauté de Tyendinaga, située à l'ouest de Kingston (Ontario), dans la région de la baie de Quinte.

L'intimé s'est soumis aux procédures frontalières habituelles, mais a refusé de payer les droits de douane. Les agents de douane l'ont laissé entrer au Canada avec les marchandises, mais un an plus tard, le 15 septembre 1989, l'intimé a reçu la signification d'un avis de confiscation compensatoire des marchandises en application de la *Loi sur les*

83

84

85

86

decision under s. 131 of the *Customs Act*, the respondent commenced the present declaratory action.

douanes et d'une réclamation de 361,64 \$. Ayant contesté sans succès la décision prise en application de l'art. 131 de la *Loi sur les douanes*, l'intimé a intenté la présente action en jugement déclaratoire.

87 The respondent contended that the Mohawks of Akwesasne are entitled to purchase goods on the U.S. side of the boundary and move those goods into Canada without payment of customs dues or other levies, including GST, for personal consumption, commercial trade at Akwesasne, or for trade with other First Nations in Canada. (A claim by Akwesasne Mohawks from St. Regis to carry goods duty free into the United States was rejected in *United States v. Garrow*, 88 F.2d 318 (C.C.P.A. 1937).)

L'intimé soutient que les Mohawks d'Akwesasne sont autorisés à acheter des marchandises du côté américain de la frontière et à les rapporter au Canada sans acquitter aucun droit de douane ou autre, y compris la TPS, lorsqu'elles sont destinées à leur usage personnel, à des échanges commerciaux à Akwesasne ou à des échanges avec d'autres Premières nations au Canada. (Une revendication des Mohawks d'Akwesasne de St-Regis d'apporter en franchise des marchandises aux États-Unis a été rejetée dans *United States c. Garrow*, 88 F.2d 318 (C.C.P.A. 1937).)

88 With respect to commercial trade at Akwesasne, the respondent's evidence was that the case of motor oil brought across the border without payment of duty was placed for resale in Jock's Store, a general store located on the Canadian side of Akwesasne, but open to natives and passing non-native motorists alike. Non-aboriginal purchasers, likely minimal in number, may therefore obtain the benefit of duty-free prices.

En ce qui concerne le commerce à Akwesasne, la preuve de l'intimé indique que la caisse d'huile à moteur rapportée de l'autre côté de la frontière sans acquitter de droits a été mise en vente au Jock's Store, un magasin général situé du côté canadien d'Akwesasne, mais ouvert aux autochtones comme aux automobilistes non autochtones de passage. Les acheteurs non autochtones, vraisemblablement peu nombreux, peuvent donc bénéficier de prix hors taxes.

89 With respect to trade off the reserve, the respondent said that the bulk of the symbolic importation was delivered to the Tyendinaga Band which had apparently contributed money to finance the purchases in the first place. Further, the respondent described ongoing negotiation of "an extensive trade and commerce agreement" between Akwesasne and the Ojibway/Cree First Nations with whom the respondent says there was a historic trading relationship. The respondent says the importation was at a "non-commercial level", i.e., a small-scale transaction typical of a barter economy. The issue of larger "commercial scale" trade is to be addressed, it seems, by another court on another occasion.

Pour ce qui est du commerce à l'extérieur de la réserve, l'intimé explique que la majeure partie des objets symboliquement importés ont été remis à la bande de Tyendinaga qui avait apparemment déjà versé de l'argent pour financer les achats. En outre, l'intimé décrit une négociation qui se déroule actuellement relative à une large entente commerciale entre Akwesasne et les Premières nations Ojibway/Cries avec lesquelles, selon l'intimé, existait une relation commerciale historique. Selon l'intimé, l'importation était [TRADUCTION] « de niveau non commercial », c.-à-d. une opération à petite échelle typique de l'économie de troc. Il semble que la question d'échanges à une plus grande « échelle commerciale » devra être traitée par un autre tribunal à une autre occasion.

3. The Mohawk Strategy to Turn the Border Burden into an Economic Benefit

Understandably, the respondent and the other Mohawk people are looking for opportunities not only to diminish the border disruption in their lives, but to reunite a community divided by boundaries that are not of Mohawk making, and to turn the solution of these complexities to their collective economic advantage.

There was likely little economic profit in moving goods from one side of the Akwesasne community to the other prior to creation of the international boundary in 1783, apart from meeting the needs of everyday living. There is real profit now only because the international boundary runs through it. The policies of the Canadian government have attributed a financial significance to what is otherwise an arbitrary line drawn on a map.

It is obvious that the “collective advantage” for the Mohawk community of duty-free imports into Canada would not be derived from a continuation of the aboriginal way of life, but is a direct artifact of the financial and tariff arrangements of the non-aboriginal Canadian government. While the respondent argued that the Court need not concern itself in the appeal with other cross-border First Nation communities in Canada, the logic of the Mohawk position would apply equally to any First Nation with a proven history of trade whose homeland in Canada straddles the international boundary.

The respondent, it should be noted, dissociates the present claim from the smuggling problems at Akwesasne which he points out have brought much grief to his community:

Our people in Akwesasne have shown that they are against smuggling; they have co-operated with police, and our own Mohawk police have made a number of drug busts. Cigarettes are perhaps the least of our worries. Drugs, liquor, and automatic weapons, all of which are harmful to our people, have been brought into the

3. La stratégie des Mohawks consistant à transformer des problèmes de frontière en avantage économique

De manière compréhensible, l'intimé et les autres Mohawks cherchent des occasions non seulement de réduire les complications frontalières dans leurs vies, mais aussi d'unir de nouveau une communauté divisée par des frontières qui n'ont pas été établies par les Mohawks et de tourner à leur avantage économique collectif la résolution de ces difficultés.

En dehors des nécessités de la vie quotidienne, il y avait vraisemblablement peu d'avantages économiques à transporter des marchandises d'un côté à l'autre de la communauté d'Akwesasne avant la création de la frontière internationale en 1783. S'il y a profit à en tirer maintenant c'est uniquement parce que la frontière internationale traverse cette réserve. Les politiques du gouvernement canadien ont donné une importance financière à ce qui est autrement une ligne arbitraire tracée sur une carte.

À l'évidence, l'« avantage collectif » pour la communauté mohawk des importations hors taxes au Canada ne découle pas du maintien du mode de vie autochtone, mais est le résultat direct et concret de mesures financières et tarifaires du gouvernement canadien non autochtone. Même si l'intimé soutient que la Cour n'a pas à se préoccuper en l'espèce des autres communautés frontalières des Premières nations au Canada, la logique de la position mohawk s'appliquerait également à toutes les Premières nations qui ont une histoire établie de commerce et dont les terres sont à cheval sur la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis.

Il convient de noter que l'intimé dissocie la présente revendication et les problèmes de contrebande à Akwesasne qui, souligne-t-il, ont beaucoup affligé sa communauté :

[TRADUCTION] Notre peuple à Akwesasne a montré qu'il était contre la contrebande; il a coopéré avec la police, et notre propre police mohawk a effectué un certain nombre d'opérations antidrogue. Les cigarettes sont peut-être le moindre de nos soucis. Les stupéfiants, l'alcool, les armes automatiques, qui nuisent tous à notre

90

91

92

93

territory in great quantities. Our people in our community have said that this is wrong under our laws, whether a border exists or not. Their view is that those native people who abuse our right to transport such property within our territory free of taxes and duties are opportunists. They are risking injury to the rights of all our people for their own immediate profit. Neither the community nor the Iroquois Confederacy supports smuggling.

(Exhibit D-13. Grand Chief Michael Mitchell, "An Unbroken Assertion of Sovereignty", in B. Richardson, ed., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country* (1989), 105, at p. 130)

people, ont été apportées en grandes quantités sur le territoire. Notre communauté a dit que cela était contraire à nos lois, qu'une frontière existe ou non. Elle est d'avis que les autochtones qui abusent de notre droit de transporter de telles marchandises sur notre territoire sans acquitter de taxes et de droits sont des opportunistes. Ils risquent de porter préjudice aux droits de tout notre peuple en agissant pour leur profit immédiat. Ni la communauté ni la Confédération iroquoise n'appuient la contrebande.

(Pièce D-13, « An Unbroken Assertion of Sovereignty » par le grand chef Michael Mitchell, dans B. Richardson, éd., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country* (1989), 105, p. 130)

94 The Attorney General for New Brunswick argues that the claimed aboriginal right really amounts to no more than an aboriginal cross-border link to facilitate trade in non-aboriginal goods between non-aboriginal communities. There was, on the evidence, nothing to prevent the Tyendinaga Mohawks from re-selling the goods to non-natives. This concern was not alleviated by counsel for the Assembly of First Nations who argued that mobility rights and free movement of goods must be considered separately, because goods could pass the boundary with or without people. The use of Purolator and Federal Express to send goods back and forth across the border is rather remote from the original concept of permitting the Mohawks to live "as their forefathers had done for centuries" (*Calder, supra*, at p. 328, *per* Judson J.).

Le procureur général du Nouveau-Brunswick soutient que le droit ancestral revendiqué n'est en réalité rien de plus qu'un lien transfrontalier autochtone visant à faciliter le commerce de marchandises non autochtones entre des communautés non autochtones. Selon la preuve, rien n'empêchait les Mohawks de Tyendinaga de revendre les marchandises à des non autochtones. L'avocat de l'Assemblée des Premières nations n'a pas atténué cette préoccupation lorsqu'il a soutenu que la liberté de circulation des personnes et la libre circulation des marchandises doivent être examinées distinctement parce que les marchandises peuvent passer la frontière avec des personnes ou non. L'envoi de marchandises par-delà la frontière, par Purolator et Federal Express, est assez éloigné de l'idée initiale de permettre aux Mohawks de « vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres » (*Calder, précité*, p. 328, le juge Judson).

95 The modernization and increased economic value of a claim is not necessarily fatal to its existence. Drivers of economic value are different today than they were in the past. A "frozen rights" theory has been rejected by the courts as incompatible with the purpose of s. 35(1): *Sparrow, supra*, at p. 1093. Aboriginal rights are capable of growth and evolution: "s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content" (*Sparrow*, at p. 1108).

La modernisation et l'augmentation de la valeur économique d'une revendication ne sont pas nécessairement fatales. Les vecteurs de la valeur économique sont différents aujourd'hui de ce qu'ils étaient autrefois. Les tribunaux ont rejeté la théorie des « droits figés » parce qu'elle est incompatible avec l'objet du par. 35(1) : *Sparrow, précité*, p. 1093. Les droits ancestraux peuvent s'accroître et évoluer : « le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile » (*Sparrow, p. 1108*).

4. The Basis of the Respondent's Aboriginal Rights Claim

An aboriginal right must be derived from pre-contact activity that was an element of a practice, custom or tradition integral to the aboriginal community's distinctive culture. The first step in resolving such a claim includes an assessment of the precise nature of the claim being made, "taking into account such factors as the nature of the action said to have been taken pursuant to an aboriginal right, the government regulation argued to infringe the right, and the tradition, custom or practice relied upon to establish the right" (*Van der Peet*, *supra*, at para. 53, and *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, *supra*, at para. 16).

The Chief Justice addresses the factual evidence relevant to this analysis in her reasons. For my purposes, however, it is necessary to enlarge upon some of the matters that touch on the issue of sovereignty. The trial judge has provided a meticulous and comprehensive history of the events relevant to the appeal.

While the traditional Mohawk homelands were in the Mohawk Valley (near Albany, New York State), the Mohawk people ranged throughout a territory that reached north to the valley of the St. Lawrence River. The Chief Justice points out that "[w]e may assume they travelled with goods to sustain themselves" (para. 41), but points to the scarcity of the evidence that what they carried included goods earmarked for north-south trade (para. 50-51). It is, however, accepted that the Mohawks travelled to the St. Lawrence River valley. The trial judge found that Akwesasne itself was probably not established as a permanent settlement until "some time between 1747 and 1755" (p. 14) apparently in conjunction with a Jesuit mission. This was about 140 years after the Mohawk's first contact with the Europeans, which the trial judge, at p. 16, held was 1609. The first contact, according to the trial judge, was a battle between the French and the Mohawks on Lake Champlain. No claim to aboriginal title is suggested by the respondent in these proceedings, and it is clear that

4. Le fondement de la revendication de droits ancestraux par l'intimé

Un droit ancestral doit découler d'une activité antérieure au contact avec les Européens et cette activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone. Dans un premier temps, pour statuer sur la revendication d'un droit, il faut en déterminer la nature précise, « en tenant compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, affirme-t-on, aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée comme fondement de celui-ci » (*Van der Peet*, précité, par. 53, et *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, précité, par. 16).

Le Juge en chef traite dans ses motifs de la preuve factuelle pertinente pour cette analyse. Pour les fins qui m'occupent, toutefois, je dois développer certains points qui ont trait à la souveraineté. Le juge de première instance a fait un historique minutieux et complet des faits en l'espèce.

Même si les terres traditionnelles des Mohawks se trouvaient dans la vallée des Mohawks (près d'Albany, État de New York), les Mohawks parcouraient un territoire atteignant au nord la vallée du Saint-Laurent. Le Juge en chef souligne que « [n]ous pouvons supposer qu'ils voyageaient avec les marchandises nécessaires à leur subsistance » (par. 41), mais fait ressortir l'insuffisance des preuves montrant que ce qu'ils transportaient comprenait des marchandises destinées au commerce nord-sud (par. 50-51). Il est cependant admis que les Mohawks voyageaient jusqu'à la vallée du Saint-Laurent. Le juge de première instance conclut qu'Akwesasne elle-même n'est probablement pas devenue un établissement permanent avant les « années 1747-1755 » (par. 43) conjointement, semble-t-il, avec l'établissement d'une mission jésuite. Cela s'est passé environ 140 ans après le premier contact des Mohawks avec les Européens, soit, selon le juge de première instance, en 1609 (par. 50). Le premier contact avec les Européens, d'après le juge de première instance, est une

96

97

98

specific aboriginal rights can exist independently of claims to aboriginal title (*Van der Peet, supra*, at para. 74).

(i) *Prior to Contact*

99 Prior to European contact, the upper St. Lawrence River Valley was “a battleground” (*Adams, supra*, at p. 126) between the Mohawks coming up from the south and the Hurons and Algonquin-speaking peoples who had earlier established themselves in the area. The trial judge quoted at p. 21 the evidence of Dr. Alexander von Gernet, called by the Crown, who acknowledged that:

What I can say is that in the course of their raiding expeditions along the St. Lawrence while they were engaged in warfare with their northern enemies, they would almost certainly have had occasion to travel along this route, presumably stop, victualize their armies, provide their armies with food. [Emphasis added by trial judge.]

To which the trial judge added, at p. 35:

[W]hile one might be obliged to fish in order to victualize an army, it is difficult to see how an army would engage in trade with their enemies while in pursuit of them.

and further pointed out at p. 44:

Whatever goods they obtained either by raiding or by hunting and fishing could be freely brought back across the [then non-existent] border.

100 Territorial boundaries between the warring First Nations ebbed and flowed. The trial judge stated at pp. 21-22 his general conclusion from the historical evidence as follows:

Regardless of the conflicting characterization of the Mohawks' use and control of the territory in the St. Lawrence Valley, in my view, the Mohawks whose homelands were in the Mohawk Valley prior to the arrival of the Europeans, regularly exploited the area in the St. Lawrence Valley which is now part of Canadian ter-

bataille entre les Français et les Mohawks au bord du lac Champlain. L'intimé ne revendique pas de titre aborigène en l'espèce, et il est clair que des droits ancestraux précis peuvent exister indépendamment de revendications de titres aborigènes (*Van der Peet*, précité, par. 74).

(i) *Avant le contact avec les Européens*

Avant le contact avec les Européens, la vallée du haut Saint-Laurent était « un champ de bataille » (*Adams*, précité, p. 126) entre les Mohawks arrivant du sud et les Hurons et les peuples de langue algonquienne qui s'étaient auparavant établis sur le territoire. Le juge de première instance cite le témoignage du Dr Alexander von Gernet, assigné par la Couronne, qui reconnaît (au par. 72) que :

[TRADUCTION] Je peux dire cependant que, lors de leurs expéditions guerrières menées le long du Saint-Laurent, alors qu'ils faisaient la guerre à leurs ennemis plus au nord, ils auraient presque inmanquablement eu l'occasion d'emprunter cette route, sans doute aussi de s'arrêter afin de réapprovisionner leurs armées. [Souligné par le juge de première instance.]

Ce à quoi le juge de première instance ajoute, au par. 135 :

[S]i l'on comprend qu'une armée puisse bien se livrer à la pêche pour se ravitailler, il est plus difficile de concevoir qu'une armée commerce avec ses ennemis tout en les pourchassant.

Il souligne également au par. 177 :

Les articles qu'ils se procuraient, soit lors de leurs expéditions guerrières, soit par la chasse ou la pêche, pouvaient librement être ramenés de l'autre côté [de la frontière qui n'existait pas alors].

Les frontières territoriales entre les Premières nations en guerre étaient instables. Le juge de première instance a énoncé comme suit sa conclusion générale tirée de la preuve historique au par. 78 :

Malgré cette divergence d'avis concernant l'utilisation et le contrôle, par les Mohawks, du territoire situé dans la vallée du Saint-Laurent, j'estime que les Mohawks dont, avant l'arrivée des Européens, les pays étaient situés dans la vallée des Mohawks, exploitaient de manière régulière cette région de la vallée du Saint-

ritory. It is not clear from the evidence whether the Mohawks consistently used the area as a hunting and fishing territory or whether the area was mainly a battle and raiding ground with other First Nations. However, it is clear that the territory around the St. Lawrence River, in what is now Canada, was regularly travelled by the Mohawks.

The trial judge's assessment of the nature of the Mohawk's progress through the territory in pre-contact times was based in part on the evidence of the respondent's expert, Professor Charles Johnston. The trial judge reproduced the following extract from Professor Johnston's evidence (at p. 27):

Well, let's put it this way, trading and making war came as easily to the Iroquois as living and breathing. When they weren't making war, they were usually engaged in trading . . . War, of course, stemmed out of trade and trade came out of war.

It is this evidence of pre-contact activity that defines the basis of an aboriginal right. The picture that emerges is one of a militarily powerful confederacy that spread to and along the St. Lawrence River Valley displacing the earlier aboriginal inhabitants by force of arms. They traded with their friends to the east and west of the Mohawk Valley, as the Chief Justice acknowledges. They fought with their enemies to the north. The trial judge cautioned at p. 35 against "concentrat[ing] too much on . . . raiding activities". The point, nevertheless, is that in the pre-contact era, the Mohawks were (and acted as) a fully autonomous people within the Iroquois Confederacy. The principle object of this litigation is to reassert that autonomy in relation to the present international border between Canada and the United States to the greatest extent permitted by law.

While none of the boundaries between First Nation Territories in pre-contact times corresponded with the present international boundary at

Laurent qui fait maintenant partie du territoire canadien. La preuve ne permet aucune conclusion nette quant à la question de savoir si les Mohawks chassaient et pêchaient régulièrement sur ce territoire, ou si celui-ci servait surtout de zone de bataille et d'attaque contre d'autres Premières nations. Il est clair, cependant, que le territoire entourant la rivière du Saint-Laurent, et faisant maintenant partie du Canada, était régulièrement sillonné par les Mohawks.

L'évaluation par le juge de première instance de la nature de l'avancée des Mohawks dans le territoire avant le contact avec les Européens est fondée en partie sur le témoignage de l'expert de l'intimé, le professeur Charles Johnston. Le juge de première instance cite l'extrait suivant de ce témoignage (au par. 103) :

[TRADUCTION] Disons que, pour les Iroquois, le commerce et la guerre étaient deux activités parfaitement naturelles. C'est ainsi que, quand ils ne faisaient pas la guerre, ils commerçaient. [. . .] La guerre, évidemment, découlait du commerce, et le commerce découlait de la guerre.

C'est cette preuve d'une activité antérieure au contact avec les Européens qui définit le fondement d'un droit ancestral. L'image qui s'en dégage est celle d'une confédération militaire puissante qui s'étendait jusqu'à la vallée du Saint-Laurent et le long de celle-ci, et chassait par la force les habitants autochtones précédents. Ils commerçaient avec leurs alliés à l'est et à l'ouest de la vallée des Mohawks, comme le reconnaît le Juge en chef. Ils se battaient avec leurs ennemis au nord. Le juge de première instance fait une mise en garde contre le fait d'« accorde[r] trop d'importance aux excursions guerrières » (par. 130). Pourtant, ce qui importe c'est que, dans la période antérieure au contact avec les Européens, les Mohawks étaient (et agissaient comme) un peuple pleinement autonome au sein de la Confédération iroquoise. L'objet principal du présent litige est de réaffirmer cette autonomie relativement à la frontière internationale actuelle entre le Canada et les États-Unis dans toute l'ampleur permise en droit.

Même si aucune des frontières entre les territoires des Premières nations avant le contact avec les Européens ne correspond à la frontière interna-

101

102

103

Akwesasne, such boundaries existed, and the trial judge found that under traditional practices and customs, they were respected by the Mohawks in times of peace.

(ii) *Evidence of Post-Contact Activity*

tionale actuelle à Akwesasne, ces frontières existaient, et le juge de première instance conclut que, conformément aux pratiques et coutumes traditionnelles, les Mohawks les respectaient en temps de paix.

(ii) *Preuve d'une activité postérieure au contact avec les Européens*

104 While evidence of post-contact activity cannot enlarge the factual basis of the aboriginal right claim, it is said to be relevant in this case because of the alleged incompatibility of the respondent's claim with the later assertion of non-Mohawk sovereignty.

Bien que la preuve d'une activité postérieure au contact avec les Européens ne puisse élargir le fondement factuel de la revendication d'un droit ancestral, on dit qu'elle est pertinente en l'espèce en raison de la prétendue incompatibilité de la revendication de l'intimé avec l'affirmation ultérieure d'une souveraineté non mohawk.

105 Professor Charles Johnston emphasized that the arrival of the Europeans created further turmoil (at p. 27):

Le professeur Charles Johnston souligne que l'arrivée des Européens a créé de nouveaux bouleversements (au par. 100) :

The French arrested the Dutch first and then the English established their control in the Hudson and Mohawk valleys and the French do the same thing on the St. Lawrence. So you have these competing systems. The point is the Mohawks are right in the middle.

[TRADUCTION] Les Français commencèrent par arrêter l'avance des Hollandais, puis les Anglais établirent leur contrôle sur les vallées de l'Hudson et des Mohawks, les Français faisant de même dans la région du Saint-Laurent. Cela donne donc deux systèmes qui se concurrencent. L'important ici est que les Mohawks se situent à la charnière de ces deux systèmes.

106 The evidence showed that post-contact Mohawks from the Mohawk Valley began migrating north to establish permanent communities on the St. Lawrence River. The trial judge noted, "[t]hey massed an invasion force in the late 1640s and early 1650s which led to the dispersion of the aboriginal peoples of Ontario" (p. 35).

La preuve indique qu'après le contact avec les Européens, des Mohawks de la vallée des Mohawks ont commencé à migrer vers le nord pour établir des communautés permanentes sur le Saint-Laurent. Le juge de première instance note que « [v]ers la fin des années 1640 et le début des années 1650, ils ont réuni une force d'invasion qui a fini par entraîner la dispersion des peuples autochtones de l'Ontario » (par. 131).

107 The Hurons and Algonquins allied themselves with the French, and most of the Iroquois with the English. The Mohawks in the St. Lawrence River Valley had divided loyalties. The communities closest to Montreal, at least, came to be allies of the French. The trial judge noted that some Mohawks "moved north because they believed that an alliance with the French was preferable to neutrality or an alliance with the English" (p. 22). While colonial law under the French regime treated aboriginal rights differently than the British

Les Hurons et les Algonquins se sont alliés avec les Français, et la plupart des Iroquois avec les Anglais. Les Mohawks de la vallée du Saint-Laurent étaient d'allégeance partagée. Les communautés les plus proches de Montréal, du moins, sont devenues des alliées des Français. Le juge de première instance note que certains Mohawks « ont immigré vers le nord car ils pensaient qu'il était mieux de s'allier avec les Français que de déclarer sa neutralité ou de s'allier avec les Anglais » (par. 80). Même si le droit colonial fran-

regime, our Court has affirmed that “the intervention of French sovereignty [did not] negat[e] the potential existence of aboriginal rights within the former boundaries of New France under s. 35(1)”: (*R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 51). The fighting between the French and the English and their respective First Nation allies continued until the fall of New France in 1759-60.

The legal effect of the resulting Treaty of Paris of 1763 was described by the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542, at pp. 545-46:

In 1763 Canada and all its dependencies, with the sovereignty, property, and possession, and all other rights which had at any time been held or acquired by the Crown of France, were ceded to Great Britain: *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46, at p. 53. Upon that event the Crown of England became possessed of all legislative and executive powers within the country so ceded to it, and, save so far as it has since parted with these powers by legislation, royal proclamation, or voluntary grant, it is still possessed of them. One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace, order, and good government, or to its social or material interests: Vattel, *Law of Nations*, book 1, s. 231; book 2, s. 125.

The “aliens” in the *Cain* case were citizens of the United States. For our purposes, it must be kept in mind that the respondent does not assert here mobility rights granted by France, Britain or Canada. He is, of course, entitled to full rights as a Canadian citizen. But in this particular case, he is not asserting those rights. He is asserting mobility rights as a “citizen of Haudenosaunee” that are derived from Mohawk mobility that pre-dated all of those regimes.

çais traitait les droits ancestraux différemment du droit colonial britannique, notre Cour a déclaré que « la souveraineté française [n'a pas] mis fin à l'existence potentielle de droits ancestraux visés au par. 35(1) à l'intérieur des frontières de ce qui constituait la Nouvelle-France »: *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 51. Les combats entre les Français et les Anglais, et leurs alliés respectifs au sein des Premières nations, se sont poursuivis jusqu'à la chute de la Nouvelle-France en 1759-60.

L'effet juridique du Traité de Paris de 1763 qui a suivi est décrit par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Attorney General for Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542, p. 545-546 :

[TRADUCTION] En 1763 le Canada et toutes ses dépendances, ainsi que les droits à la souveraineté, à la propriété et à la possession, et tous les autres droits qui avaient en tout temps été détenus ou acquis par la Couronne de France, ont été cédés à la Grande-Bretagne : *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46, p. 53. À partir de ce moment, la Couronne d'Angleterre a été investie de tous les pouvoirs législatifs et exécutifs au pays qui lui avaient été cédés et, sauf dans la mesure où elle s'est depuis départie de ces pouvoirs par loi, proclamation royale ou concession volontaire, elle en est toujours investie. Parmi les droits que possède le pouvoir suprême de chaque État il y a le droit d'en refuser l'entrée à un étranger, d'ajouter les conditions qu'il juge à propos à la permission d'entrer dans l'État et d'expulser ou de déporter de l'État, s'il le juge à propos, même un étranger amical, en particulier s'il estime que sa présence dans l'État est contraire à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement, ou à ses intérêts sociaux ou matériels : Vattel, *Law of Nations*, t. 1, par. 231; t. 2, par. 125.

Les « étrangers » dans l'arrêt *Cain* étaient des citoyens américains. Pour les fins qui nous occupent, il convient de garder à l'esprit que l'intimé ne revendique pas en l'espèce une liberté de circulation accordée par la France, la Grande-Bretagne ou le Canada. Il a, bien entendu, les pleins droits de citoyen canadien. Mais en l'espèce, il ne revendique pas ces droits. Il revendique la liberté de circulation en tant que « citoyen de Haudenosaunee », qui découle de la liberté de circulation des Mohawks antérieure à tous ces régimes.

110 Within two decades after the fall of New France, the American Revolution swept northwards. Troops of General George Washington on manoeuvres in New York State “destroyed the cornfields, burnt the Longhouses and basically wiped out as many of the Iroquois families that [*sic*] still existed”, thereby reinforcing the northern migration of some of the Mohawks to British territory. The boundary that cuts through Akwesasne did not come into existence until the conclusion of the American War of Independence by a subsequent Treaty of Paris in 1783.

5. The Sovereignty Objection

111 The unusual aspect of this case is that not only the value but the very *purpose* of the claimed trading/mobility right depends on a boundary that is itself an expression of non-aboriginal sovereignties on the North American continent.

112 The respondent is understandably proud of the Mohawk heritage. The Iroquois Confederacy is thought to have been formed around 1450. The evidence accepted by the trial judge at p. 26 was that at their height

... the Iroquois had achieved for themselves the most remarkable civil organization in the New World excepting only Mexico and Peru.

The respondent’s 17th century ancestors were no doubt unaware that some of the Kings in distant Europe were laying claim to sovereignty over Mohawk territory. As Marshall C.J. of the United States Supreme Court observed in *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), at p. 543:

It is difficult to comprehend the proposition, that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over the lands they occupied

113 Nevertheless, this is what happened. From the aboriginal perspective, moreover, those early claims to European “dominion” grew to reality in the decades that followed. Counsel for the respondent does not dispute Canadian sovereignty. He

Moins de 20 ans après la chute de la Nouvelle-France, la Guerre d’indépendance s’est étendue vers le nord. Les troupes du général George Washington en manoeuvres dans l’État de New York [TRADUCTION] « ont détruit les champs de maïs, brûlé les cabanes longues et pratiquement exterminé toutes les familles iroquoises qui existaient encore » ce qui a renforcé la migration de Mohawks vers le nord dans le territoire britannique. La frontière qui traverse Akwesasne n’a été établie qu’après la conclusion de la Guerre d’indépendance par le Traité de Paris de 1783.

5. L’objection relative à la souveraineté

L’aspect inhabituel de la présente affaire tient à ce que non seulement la valeur, mais l’*objet* même du droit de commerce et de circulation revendiqué dépend d’une frontière qui, en soi, est l’expression de souverainetés non autochtones sur le continent nord-américain.

L’intimé est fier du patrimoine mohawk, et cela se comprend. On pense que la Confédération iroquoise a été formée vers 1450. À leur apogée, selon la preuve acceptée par le juge de première instance, au par. 100 :

[TRADUCTION] ... les Iroquois étaient parvenus à se doter de l’organisation sociale la plus remarquable du Nouveau Monde hormis le Mexique et le Pérou.

Les ancêtres de l’intimé au XVII^e siècle ne savaient certainement pas que des Rois d’une Europe lointaine revendiquaient la souveraineté sur le territoire mohawk. Comme l’a noté le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), p. 543 :

[TRADUCTION] Il est difficile de comprendre que les habitants d’une partie du globe pouvaient avoir des revendications originales légitimes de suprématie sur les habitants de l’autre ou sur les terres qu’ils occupaient

C’est pourtant ce qui est arrivé. En outre, selon le point de vue autochtone, ces premières revendications de « suprématie » européenne sont devenues réalité dans les décennies suivantes. L’avocat de l’intimé ne conteste pas la souveraineté cana-

seeks Mohawk autonomy within the broader framework of Canadian sovereignty.

The common law concept of aboriginal rights is built around the doctrine of sovereign succession in British colonial law. The framers of the *Constitution Act, 1982* undoubtedly expected the courts to have regard in their interpretation of s. 35(1) to the common law concept. This point was made by McLachlin J. (as she then was) (dissenting in the result) in *Van der Peet, supra*, at paras. 227 and 262:

The issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights.

Given the complexity and sensitivity of the issue of defining hitherto undefined aboriginal rights, the pragmatic approach typically adopted by the common law — reasoning from the experience of decided cases and recognized rights — has much to recommend it. [Emphasis added.]

I agree. The *Constitution Act, 1982* ushered in a new chapter but it did not start a new book. Within the framework of s. 35(1) regard is to be had to the common law (“what the law has historically accepted”) to enable a court to determine what constitutes an aboriginal right.

The respondent positions his claim as follows. He makes a point of travelling back and forth across the international border producing his Haudenosaunee passport issued at the capital of the Mohawk Confederacy at Onondaga, New York State. As he explained in testimony:

[The passport] is also to me an expression of recognition, not only by my own Iroquois Confederacy and our nation’s capital, Onondaga, that I carry my own passport, but it is also [a] recognition of Canada and the United States of who my citizenship lies with.

This evidence with respect to the Haudenosaunee passport was said by respondent’s counsel to go

dienne. Il revendique l’autonomie mohawk dans le cadre plus large de la souveraineté canadienne.

En common law, la notion de droits ancestraux est fondée sur le principe de la succession de pouvoirs souverains en droit colonial britannique. Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* s’attendaient indubitablement à ce que les tribunaux tiennent compte de cette notion dans leur interprétation du par. 35(1). Cette question a été soulevée par le juge McLachlin maintenant Juge en chef (dissidente sur le résultat) dans *Van der Peet*, précité, par. 227 et 262 :

Je suis d’avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d’examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux.

Vu le caractère complexe et délicat de la question de la définition de droits ancestraux qui n’ont encore jamais été définis, l’approche pragmatique généralement appliquée en common law — le raisonnement fondé sur l’expérience découlant des précédents et des droits reconnus — présente maints avantages. [Je souligne.]

Je suis d’accord. La *Loi constitutionnelle de 1982* est l’introduction d’un nouveau chapitre et non d’un nouveau livre. Dans le cadre du par. 35(1), les tribunaux doivent considérer la common law (« les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit ») pour déterminer ce qui constitue un droit ancestral.

L’intimé exprime ainsi sa revendication : de façon délibérée il passe et repasse la frontière internationale et présente son passeport haudenosaunee délivré dans la capitale de la Confédération mohawk à Onondaga, État de New York. Il explique ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION] Le [passeport] représente aussi pour moi non seulement la reconnaissance par ma propre Confédération iroquoise et la capitale de notre nation, Onondaga, du fait que je porte sur moi mon propre passeport, mais aussi [la] reconnaissance par le Canada et les États-Unis de la nation de qui relève ma citoyenneté.

L’avocat de l’intimé affirme que cette preuve relative au passeport haudenosaunee se rapporte [TRA-

114

115

116

“to the issue of the basis of the rights that the [respondent] is claiming in this case”.

DUCTION] « à la question du fondement des droits que l’[intimé] revendique en l’espèce ».

117 In assessing aboriginal claims, courts are required to take into account “the perspective of the aboriginal peoples themselves” (*Sparrow, supra*, at p. 1112; *Van der Peet, supra*, at para. 49). From the respondent’s perspective, the aboriginal right flows from Mohawk sovereignty. In Exhibit D-13 he writes, at p. 107:

Dans l’évaluation des revendications autochtones, les tribunaux sont tenus de prendre en considération le « point de vue des autochtones eux-mêmes » (*Sparrow*, précité, p. 1112; *Van der Peet*, précité, par. 49). Du point de vue de l’intimé, le droit ancestral découle de la souveraineté mohawk. Voici ce qu’il dit (pièce D-13, p. 107) :

Akwesasne is a Mohawk community that has existed from time immemorial, with its own laws and government, and we have consistently been determined to maintain the sovereignty of our Nation.

[TRADUCTION] Akwesasne est une communauté mohawk qui existe de temps immémorial, qui possède ses propres lois et son propre gouvernement, et nous avons de façon constante été déterminés à maintenir la souveraineté de notre nation.

To which he adds at p. 135:

Puis il ajoute, à la p. 135 :

I think of myself as a community leader, but my national leaders are the leaders of the Mohawk Nation. I am a citizen of Haudenosaunee; and if anyone says I am also a Canadian citizen, the most I can agree is that we have certain benefits in Canada, by treaty, the same benefits as we have in the United States.

[TRADUCTION] Je me vois comme un chef de communauté, mais mes chefs nationaux sont les chefs de la nation mohawk. Je suis citoyen de Haudenosaunee; et si quelqu’un dit que je suis aussi citoyen canadien, j’admets tout au plus que nous bénéficions de certains avantages au Canada, par traité, les mêmes avantages qu’aux États-Unis.

118 Fundamentally, the respondent views his aboriginal rights as a shield against non-aboriginal laws, including what he sees as the imposition of a border that “wasn’t meant for [the] Kanienkehaka or the Mohawk Nation or any of the Six Nations”. He thus testified at trial:

Fondamentalement, l’intimé considère ses droits ancestraux comme un bouclier contre les lois non autochtones, y compris ce qu’il considère comme l’imposition d’une frontière [TRADUCTION] « qui n’était pas destinée à la nation kanienkehaka ou mohawk ni à aucun membre des Six-Nations ». Voici son témoignage au procès :

Even though my grandfather didn’t speak any English he was able to explain to me, as other elders have, that the promises made by the English to the Haudenosaunee that they would continue to recognize our nation as free and independent peoples. At one meeting they would recite it, what exactly were those words and the gist that we had to understand it.

[TRADUCTION] Même si mon grand-père ne parlait pas l’anglais, il pouvait m’expliquer, comme d’autres aînés l’ont fait, les promesses faites par les Anglais aux Haudenosaunees de continuer à reconnaître notre nation comme étant libre et indépendante. À une rencontre ils relataient l’événement, énonçaient exactement les mots qu’avaient prononcés les Anglais et l’essentiel que nous devions en comprendre.

So, when our people in Akwesasne today say this border was not intended for us, they have an understanding in historical terms of the interpretation of those promises. In our language and the way it is passed down, the line of what is now known as the International Border belongs to somebody else. It wasn’t meant

Alors, quand notre peuple à Akwesasne affirme aujourd’hui que cette frontière ne nous était pas destinée, ils ont une interprétation historique de ces promesses. Dans notre langue et de la façon dont cela nous a été transmis, la ligne de ce qui est maintenant connu comme étant la frontière internationale appartient à quelqu’un d’autre. Cette frontière n’était pas destinée à la nation kanienkehaka ou mohawk ou à aucun autre

for Kanienkehaka or the Mohawk Nation or any of the Six Nations. We understand that much.

In this testimony the respondent refers to “promises made by the English to the Haudenosaunee”, but his claim to base a trading/mobility right and tax exemptions on an existing treaty right was rejected by the trial judge and has not been appealed to this Court. His contention here is that whether or not the British made a treaty promise to that effect, the Mohawks were in fact free under the Mohawk legal regime “to pass and repass . . . across what is now the Canada-United States boundary” with goods for trade and this freedom should now receive s. 35 protection. The claim to trade and mobility across international boundaries as a citizen of Haudenosaunee engages the sovereignty issue.

6. Non-Assertion of Aspects of the Respondent’s Claim

The Trial Division declaration, as stated, recognized an aboriginal right “to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods into Canada for personal and community use, including for trade with other First Nations, without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian Government or authority” (p. 4 (emphasis added)). The word “including” was subsequently deleted in an effort to shrink the scope of the aboriginal right asserted in *this* particular proceeding and thereby to present a smaller target to the appellant’s objection. The Federal Court of Appeal added site-specific limitations to the claimed right. In the end, the declaration issued by the Federal Court of Appeal read as follows (at para. 56):

[T]he plaintiff as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982*, when crossing the international border from New York to Ontario or Quebec, to bring with him

membre des Six-Nations. Nous comprenons au moins cela.

Dans ce témoignage, l’intimé évoque les « promesses faites par les Anglais aux Haudenosaunees », mais le juge de première instance a rejeté sa revendication visant à fonder les exemptions fiscales et le droit de commerce et de circulation sur un droit existant issu d’un traité, et cette décision n’a pas été portée en appel devant notre Cour. Il soutient ici que, avec ou sans promesse des Britanniques à cet effet par traité, les Mohawks étaient en fait libres en vertu du régime juridique mohawk [TRADUCTION] « de passer et de repasser [. . .] ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis » avec des marchandises pour usage commercial et que cette liberté devrait maintenant être protégée par l’art. 35. Cette revendication du droit de commerce et de circulation à travers les frontières internationales, en tant que citoyen de Haudenosaunee, met en jeu la question de la souveraineté.

6. La non-allégation de certains aspects de la réclamation de l’intimé

Le jugement déclaratoire de la Section de première instance reconnaît un droit ancestral « de passer et de repasser librement ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis, ce droit comprenant également le droit d’introduire au Canada des marchandises à usage personnel et communautaire, y compris des marchandises destinées au commerce avec les autres Premières nations, et ce sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane » (par. 3 (je souligne)). Les mots « comprenant » et « y compris » ont par la suite été enlevés en vue de réduire la portée du droit ancestral revendiqué dans *ces* procédures et, par le fait même, de restreindre ce que pouvait contester l’appelant. La Cour d’appel fédérale a ajouté des restrictions géographiques au droit revendiqué. Finalement, le jugement déclaratoire de la Cour d’appel fédérale se lit comme suit (au par. 56) :

Le demandeur, en sa qualité de Mohawk d’Akwesasne résidant au Canada, jouit d’un droit ancestral existant que protègent les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, savoir celui de rapporter en franchise des droits de douane et taxes du Canada, lorsqu’il tra-

119

120

to Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, or for non-commercial scale trade with First Nation communities in Ontario or Quebec, goods bought in the State of New York without having to pay any duty or taxes to the government of Canada.

121 In his opening address at trial, counsel for the respondent also made it clear that no claim is made in *this* action to import prohibited or controlled goods:

So that it will be perfectly clear from the outset of the trial, my lord, Plaintiff states immediately and unequivocally that he is not here pleading and that this case is not about any right to bring across the Canada/U.S. border any form of firearm or any form of restricted or prohibited drug, alcohol, plants or the like. Nor do the facts in this case raise the issue of importation into Canada of commercial goods for the primary purpose of competing in the commercial mainstream in Canada. Plaintiff is not, my lord, seeking any judicial determination of that issue in this case. [Emphasis added.]

122 When asked by the trial judge whether the claim included “commercial trade” (as defined, e.g., in *Gladstone, supra*, at para. 57), he said not “at this time”.

123 The respondent takes the position that aboriginal peoples do not have to claim the full extent of their entitlement. He reiterated that the purpose of s. 35 was to bring about a reconciliation between Canadian society and its aboriginal communities (*Van der Peet, supra*), and characterized the respondent’s willingness to exclude from his claim a right to bring across the border prohibited goods (e.g., firearms and illegal drugs) and controlled goods (e.g., alcohol, though not tobacco) as a reasonable concession in pursuit of such a reconciliation. However, in considering whether the evidence gives rise to the claimed right, it is necessary to look at *all* of the evidence to determine whether, in its totality, it establishes not only a pre-contact practice that was *capable* of being carried forward

verse la frontière internationale pour aller de l’État de New York en Ontario ou au Québec, des marchandises achetées dans cet État pour son usage ou sa consommation personnelle, ou pour l’usage ou la consommation collective des membres de la communauté d’Akwesasne, ou encore à des fins d’échanges non commerciaux avec d’autres Premières nations en Ontario ou au Québec.

Dans son exposé introductif au procès, l’avocat de l’intimé a indiqué clairement que, dans *cette* action, on ne revendiquait pas le droit d’importer des marchandises prohibées ou contrôlées :

[TRADUCTION] J’aimerais bien faire comprendre dès le début du procès que le demandeur affirme immédiatement et sans équivoque qu’il n’est pas ici pour revendiquer un droit de traverser la frontière entre les États-Unis et le Canada en transportant une forme quelconque d’arme à feu ou de drogue, alcool, plante ou produit semblable à usage restreint ou prohibé. Par ailleurs, les faits de l’espèce ne soulèvent pas la question de l’importation au Canada de marchandises commerciales en vue principalement d’être compétitif sur le marché canadien. Le demandeur ne demande pas qu’une décision judiciaire soit rendue sur cette question dans la présente affaire. [Je souligne.]

Quand le juge de première instance lui a demandé si la revendication comprenait la « vente commerciale » (telle que définie par ex. dans *Gladstone*, précité, par. 57), il a répondu : [TRADUCTION] « pas à ce moment ».

L’intimé prétend que les autochtones n’ont pas à revendiquer la pleine portée de leur droit. Il a répété que l’art. 35 visait à réconcilier la société canadienne et ses communautés autochtones (*Van der Peet*, précité), et a qualifié son consentement à exclure de sa revendication le droit de transporter au-delà de la frontière des marchandises prohibées (p. ex. des armes à feu et des drogues illicites) et des marchandises contrôlées (dont l’alcool, mais pas le tabac) de concession raisonnable dans la poursuite d’une telle réconciliation. Toutefois, pour déterminer si la preuve établit le droit revendiqué, il faut examiner *toute* la preuve pour déterminer si, dans son ensemble, elle établit non seulement une pratique antérieure au contact avec les Européens *susceptible* de se poursuivre sous les nouveaux

under the new European-based legal orders but a practice that is compatible with Canadian sovereignty.

The analysis of the courts below in support of the respondent's position, if accepted, would suggest that in future cases other Mohawks would argue with some force that the historical practice of the free movement of people and goods having been established in this case, any other restrictions on the movement of goods, people and perhaps capital would have to be justified under the *Sparrow* doctrine.

7. The Substance of the Claim Disclosed by the Evidence

For the reasons already mentioned, the respondent's claim, despite the concessions made in argument, is not just about physical movement of people or goods in and about Akwesasne. It is about pushing the envelope of Mohawk autonomy within the Canadian Constitution. It is about the Mohawks' aspiration to live as if the international boundary did not exist. Whatever financial benefit accrues from the ability to move goods across the border without payment of duty is clearly incidental to this larger vision.

It is true that in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, the Court warned, at para. 27, against casting the Court's aboriginal rights inquiry "at a level of excessive generality". Yet when the claim, as here, can only properly be construed as an international trading and mobility right, it has to be addressed at that level.

In the constitutional framework envisaged by the respondent, the claimed aboriginal right is simply a manifestation of the more fundamental relationship between the aboriginal and non-aboriginal people. In the Mohawk tradition this relationship is memorialized by the "two-row" wampum, referred to by the respondent in Exhibit D-13, at pp. 109-110, and in his trial evidence (trans., vol. 2, at pp. 191-92), and described in the Haudenosaunee

régimes juridiques européens mais aussi une pratique compatible avec la souveraineté canadienne.

Si on l'acceptait, l'analyse des jugements d'appel en faveur de la position de l'intimé signifierait qu'à l'avenir d'autres Mohawks pourraient soutenir avec une certaine fermeté que, puisque la pratique historique de la libre circulation des personnes et des marchandises a été établie en l'espèce, toute autre restriction à la circulation des marchandises, des personnes et peut-être même du capital devrait faire l'objet d'une justification en vertu du principe de l'arrêt *Sparrow*.

7. La nature de la revendication selon la preuve

Pour les motifs déjà exposés, la revendication de l'intimé, malgré les concessions faites au cours des débats, ne concerne pas seulement le déplacement physique de personnes ou de marchandises à Akwesasne. Elle vise à élargir au maximum l'autonomie mohawk au sein de la Constitution canadienne. Elle concerne l'aspiration des Mohawks à vivre comme si la frontière internationale n'existait pas. L'avantage financier qui découlerait de la capacité de transporter des marchandises au-delà de la frontière sans acquitter de droits est clairement accessoire à cette vision plus large.

Il est vrai que dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 27, la Cour met en garde contre « un degré excessif de généralité » dans l'examen des droits ancestraux. Pourtant, quand la revendication, comme en l'espèce, vise clairement un droit de commerce et de circulation internationaux, il faut le considérer sous cet angle.

Dans le cadre constitutionnel qu'envisage l'intimé, le droit ancestral revendiqué est simplement une manifestation de la relation plus fondamentale entre les autochtones et les non autochtones. Dans la tradition mohawk, cette relation est symbolisée par le wampoum à « deux rangs », auquel se réfère l'intimé à la pièce D-13, p. 109-110, et dans son témoignage au procès (transc., vol. 2, p. 191-192), et qui est décrit comme suit dans l'exposé des

124

125

126

127

presentation to the Parliamentary Special Committee on Indian Self-Government in 1983 as follows:

When the Haudenosaunee first came into contact with the European nations, treaties of peace and friendship were made. Each was symbolized by the Gus-Wen-Tah or Two Row Wampum. There is a bed of white wampum which symbolizes the purity of the agreement. There are two rows of purple, and those two rows have the spirit of your ancestors and mine. There are three beads of wampum separating the two rows and they symbolize peace, friendship and respect.

These two rows will symbolize two paths or two vessels, travelling down the same river together. One, a birch bark canoe, will be for the Indian people, their laws, their customs and their ways. The other, a ship, will be for the white people and their laws, their customs and their ways. We shall each travel the river together, side by side, but in our own boat. Neither of us will try to steer the other's vessel.

(Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee (1983), back cover)

Haudenosaunees au Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens en 1983 :

Lorsque les Haudenosaunees sont entrés en contact avec les Européens, ils ont conclu avec eux des traités de paix et d'amitié. Chacun était symbolisé par la Gus-Wen-Tah ou ceinture de wampoums à deux rangs. Il y a un lit de wampoum blanc, qui est censé symboliser la pureté de l'entente. Il y a deux rangées en pourpre, et ces deux rangées sont conformes à l'esprit de vos ancêtres et des miens. Il y a trois perles de wampoum qui séparent les deux rangées. Elles symbolisent, ces trois perles, la paix, l'amitié et le respect.

Les deux rangs représentent deux voies parallèles, deux embarcations navigant ensemble sur le même cours d'eau. L'une, un canot d'écorce, représente les Indiens, leurs lois, leurs coutumes et leurs traditions, tandis que l'autre, un navire, désigne les Blancs, leurs lois, leurs coutumes et leurs traditions. Les deux peuples voyagent côte à côte, chacun dans son embarcation, sans que ni l'un ni l'autre n'essaie de diriger l'embarcation de son voisin.

(L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial (1983), plat verso)

128 Thus, in the "two-row" wampum there are two parallel paths. In one path travels the aboriginal canoe. In the other path travels the European ship. The two vessels co-exist but they never touch. Each is the sovereign of its own destiny.

Le wampoum « à deux rangs » comporte deux courants parallèles. Le canot autochtone se déplace dans l'un d'eux et le navire européen dans l'autre. Les deux embarcations coexistent, mais ne se touchent jamais. Chacun d'eux est maître de sa propre destinée.

129 The modern embodiment of the "two-row" wampum concept, modified to reflect some of the realities of a modern state, is the idea of a "merged" or "shared" sovereignty. "Merged sovereignty" asserts that First Nations were not wholly subordinated to non-aboriginal sovereignty but over time became merger partners. The final *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2 (*Restructuring the Relationship* (1996)), at p. 214, says that "Aboriginal governments give the constitution [of Canada] its deepest and most resilient roots in the Canadian soil." This updated concept of Crown sovereignty is of importance. Whereas historically the Crown may have been portrayed as an entity across the seas with which aboriginal people could scarcely be expected to identify, this was no longer the case in

L'incarnation moderne du concept du wampoum « à deux rangs », modifié pour refléter certaines réalités de l'État moderne, est l'idée de souveraineté « fusionnée » ou « partagée ». Selon la « souveraineté fusionnée », les Premières nations n'ont pas été totalement assujetties à une souveraineté non autochtone mais, avec le temps, sont devenues des parties au fusionnement. Dans son rapport final, vol. 2 (*Une relation à redéfinir* (1996)), p. 236, la Commission royale sur les peuples autochtones affirme que « ce sont eux [les gouvernements autochtones] qui enracinent le plus profondément et le plus solidement la Constitution [du Canada] dans le sol canadien ». Cette notion nouvelle de la souveraineté de la Couronne est importante. Bien qu'historiquement, la Couronne ait pu être représentée comme une entité lointaine

1982 when the s. 35(1) reconciliation process was established. The Constitution was patriated and all aspects of our sovereignty became firmly located within our borders. If the principle of “merged sovereignty” articulated by the Royal Commission on Aboriginal Peoples is to have any true meaning, it must include at least the idea that aboriginal and non-aboriginal Canadians *together* form a sovereign entity with a measure of common purpose and united effort. It is this new entity, as inheritor of the historical attributes of sovereignty, with which existing aboriginal and treaty rights must be reconciled.

The final *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, goes on to describe “shared” sovereignty at pp. 240-41 as follows:

Shared sovereignty, in our view, is a hallmark of the Canadian federation and a central feature of the three-cornered relations that link Aboriginal governments, provincial governments and the federal government. These governments are sovereign within their respective spheres and hold their powers by virtue of their constitutional status rather than by delegation. Nevertheless, many of their powers are shared in practice and may be exercised by more than one order of government.

On this view, to return to the nautical metaphor of the “two-row” wampum, “merged” sovereignty is envisaged as a single vessel (or ship of state) composed of the historic elements of wood, iron and canvas. The vessel’s components pull together as a harmonious whole, but the wood remains wood, the iron remains iron and the canvas remains canvas. Non-aboriginal leaders, including Sir Wilfrid Laurier, have used similar metaphors. It represents, in a phrase, partnership without assimilation.

The s. 35(1) issue arising out of all this is signalled in the style of cause. The respondent sued as “GRAND CHIEF MICHAEL MITCHELL also known as KANENTAKERON”. He lives with a

par-delà les mers à laquelle on ne pouvait guère s’attendre que les autochtones s’identifient, cela n’était plus le cas en 1982 quand le processus de conciliation du par. 35(1) a été établi. Avec le rapatriement de la Constitution, tous les aspects de la souveraineté canadienne se sont fermement ancrés à l’intérieur de nos frontières. Si le principe de « souveraineté fusionnée » énoncé par la Commission royale sur les peuples autochtones doit avoir un sens véritable, il doit comporter au moins l’idée que les Canadiens autochtones et non autochtones forment *ensemble* une entité souveraine munie d’une certaine communauté d’objectifs et d’efforts. C’est avec cette nouvelle entité, héritière des attributs historiques de la souveraineté, qu’il faut concilier les droits existants ancestraux ou issus de traités.

Le rapport final de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 2, décrit ensuite la souveraineté « partagée » de cette façon (à la p. 266) :

La souveraineté partagée est, à notre avis, une caractéristique de la fédération canadienne et un élément clé des rapports triangulaires qui lient les gouvernements autochtones, les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral. Chacun d’eux est souverain à l’intérieur de sa propre sphère et détient ses pouvoirs en vertu de son statut constitutionnel et non par délégation. Néanmoins, dans la pratique, nombre de ces pouvoirs sont partagés et peuvent être exercés par plus d’un ordre de gouvernement.

Selon ce point de vue, pour reprendre la métaphore nautique du wampoum « à deux rangs », la souveraineté « fusionnée » est envisagée comme une seule embarcation (ou navire de l’État) constituée d’éléments historiques que sont le bois, le fer et la toile. Les éléments constitutifs de l’embarcation forment un tout harmonieux, mais le bois reste du bois, le fer reste du fer et la toile reste de la toile. Des dirigeants non autochtones, dont Sir Wilfrid Laurier, ont utilisé des métaphores semblables. Cela représente en peu de mots un partenariat sans assimilation.

La question qui découle de tout cela, aux fins du par. 35(1), ressort de l’intitulé. L’intimé poursuit en justice sous le nom de « GRAND CHEF MICHAEL MITCHELL alias KANENTAKE-

foot simultaneously in two cultural communities, each with its own framework of legal rights and responsibilities. As Kanentakeron he describes learning from his grandfather the spiritual practices of the People of the Longhouse, whose roots in North America go back perhaps 10,000 years. Yet the name Michael Mitchell announces that he is also part of modern Canada who watches television from time to time and went to high school in Cornwall. As much as anyone else in this country, he is a part of our collective sovereignty. He writes in Exhibit D-13, at p. 135:

If anyone thinks that Mohawks are anti-Canadian or American, then we kindly remind you that First Nations in North America, in ratio to other nationalities, sent more soldiers to the First and Second World Wars. Since we usually wound up on the front lines, many of our people didn't make it home.

132 The dual aspect reflected in the style of cause of the respondent's action also finds its parallel in the Court's treatment of the rights of aboriginal peoples. What is "integral to the aboriginal community's distinctive culture" (*Van der Peet*, at para. 55) is constitutionally protected. In *other* respects however, the respondent and other aboriginal people live and contribute as part of our national diversity. So too in the Court's definition of aboriginal rights. They find their source in an earlier age, but they have not been frozen in time. They are, as has been said, rights not relics. They are projected into modern Canada where they are exercised as group rights in the 21st century by modern Canadians who wish to preserve and protect their aboriginal identity.

133 In the earlier years of the century the federal government occasionally argued that Parliament's jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* ("Indians, and Lands reserved for the Indians") was plenary. Indians were said to be federal people whose lives were wholly subject to federal "regulation". This was rejected by the courts, which ruled that while an aboriginal person could be characterized as an Indian for some purposes

RON ». Il appartient simultanément à deux communautés culturelles, qui ont chacune leur propre système de droits et de responsabilités juridiques. En tant que Kanentakeron, il relate comment son grand-père lui a enseigné les pratiques spirituelles du Peuple de la cabane longue, dont les racines en Amérique du Nord remontent à 10 000 ans peut-être. Pourtant le nom Michael Mitchell indique qu'il appartient aussi au Canada moderne; à l'occasion il regarde la télévision et il est allé à l'école secondaire à Cornwall. Comme quiconque au pays il fait partie de notre souveraineté collective. Voici ce qu'il dit, pièce D-13, p. 135 :

[TRADUCTION] Si quelqu'un pense que les Mohawks sont anti-Canadiens ou anti-Américains, j'aimerais rappeler que les Premières nations en Amérique du Nord, proportionnellement à d'autres nationalités, ont envoyé plus de soldats aux Première et Seconde Guerres mondiales. Puisque nous nous retrouvons habituellement aux premières lignes du front, beaucoup parmi les nôtres ne sont pas revenus chez eux.

La dualité que révèle l'intitulé de l'action intentée par l'intimé fait parallèle à la façon dont la Cour traite les droits des autochtones. Ce qui est « partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone » (*Van der Peet*, par. 55) est protégé par la Constitution. À d'autres égards toutefois, l'intimé et d'autres autochtones font partie de notre diversité nationale et y contribuent. Cela est vrai aussi dans la définition donnée par notre Cour aux droits autochtones. Ils trouvent leur origine à une époque antérieure, mais ils n'ont pas été figés dans le temps. Comme on l'a dit, il s'agit de droits et non de reliques. Ils sont projetés dans un Canada moderne où ils sont exercés comme droits collectifs au 21^e siècle par des Canadiens modernes qui souhaitent préserver et protéger leur identité autochtone.

Au début du 20^e siècle, le gouvernement fédéral faisait occasionnellement valoir que la compétence du Parlement en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (« Les Indiens et les terres réservées aux Indiens ») était absolue. On disait que les Indiens étaient des « personnes fédérales » dont la vie était entièrement régie par la « réglementation » fédérale. Cette approche a été rejetée par les tribunaux, qui ont jugé que, bien

including language, culture and the exercise of traditional rights, he or she does not cease thereby to be a resident of a province or territory. For other purposes he or she must be recognized and treated as an ordinary member of Canadian society. In a decision handed down soon after the coming into force of the *Constitution Act, 1982*, *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, a tax case, Dickson J. (as he then was) wrote at p. 36, “Indians are citizens and, in affairs of life not governed by treaties or the *Indian Act*, they are subject to all of the responsibilities . . . of other Canadian citizens”. See also *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, at p. 763, *per* Laskin C.J., and *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, at p. 326, *per* Beetz J. In *Gladstone* (at para. 73) and again in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (at para. 165), Lamer C.J. repeats that “distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign” (emphasis added). The constitutional objective is reconciliation not mutual isolation.

The Royal Commission does not explain precisely how “shared sovereignty” is expected to work in practice, although it recognized as a critical issue how “60 to 80 historically based nations in Canada at present, comprising a thousand or so local Aboriginal communities” would “interact with the jurisdictions of the federal and provincial governments” in cases of operational conflict (final report, vol. 2, *supra*, at pp. 166 and 216). It also recognized the challenge aboriginal self-government poses to the orthodox view that constitutional powers in Canada are wholly and exhaustively distributed between the federal and provincial governments: see, e.g., *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (P.C.), at p. 581; P. W. Hogg and M. E. Turpel, “Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 187, at p. 192; this issue

qu’un autochtone puisse être caractérisé comme Indien à certaines fins, notamment la langue, la culture et l’exercice des droits traditionnels, il ne cesse pas pour autant d’être résident d’une province ou d’un territoire. Pour d’autres fins, il doit être reconnu et traité comme un membre ordinaire de la société canadienne. Peu après l’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, une affaire fiscale, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrit, à la p. 36 : « Les Indiens possèdent la citoyenneté canadienne et, dans les affaires qui ne sont régies ni par des traités ni par la *Loi sur les Indiens*, ils ont les mêmes responsabilités [. . .] que les autres citoyens canadiens ». Voir aussi *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, p. 763, le juge en chef Laskin, et *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 326, le juge Beetz. Dans *Gladstone* (au par. 73) et encore une fois dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (au par. 165), le juge en chef Lamer répète que « les sociétés autochtones distinctives existent au sein d’une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s’exerce la souveraineté de Sa Majesté » (je souligne). L’objectif constitutionnel est la conciliation et non pas l’isolement mutuel.

La Commission royale n’explique pas précisément comment la « souveraineté partagée » doit fonctionner en pratique, même si elle reconnaît qu’il est crucial de déterminer « quelles sont les interactions entre » les « 60 à 80 nations historiques au Canada, par comparaison à un millier de collectivités autochtones », et « [la compétence] des gouvernements fédéral et provinciaux » en cas de conflit opérationnel (rapport final, vol. 2, *op. cit.*, p. 185 et 239). Elle reconnaît également le défi que constitue l’autonomie gouvernementale des autochtones à l’égard du point de vue orthodoxe selon lequel toutes les compétences constitutionnelles au Canada sont réparties entre les gouvernements fédéral et provinciaux : voir, p. ex., *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571, p. 581; P. W. Hogg et M. E. Turpel, « Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional

is presently before the courts in British Columbia in *Campbell v. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123. There are significant economic and funding issues. Some aboriginal people who live off reserves, particularly in urban areas, have serious concerns about how self-government would affect them, as discussed in part in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. With these difficulties in mind perhaps, the Royal Commission considered it to be “essential that any steps toward self-government be initiated by the aboriginal group in question and “respond to needs identified by its members” (*Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government and the Constitution* (1993), at p. 41). It rejected the “one size fits all” approach to First Nations’ self-governing institutions in favour of a negotiated treaty model. The objective, succinctly put, is to create sufficient “constitutional space for aboriginal peoples to be aboriginal”: D. Greschner, “Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice”, [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338, at p. 342. See also J. Borrows, “Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 15, at p. 34. The Royal Commission Final Report, vol. 2, states at p. 214 that:

Section 35 does not warrant a claim to unlimited governmental powers or to complete sovereignty, such as independent states are commonly thought to possess. As with the federal and provincial governments, Aboriginal governments operate within a sphere of sovereignty defined by the constitution. In short, the Aboriginal right of self-government in section 35(1) involves circumscribed rather than unlimited powers.

135

It is unnecessary, for present purposes, to come to any conclusion about these assertions. What is significant is that the Royal Commission itself sees aboriginal peoples as full participants with non-aboriginal peoples in a shared Canadian sover-

Issues » (1995), 74 *R. du B. can.* 187, p. 192; les tribunaux de Colombie-Britannique sont actuellement saisis de cette question dans *Campbell c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123. Il y a d’importantes questions économiques et financières en jeu. Certains autochtones qui vivent à l’extérieur des réserves, en particulier dans les régions urbaines, ont de sérieuses inquiétudes quant aux incidences que l’autonomie gouvernementale aurait sur eux, comme on l’a analysé en partie dans l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. C’est peut-être en raison de ces difficultés que la Commission royale a estimé « essentiel que toute mesure visant à instaurer l’autonomie gouvernementale soit prise par le groupe autochtone intéressé et qu’elle réponde aux besoins déterminés par ses membres » (*Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l’autonomie gouvernementale et la Constitution* (1993), p. 42). Elle rejette l’approche « taille unique » à l’égard des institutions autonomes des Premières nations et lui préfère un modèle de négociation des traités. L’objectif, en bref, est de créer suffisamment de [TRADUCTION] « place dans la Constitution pour que les autochtones puissent être des autochtones » : D. Greschner, « Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice », [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338, p. 342. Voir aussi J. Borrows, « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court » (2001), 80 *R. du B. can.* 15, p. 34. Dans son rapport final, vol. 2, la Commission royale affirme (à la p. 237) :

L’article 35 n’autorise pas à revendiquer les pouvoirs gouvernementaux illimités ou la souveraineté totale communément reconnus aux États indépendants. Tout comme les gouvernements fédéral et provinciaux, les gouvernements autochtones doivent agir au sein d’une sphère de souveraineté définie par la Constitution. En résumé, les pouvoirs correspondant au droit ancestral à l’autonomie gouvernementale visé au paragraphe 35(1) sont circonscrits et non illimités.

Il n’est pas nécessaire, pour les fins du pourvoi, de tirer des conclusions au sujet de ces affirmations. Ce qui importe c’est que la Commission royale elle-même considère les autochtones comme étant des participants à part entière, avec

eignty. Aboriginal peoples do not stand in opposition to, nor are they subjugated by, Canadian sovereignty. They are part of it.

With this background I return to the point that the respondent does not base his mobility rights in this test case as a Canadian citizen. His counsel acknowledges that s. 35(1) itself does not purport to create rights. It affirms only *existing* rights. The respondent's international trading and mobility right is put forward in his evidence as a right incidental to his status as a citizen of Haudenosaunee, with its capital at Onondaga, near Syracuse, New York State. He explained in his testimony:

Q. You made particular reference, Chief Mitchell, to going to Onondaga. What is the significance of Onondaga?

A. In the Iroquois world as we understand it Onondaga is the capital of the Confederacy, much like Ottawa is the capital of Canada, Washington is the capital of the United States, Onondaga is the capital of the Haudenosaunee, of the Six Nations.

. . .

Q. Chief Mitchell, do you consider yourself a citizen of the Confederacy?

A. I am a citizen of the Haudenosaunee, the Iroquois Confederacy . . . Each of the member nations of the Haudenosaunee if they wish to apply for a passport they go to Onondaga. The passport that we use to travel, we use our own Iroquois Confederacy passport.

The respondent's claim thus presents two defining elements. He asserts a trading and mobility right across the international boundary and he attaches this right to his current citizenship not of Canada but of the Haudenosaunee Confederacy with its capital in Onondaga, New York State.

8. The Legal Basis of the Respondent's Claim

The respondent initially asserted both a treaty right and an aboriginal right but the conceptual

les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Les autochtones ne s'opposent pas à la souveraineté canadienne, et ils ne lui sont pas asservis, ils en font partie.

Dans ce contexte, je reviens à l'argument selon lequel, dans cette affaire-test, l'intimé ne fonde pas sa liberté de circulation sur sa citoyenneté canadienne. Son avocat reconnaît que le par. 35(1) en soi n'est pas censé créer de droits. Il ne fait que réaffirmer des droits *existants*. Dans sa preuve, l'intimé présente son droit de commerce et de circulation internationaux comme un droit accessoire à son statut de citoyen de Haudenosaunee, dont la capitale est à Onondaga, près de Syracuse, New York. Il explique dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. Vous avez parlé en particulier, chef Mitchell, d'un voyage à Onondaga. Que signifie Onondaga?

R. Dans le monde iroquois tel que nous le comprenons, Onondaga est la capitale de la Confédération; comme Ottawa est la capitale du Canada et Washington est la capitale des États-Unis, Onondaga est la capitale de Haudenosaunee, des Six-Nations.

. . .

Q. Vous considérez-vous, chef Mitchell, comme un citoyen de la Confédération?

R. Je suis un citoyen de Haudenosaunee, de la Confédération iroquoise [. . .] Les membres des nations de la Confédération Haudenosaunee qui désirent présenter une demande de passeport se rendent à Onondaga. Nous utilisons notre propre passeport de la Confédération iroquoise pour voyager.

La revendication de l'intimé présente donc deux éléments distinctifs. Il revendique un droit de commerce et de circulation à travers la frontière internationale et il lie ce droit au fait qu'il est actuellement citoyen non pas du Canada, mais de la Confédération haudenosaunee dont la capitale est à Onondaga, dans l'État de New York.

8. Le fondement juridique de la revendication de l'intimé

L'intimé a d'abord fait valoir un droit issu d'un traité et un droit ancestral, mais la distinction con-

136

137

138

distinction between these two sources of entitlement is important. A treaty right is an affirmative promise by the Crown which will be interpreted generously and enforced in a way that upholds the honour of the Crown: *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456.

ceptuelle entre ces deux sources de droit est importante. Un droit issu d'un traité est une promesse affirmative de Sa Majesté, qui sera interprétée libéralement et mise en application d'une façon qui préserve l'honneur de Sa Majesté: *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

139 The trial court acknowledged that if duty-free provisions had been incorporated into a treaty with the Mohawks, the promise would be enforceable as a s. 35 treaty right. A treaty right is itself an expression of Crown sovereignty.

Le juge de première instance a reconnu que si des dispositions concernant la franchise de droits avaient été introduites dans un traité avec les Mohawks, la promesse serait exécutoire comme droit issu d'un traité au sens de l'art. 35. Un droit issu d'un traité est en soi une expression de la souveraineté de la Couronne.

140 In the case of aboriginal rights, there is no historical event comparable to the treaty-making process in which the Crown negotiated the right or obligation sought to be enforced. The respondent's claim is rooted in practices which he says long preceded the Mohawks' first contact with Europeans in 1609.

Dans le cas de droits ancestraux, il n'y a aucun événement historique comparable au processus de conclusion des traités, où Sa Majesté a négocié le droit ou l'obligation qu'on cherche à faire respecter. La revendication de l'intimé est fondée sur des pratiques qui, selon lui, existent depuis bien avant le premier contact des Mohawks avec les Européens en 1609.

141 I return to the comment of McLachlin J., dissenting in the result, in *Van der Peet, supra*, at para. 227 that "[t]he issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights". There was a presumption under British colonial law that the Crown intended to respect the pre-existing customs of the inhabitants that were not deemed to be unconscionable (e.g., Blackstone in *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book I, at p. 107, gave the example, now discredited, of "infidel" laws) or incompatible with the new sovereignty: *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.), at pp. 1047-48; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.), at paras. 1021-24. Professor B. Slatery formulated the traditional principle as follows:

Je reviens au commentaire que faisait le juge McLachlin dissidente sur le résultat dans *Van der Peet*, précité, par. 227 : « Je suis d'avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d'examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux. » Il était présumé, en droit colonial britannique, que Sa Majesté avait l'intention de respecter les coutumes préexistantes des habitants qui n'étaient pas contraires à la conscience (p. ex., Blackstone dans *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 1, p. 184, donnait l'exemple, maintenant discredité, des lois « infidèles ») ou incompatibles avec la nouvelle souveraineté : *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.), p. 1047-1048; *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.), par. 1021-1024. Le professeur B. Slatery énonce le principe traditionnel comme suit :

When the Crown gained sovereignty over an American territory, colonial law dictated that the local customs of the native peoples would presumptively continue in

[TRADUCTION] Quand Sa Majesté avait acquis la souveraineté sur un territoire en Amérique, le droit colonial établissait une présomption selon laquelle les coutumes

force and be recognizable in the courts, except insofar as they were unconscionable or incompatible with the Crown's assertion of sovereignty. [Emphasis added.]

(“Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 738)

In a more recent paper published as “Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 196, Professor Slattery, at p. 201, largely reiterates his earlier proposition although he now substitutes the phrase “Crown suzerainty” for “Crown sovereignty”. The substitution signals a shift in emphasis from sovereignty over individuals to sovereignty over “autonomous” groups, which is perhaps related to arguments in support of aboriginal self-government.

Since *Calder, supra*, the courts have extended recognition beyond pre-existing “rights” to practices, customs or traditions integral to the aboriginal community’s distinctive culture (*Van der Peet, supra*, at para. 53). The aboriginal rights question, as McLachlin J. put it, dissenting in the result, in *Van der Peet*, at para. 248, is traditionally “what laws and customs held sway before superimposition of European laws and customs [?]”

Reference has already been made to the fact that one of several sources of the concept of aboriginal rights, now significantly modified by the more generous principles of constitutional interpretation, is traditional British colonial law. Many of the cases decided by the Judicial Committee of the Privy Council were concerned with rights of property created under a former regime. In *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399, at p. 407, it was confirmed that “A mere change in sovereignty is not to be presumed as meant to disturb rights of private owners” (emphasis added). More recently, Lord Denning, speaking for the Privy Council in *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, at p. 788, said: “In inquiring . . . what rights are recognised, there is one guiding

locales des peuples autochtones continuaient d’être applicables et pouvaient être reconnues par les tribunaux, sauf dans la mesure où elles étaient déraisonnables ou incompatibles avec l’affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté. [Je souligne.]

(« Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 738)

Dans un article plus récent intitulé « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000), 79 *R. du B. can.* 196, le professeur Slattery reprend en grande partie cette proposition à la p. 201, mais remplace l’expression « souveraineté de la Couronne » par « suzeraineté de la Couronne ». Ce changement signale une insistance accrue sur la souveraineté sur des groupes « autonomes » plutôt que la souveraineté sur des individus, ce qui est peut-être lié aux arguments en faveur de l’autonomie gouvernementale des autochtones.

Depuis l’arrêt *Calder*, précité, les tribunaux ont élargi la reconnaissance, au-delà des « droits » préexistants, aux pratiques, coutumes et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone (*Van der Peet*, précité, par. 53). Comme le disait le juge McLachlin, dissidente sur le résultat, dans *Van der Peet*, par. 248, la question des droits ancestraux est traditionnellement celle « [d]es lois et coutumes qui avaient cours avant qu’on leur surimpose les lois et coutumes européennes ».

On a déjà mentionné qu’une des diverses sources de la notion de droits ancestraux, maintenant modifiée considérablement par les principes plus généreux de l’interprétation constitutionnelle, est le droit colonial britannique traditionnel. De nombreuses décisions du Comité judiciaire du Conseil privé se rapportaient à des droits de propriété nés dans le cadre d’un régime antérieur. L’arrêt *Amodu Tijani c. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399, p. 407, confirme que : [TRADUCTION] « On ne doit pas présumer qu’un simple changement de la souveraineté vise à modifier les droits de propriété privée » (je souligne). Plus récemment, Lord Denning, au nom du Conseil privé dans *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, p. 788, dit : [TRADUCTION] « En se demandant

142

143

144

principle. It is this: The courts will assume that the British Crown intends that the rights of property of the inhabitants are to be fully respected” (emphasis added). As with the modern law of aboriginal rights, the law of sovereign succession was intended to reconcile the interests of the local inhabitants across the empire to a change in sovereignty.

[...] quels droits sont reconnus, il existe un principe directeur. Ce principe est le suivant : Les tribunaux présumeront que la Couronne britannique veut que l’on respecte intégralement les droits de propriété des habitants » (je souligne). Comme le droit moderne sur les droits ancestraux, le droit relatif à la succession de pouvoirs souverains visait à concilier les intérêts des habitants des régions de l’empire au changement de souveraineté.

145 The concept of a *presumption* was endorsed by Hall J. in *Calder, supra*, at p. 402:

Le juge Hall, dans *Calder*, précité, p. 402, appuie l’idée d’une *présomption* :

The appellants rely on the presumption that the British Crown intended to respect native rights; therefore, when the Nishga people came under British sovereignty . . . they were entitled to assert, as a legal right, their Indian title. [Emphasis added.]

Les appelants se fondent sur la présomption que la Couronne britannique a voulu respecter les droits aborigènes; par conséquent, lorsque le peuple nishga a été soumis à la souveraineté britannique [...], il avait le droit de faire valoir son titre indien, comme droit juridique. [Je souligne.]

146 It was subsequently affirmed that aboriginal rights could exist independently of “aboriginal title” (*Van der Peet, supra*, at para. 74; *Adams, supra*, at para. 26). Further, in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, Dickson J. emphasized the “legal” character of the resulting aboriginal right: “[i]n *Calder* . . . this Court recognized aboriginal title as a legal right derived from the Indians’ historic occupation and possession of their tribal lands” (p. 376 (emphasis added)), and then went on to state the proposition that the Indians were “the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion” (p. 378 (emphasis added; emphasis in original deleted)).

On a par la suite affirmé que des droits ancestraux pouvaient exister indépendamment de l’existence d’un « titre aborigène » (*Van der Peet*, précité, par. 74; *Adams*, précité, par. 26). En outre, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, met l’accent sur le fait que le droit ancestral en résultant est « issu de la common law » : « [Dans *Calder*], cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l’occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales » (p. 376 (je souligne)), et formule ensuite la proposition selon laquelle les Indiens étaient « les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré » (p. 378 (je souligne; soulignement dans l’original omis)).

147 The High Court of Australia has reached a similar conclusion with respect to the legal regime governing Australian aboriginal people: *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, *per* Brennan J., for the majority, at pp. 55-57, and Toohey J., at p. 184. See also *Wik Peoples v. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1.

La Haute Cour d’Australie a tiré une conclusion semblable en ce qui concerne le régime juridique régissant les Autochtones d’Australie : *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, le juge Brennan au nom de la majorité, p. 55-57, et le juge Toohey, p. 184. Voir aussi *Wik Peoples c. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1.

148 I am far from suggesting that the key to s. 35(1) reconciliation is to be found in the legal archives of the British Empire. The root of the respondent’s

Je ne suggère aucunement que la clé de la réconciliation recherchée par le par. 35(1) se trouve dans les archives juridiques de l’Empire britannique. Le

argument nevertheless is that the Mohawks of Akwesasne acquired under the legal regimes of 18th century North America, a positive legal right as a group to continue to come and go across any subsequent international border dividing their traditional homelands with whatever goods they wished, just as they had in pre-contact times. In other words, Mohawk autonomy in this respect was continued but not as a mere custom or practice. It emerged in the new European-based constitutional order as a *legal trading and mobility right*. By s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, it became a constitutionally protected right. That is the respondent's argument.

9. The Limitation of "Sovereign Incompatibility"

Care must be taken not to carry forward doctrines of British colonial law into the interpretation of s. 35(1) without careful reflection. In *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), and *R. v. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), for example, it was held by two provincial courts of appeal that s. 35(1) "recognized and affirmed" (and thus set in constitutional concrete) the traditional frailties of common law aboriginal rights, including their vulnerability to unilateral extinguishment by governments. This was rejected in *Sparrow, supra*, where the Court construed s. 35(1) as affirming the promise of a new commitment by Canadians to resolve some of the ancient grievances that have exacerbated relations between aboriginal and non-aboriginal communities.

Yet the language of s. 35(1) cannot be construed as a wholesale repudiation of the common law. The subject matter of the constitutional provision is "existing" aboriginal and treaty rights and they are said to be "recognized and affirmed" not wholly cut loose from either their legal or historical origins. One of the defining characteristics of sovereign succession and therefore a limitation on the scope of aboriginal rights, as already discussed, was the notion of incompatibility with the new

point de départ de l'argumentation de l'intimé est néanmoins que les Mohawks d'Akwesasne ont acquis sous les régimes juridiques du 18^e siècle en Amérique du Nord un droit collectif reconnu par la loi de continuer de passer et de repasser toute frontière internationale ultérieure qui traverserait leurs terres traditionnelles, avec les marchandises qu'ils voudraient, comme avant le contact avec les Européens. Autrement dit, l'autonomie mohawk à cet égard s'est poursuivie, mais pas comme simple coutume ou pratique. Elle est apparue dans le nouvel ordre constitutionnel européen en tant que *droit en common law* de commerce et de circulation. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* en a fait un droit constitutionnellement protégé. Tel est l'argument de l'intimé.

9. La restriction relative à « l'incompatibilité de souveraineté »

Il faut se garder d'introduire des principes de droit colonial britannique dans l'interprétation du par. 35(1) sans mûre réflexion. À titre d'exemple, dans *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), et *R. c. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), deux cours d'appel provinciales ont conclu que le par. 35(1) a [TRADUCTION] « reconnu et confirmé » (et donc solidement constitutionnalisés) les lacunes traditionnelles des droits ancestraux en common law, y compris leur vulnérabilité à l'extinction par décision unilatérale des gouvernements. Ce point de vue a été écarté dans l'arrêt *Sparrow*, précité, où la Cour a interprété le par. 35(1) comme exprimant la promesse d'un nouvel engagement de la part des Canadiens de résoudre certains des anciens différends qui ont exacerbé les relations entre les autochtones et les non autochtones.

Toutefois, le libellé du par. 35(1) ne peut être interprété comme une répudiation globale de la common law. Cette disposition constitutionnelle vise les droits « existants » ancestraux ou issus de traités et dit qu'ils sont « reconnus et confirmés », non pas qu'ils sont détachés complètement de leurs origines juridiques et historiques. Comme nous l'avons vu, la notion d'incompatibilité avec la nouvelle souveraineté était l'une des caractéristiques déterminantes de la succession de pouvoirs souve-

149

150

sovereignty. Such incompatibility seems to have been accepted, for example, as a limitation on the powers of aboriginal self-government in the 1993 working report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government and the Constitution*, *supra*, at p. 23:

... Aboriginal nations did not lose their inherent rights when they entered into a confederal relationship with the Crown. Rather, they retained their ancient constitutions so far as these were not inconsistent with the new relationship. [Emphasis added.]

rains et constituait par le fait même une restriction quant à la portée des droits ancestraux. Dans son rapport de travail de 1993, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, *op. cit.*, p. 23, la Commission royale sur les peuples autochtones semble avoir accepté une telle incompatibilité, par exemple, en tant que restriction aux pouvoirs d'un gouvernement autonome autochtone :

... les peuples autochtones n'ont pas perdu leurs droits inhérents en nouant des rapports d'ordre confédéral avec la Couronne. Au contraire, ils ont conservé leurs anciennes constitutions dans la mesure où celles-ci n'allaient pas à l'encontre de ces nouveaux rapports. [Je souligne.]

151 Prior to *Calder*, *supra*, “sovereign incompatibility” was given excessive scope. The assertion of sovereign authority was confused with doctrines of feudal title to deny aboriginal peoples any interest at all in their traditional lands or even in activities related to the use of those lands. To acknowledge that the doctrine of sovereign incompatibility was sometimes given excessive scope in the past is not to deny that it has any scope at all, but it is a doctrine that must be applied with caution.

Avant l'arrêt *Calder*, précité, on accordait une portée excessive à l'« incompatibilité avec la souveraineté ». L'affirmation du pouvoir souverain était confondue avec les théories du titre féodal de façon à priver les autochtones de tout droit sur leurs terres traditionnelles ou même sur les activités liées à l'utilisation de ces terres. Reconnaître qu'on a parfois accordé une portée excessive au principe de l'incompatibilité de souveraineté dans le passé n'équivaut pas à affirmer qu'il n'a aucune portée mais plutôt qu'il faut appliquer ce principe avec prudence.

152 I take an illustration from the evidence in this case. The trial judge showed that pre-contact the Mohawks, as a military force, moved under their own command through what is now parts of southern Ontario and southern Quebec. The evidence, taken as a whole, suggests that military values were “a defining feature of the Mohawk [or Iroquois] culture”, to use my colleague's expression at para. 54. Indeed, the Mohawk warrior tradition has its adherents to this day. As previously noted, the trial judge at p. 35 thought the Mohawks' military activities in the St. Lawrence River Valley probably got in the way of their trading activities:

Je prends un exemple dans la preuve en l'espèce. Le juge de première instance a montré qu'avant le contact avec les Européens, les Mohawks, en tant que force militaire, ont parcouru sous leur propre commandement des parties du sud de l'Ontario et du Québec actuels. La preuve, considérée dans son ensemble, indique que les valeurs militaires étaient « une caractéristique déterminante de la culture mohawk [ou iroquoise] », pour reprendre les termes de ma collègue au par. 54. Bien sûr, la tradition guerrière des Mohawks a encore ses partisans aujourd'hui. Comme on le dit plus haut, le juge de première instance au par. 135 pensait que les activités militaires des Mohawks dans la vallée du Saint-Laurent faisaient vraisemblablement obstacle à leurs activités commerciales :

[I]t is difficult to see how an army would engage in trade with their enemies while in pursuit of them.

However, important as they may have been to the Mohawk identity as a people, it could not be said, in my view, that pre-contact warrior activities gave rise under successor regimes to a *legal right* under s. 35(1) to engage in military adventures on Canadian territory. Canadian sovereign authority has, as one of its inherent characteristics, a monopoly on the *lawful* use of military force within its territory. I do not accept that the Mohawks *could* acquire under s. 35(1) a legal right to deploy a military force in what is now Canada, as and when they choose to do so, even if the warrior tradition was to be considered a defining feature of pre-contact Mohawk society. Section 35(1) should not be interpreted to throw on the Crown the burden of demonstrating subsequent extinguishment by “clear and plain” measures (*Gladstone, supra*, at para. 31) of a “right” to organize a private army, or a requirement to justify such a limitation after 1982 under the *Sparrow* standard. This example, remote as it is from the particular claim advanced in this case, usefully illustrates the principled limitation flowing from sovereign incompatibility in the s. 35(1) analysis.

In my opinion, sovereign incompatibility continues to be an element in the s. 35(1) analysis, albeit a limitation that will be sparingly applied. For the most part, the protection of practices, traditions and customs that are distinctive to aboriginal cultures in Canada does not raise legitimate sovereignty issues at the definitional stage.

10. The Alleged Incompatibility Between the Aboriginal Right Disclosed by the Evidence and Canadian Sovereignty

I proceed to the next step keeping in mind that the respondent’s claim must respond not only to the historical requirements that have traditionally preoccupied aboriginal law but also to the recon-

[I] est plus difficile de concevoir qu’une armée commerce avec ses ennemis tout en les pourchassant.

Toutefois, si importantes qu’elles aient été pour l’identité du peuple mohawk, on ne pourrait pas dire, à mon avis, que les activités guerrières antérieures au contact avec les Européens ont donné naissance sous les régimes successeurs à un *droit* en vertu du par. 35(1) de se livrer à des opérations militaires sur le territoire canadien. L’une des caractéristiques inhérentes du pouvoir souverain canadien est le monopole de l’utilisation *licite* de la force militaire sur son territoire. Je ne peux admettre que les Mohawks *pourraient* acquérir en vertu du par. 35(1) un droit de déployer à leur gré une force militaire sur ce qui est maintenant le territoire canadien, même si la tradition guerrière devait être considérée comme étant une caractéristique distinctive de la société mohawk avant le contact avec les Européens. Le paragraphe 35(1) ne devrait pas être interprété de façon à imposer à la Couronne le fardeau d’établir l’extinction subséquente par des mesures « claire[s] et expresse[s] » (*Gladstone*, précité, par. 31) d’un « droit » d’organiser une armée privée, ou à lui imposer de justifier une telle restriction après 1982 en vertu du critère rigoureux de l’arrêt *Sparrow*. Cet exemple, si éloigné soit-il de la revendication en l’espèce, illustre de façon utile la restriction fondée sur des principes découlant de l’incompatibilité avec la souveraineté dans l’analyse relative au par. 35(1).

À mon avis, l’incompatibilité avec la souveraineté continue d’être un élément de l’analyse du par. 35(1), bien qu’il s’agisse d’une restriction à appliquer avec modération. Dans la plupart des cas, la protection de pratiques, traditions et coutumes distinctives de cultures autochtones au Canada ne suscite pas de réelles questions de souveraineté à l’étape de leur définition.

10. L’allégation d’incompatibilité entre le droit ancestral que révèle la preuve et la souveraineté canadienne

Je passe à la prochaine étape en gardant à l’esprit le fait que la revendication de l’intimé doit satisfaire non seulement aux exigences historiques sur lesquelles s’est traditionnellement axé le droit

153

154

155

ciliation objective that lies at the heart of the purposive interpretation of s. 35(1).

autochtone mais aussi à l'objectif de conciliation qui se situe au cœur de l'interprétation téléologique du par. 35(1).

- 156 The assertion of British sovereignty to the Akwesasne area was certainly no later than the Treaty of Paris of 1763. Boundaries at that time were considered to be of high importance:

The Treaty of Paris produced the greatest rearrangement of boundaries in North America that had hitherto occurred. It is for this reason that the war that immediately preceded it is sometimes called the "War of the Boundary Lines".

(N. L. Nicholson, *The Boundaries of the Canadian Confederation* (1979), at p. 19)

L'affirmation de la souveraineté britannique sur la région d'Akwesasne n'est certainement pas postérieure à la conclusion du Traité de Paris de 1763. À cette époque, les frontières étaient considérées être très importantes :

[TRADUCTION] Le Traité de Paris a entraîné ce qui était jusqu'alors le plus grand réaménagement de frontières en Amérique du Nord. C'est pour cette raison que la guerre qui eu lieu juste avant sa conclusion est parfois appelée la « guerre des frontières ».

(N. L. Nicholson, *The Boundaries of the Canadian Confederation* (1979), p. 19)

- 157 Prior to the American Revolution, as evidenced by the geographic scope of the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), the claim of British sovereignty continued south to Florida and westwards beyond the Great Lakes (*Calder, supra*, at pp. 322-23). Movement from the Mohawk Valley to Akwesasne lay wholly within the British claim and did not cross an international boundary. The present international boundary, as earlier mentioned, was not settled until after the American Revolution under the subsequent Treaty of Paris of 1783.

Avant la Guerre d'indépendance, comme le prouve la portée géographique de la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 1), la prétention britannique à la souveraineté s'étendait au sud en Floride et à l'ouest au-delà des Grands-Lacs (*Calder, précité*, p. 322-323). Les déplacements de la vallée des Mohawks à Akwesasne relevaient entièrement de la prétention britannique à la souveraineté et ne traversaient pas de frontière internationale. La présente frontière internationale, comme nous le disons plus haut, n'a été établie qu'après la Guerre d'indépendance en vertu du Traité de Paris de 1783.

- 158 The question is whether the asserted legal right to the autonomous exercise of international trade and mobility was compatible with the new European (now Canadian) sovereignty and the reciprocal loss (or impairment) of Mohawk sovereignty.

Il faut se demander si la revendication de l'exercice autonome d'un droit de commerce et de circulation internationaux était compatible avec la nouvelle souveraineté européenne (maintenant canadienne) et la perte (ou diminution) correspondante de la souveraineté mohawk.

- 159 In the resolution of this legal issue, as stated, we are addressing *legal* incompatibility as opposed to *factual* incompatibility. The latter emerged more slowly as assertions of sovereignty gave way to colonisation and progressive occupation of land. From the outset, however, frontiers were a fundamental expression or demarcation of sovereignty amongst First Nations as well as in the European conception (Nicholson, *supra*, at pp. 8-9), and indeed amongst and between Britain's North

Dans la résolution de cette question juridique, comme nous l'avons vu, nous traitons d'une incompatibilité *juridique* par opposition à une incompatibilité *factuelle*. Cette dernière a fait son apparition plus lentement alors que les affirmations de souveraineté cédaient la place à la colonisation et à l'occupation progressive du territoire. Dès le départ, toutefois, les frontières étaient une expression ou une délimitation fondamentale de la souveraineté parmi les Premières nations ainsi que pour

American colonies (J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (4th ed. 1873), vol. II, at pp. 463-64). Akwesasne is the point at which, since 1783, British (and later Canadian) sovereignty came face to face with the sovereignty of the United States.

Control over the mobility of persons and goods into one country is, and always has been, a fundamental attribute of sovereignty.

It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. [Emphasis added.]

(*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528, per Dickson C.J.)

See also *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at paras. 15 and 18, per Gonthier J.; *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973), at p. 279; and *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977). In other words, not only does authority over the border exist as an incident of sovereignty, the state is expected to exercise it in the public interest. The duty cannot be abdicated to the vagaries of an earlier regime whose sovereignty has been eclipsed (*Cain, supra*, at pp. 545-46).

The legal situation is further complicated by the fact, previously mentioned, that the respondent attributes his international trading and mobility right not to his status as a Canadian citizen but as a citizen of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy) based at Onondaga, New York. Border conditions in the modern era are vastly different from those in the 18th century. Nevertheless, as stated, borders existed among nations, including First Nations. They were expressions of sovereign autonomy and then, as now, compelled observance.

The courts of the United States, being in this case the country of export, also view border controls as incidental to territorial sovereignty. In

les Européens (Nicholson, *op. cit.*, p. 8-9), et, bien sûr, parmi les colonies nord-américaines britanniques (J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (4^e éd. 1873), vol. II, p. 463-464). Akwesasne est l'endroit où, depuis 1783, la souveraineté britannique (et plus tard canadienne) a fait face à la souveraineté des États-Unis.

Le contrôle de l'entrée de personnes et de marchandises dans un pays est et a toujours été un attribut fondamental de la souveraineté.

Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. [Je souligne.]

(*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528, le juge en chef Dickson)

Voir aussi *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 15-18, le juge Gonthier; *Almeida-Sanchez c. United States*, 413 U.S. 266 (1973), p. 279; et *United States c. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977). Autrement dit, non seulement ce pouvoir frontalier existe en tant que pouvoir accessoire de la souveraineté, mais on s'attend à ce que l'État l'exerce dans l'intérêt public. L'obligation ne peut être soumise aux caprices d'un régime antérieur dont la souveraineté a été éclipée (*Cain*, précité, p. 545-546).

La situation juridique est davantage compliquée par le fait, mentionné précédemment, que l'intimé attribue son droit de commerce et de circulation internationaux non pas à son statut de citoyen canadien mais à sa qualité de citoyen de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) situé à Onondaga, New York. L'état des frontières à l'époque contemporaine est très différent de ce qui existait au 18^e siècle. Néanmoins, on l'a dit, il existait des frontières entre les nations, y compris les Premières nations. Ces frontières étaient des expressions d'autonomie souveraine et devaient alors, comme aujourd'hui, être respectées.

Les tribunaux des États-Unis, qui sont en l'es-
pèce le pays d'exportation, considèrent aussi les contrôles frontaliers comme un pouvoir accessoire

160

161

162

Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581 (1889), it was said by Field J., for the United States Supreme Court, at pp. 603-4:

Jurisdiction over its own territory to that extent is an incident of every independent nation. It is a part of its independence. If it could not exclude aliens it would be to that extent subject to the control of another power.

In *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892), at p. 659, the United States Supreme Court stated:

It is an accepted maxim of international law, that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe.

To the same effect is the holding of Gray J., for the court, in *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893), at p. 707.

163

Similar views were expressed by scholars writing before the Canada-United States border was ever established. E. de Vattel, whose treatise *The Law of Nations* was first published in 1758, said this:

The sovereign may forbid the entrance of his territory either to foreigners in general, or in particular cases, or to certain persons, or for certain particular purposes, according as he may think it advantageous to the state. There is nothing in all this that does not flow from the rights of domain and sovereignty : every one is obliged to pay respect to the prohibition ; and whoever dares to violate it, incurs the penalty decreed to render it effectual.

(*The Law of Nations* (Chitty ed. 1834), Book II, at pp. 169-70)

To the same effect is Blackstone, *supra*, at p. 259:

Upon exactly the same reason stands the prerogative of granting safe-conducts, without which by the law of nations no member of one society has a right to intrude into another.

In my view, therefore, the international trading/mobility right claimed by the respondent as a

de la souveraineté territoriale. Dans *Chae Chan Ping c. United States*, 130 U.S. 581 (1889), p. 603-604, le juge Field de la Cour suprême des États-Unis a déclaré :

[TRADUCTION] Une pareille compétence à l'égard de son territoire est l'apanage de toute nation indépendante. Cela fait partie de son indépendance. Si elle ne permettait pas d'exclure des étrangers, elle serait soumise dans cette mesure au contrôle d'une autre puissance.

Dans *Ekiu c. United States*, 142 U.S. 651 (1892), p. 659, la Cour suprême des États-Unis déclare :

[TRADUCTION] C'est une maxime de droit international que toute nation souveraine a le pouvoir, inhérent à sa souveraineté, et essentiel à sa propre protection, d'interdire l'entrée des étrangers sur son territoire ou de ne les admettre que dans les cas ou dans les conditions qu'elle juge bon de prescrire.

La conclusion du juge Gray au nom de la Cour dans *Fong Yue Ting c. United States*, 149 U.S. 698 (1893), p. 707, va dans le même sens.

Certains auteurs ont exprimé des opinions semblables avant l'établissement de la frontière entre le Canada et les États-Unis. E. de Vattel, dont le traité *Le Droit des gens* a été publié pour la première fois en 1758, dit ce qui suit :

Le souverain peut défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certains cas, ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu'il le trouve convenable au bien de l'État. Il n'y a rien là qui ne découle des droits de domaine et d'empire; tout le monde est obligé de respecter la défense, et celui qui ose la violer encourt la peine décernée pour la rendre efficace.

(*Le Droit des gens* (nouv. éd. 1830), t. 1, p. 338)

Blackstone, *op. cit.*, va dans le même sens (à la p. 474) :

[TRADUCTION] C'est encore exactement sur les mêmes raisons que se fonde la prérogative d'accorder des saufs-conduits sans lesquels, d'après les lois des nations, un membre d'une société n'a pas le droit de s'introduire dans une autre société.

À mon avis, le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé en tant que

citizen of the Haudenosaunee (Iroquois) Confederacy is incompatible with the historical attributes of Canadian sovereignty.

The question that then arises is whether this conclusion is at odds with the purpose of s. 35(1), i.e. the reconciliation of the interests of aboriginal peoples with Crown sovereignty? In addressing this question it must be remembered that aboriginal people are themselves part of Canadian sovereignty as discussed above. I agree with Borrows, *supra*, at p. 40, that accommodation of aboriginal rights should *not* be seen as “a zero-sum relationship between minority rights and citizenship; as if every gain in the direction of accommodating diversity comes at the expense of promoting citizenship” (quoting W. Kymlicka and W. Norman, eds., *Citizenship in Diverse Societies* (2000), at p. 39). On the other hand, the reverse is also true. Affirmation of the sovereign interest of Canadians as a whole, including aboriginal peoples, should not necessarily be seen as a loss of sufficient “constitutional space for aboriginal peoples to be aboriginal” (Greschner, *supra*, at p. 342). A finding of distinctiveness is a judgment that to fulfill the purpose of s. 35, a measure of constitutional space is required to accommodate particular activities (traditions, customs or practices) rooted in the aboriginal peoples’ prior occupation of the land. In this case, a finding against “distinctiveness” is a conclusion that the respondent’s claim does not relate to a “defining feature” that makes Mohawk “culture what it is” (*Van der Peet*, at paras. 59 and 71 (emphasis in original deleted)); it is a conclusion that to extend constitutional protection to the respondent’s claim finds no support in the pre-1982 jurisprudence and would overshoot the purpose of s. 35(1). In terms of sovereign incompatibility, it is a conclusion that the respondent’s claim relates to national interests that all of us have in common rather than to distinctive interests that for some purposes differentiate an aboriginal community. In my view, reconciliation of these interests

citoyen de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) est donc incompatible avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne.

La question se pose alors de savoir si cette conclusion est contraire à l’objectif du par. 35(1), la conciliation entre les intérêts des peuples autochtones et la souveraineté de la Couronne? Pour répondre, il faut se souvenir que les peuples autochtones font eux-mêmes partie de la souveraineté, comme nous l’avons vu plus haut. Je suis d’accord avec Borrows, *loc. cit.*, p. 40, pour dire que les accommodements requis pour les droits autochtones *ne* devraient *pas* être considérés comme [TRADUCTION] « un rapport à somme nulle entre droits de minorités et droits de citoyenneté; comme si tous les progrès accomplis vers le respect de la diversité se faisaient au détriment de l’essor de la citoyenneté » (citant W. Kymlicka et W. Norman, dir., *Citizenship in Diverse Societies* (2000), p. 39). Mais l’inverse est tout aussi vrai. L’affirmation du droit souverain de l’ensemble des Canadiens, y compris les autochtones, ne devrait pas être considérée nécessairement comme la perte [TRADUCTION] « de la place [suffisante] dans la Constitution pour que les autochtones puissent être des autochtones » (Greschner, *loc. cit.*, p. 342). Conclure à l’existence d’un caractère « distinctif » c’est juger que, pour atteindre l’objectif de l’art. 35, il faut un certain espace constitutionnel pour permettre des activités données (traditions, coutumes ou pratiques) enracinées dans le fait de l’occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones. En l’espèce, conclure à l’absence de caractère « distinctif » c’est juger que la revendication de l’intimé n’est pas liée à une « caractéristique déterminante » qui fait de la culture Mohawk « ce qu’elle est » (*Van der Peet*, par. 59 et 71 (soulignement omis)); c’est conclure que l’élargissement de la protection constitutionnelle à cette revendication de l’intimé n’est aucunement appuyé dans la jurisprudence ou doctrine antérieure à 1982 et irait plus loin que le but visé par le par. 35(1). Pour ce qui est de l’incompatibilité avec la souveraineté, c’est conclure que la revendication de l’intimé vise des intérêts nationaux que nous avons tous en commun plutôt que des intérêts distinctifs qui, à certaines fins, différencient une communauté

in this particular case favours an affirmation of our collective sovereignty.

11. Implications for Internal Aboriginal Self-Government

165

In reaching that conclusion, however, I do not wish to be taken as either foreclosing or endorsing any position on the compatibility or incompatibility of *internal* self-governing institutions of First Nations with Crown sovereignty, either past or present. I point out in this connection that the sovereign incompatibility principle has not prevented the United States (albeit with its very different constitutional framework) from continuing to recognize forms of *internal* aboriginal self-government which it considers to be expressions of residual aboriginal sovereignty. The concept of a “domestic dependent nation” was introduced by Marshall C.J. in *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), at p. 17, as follows:

... it may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign nations. They may, more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent nations.

166

More recently, in *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978), the United States Supreme Court, *per* Stewart J., described the applicable U.S. doctrine at pp. 322, 323 and 326:

The powers of Indian tribes are, in general, “*inherent powers of a limited sovereignty which has never been extinguished.*” ...

Indian tribes are, of course, no longer “possessed of the full attributes of sovereignty.” *United States v. Kagama, supra*, at 381. Their incorporation within the territory of the United States, and their acceptance of its protection, necessarily divested them of some aspects of the sovereignty which they had previously exercised. By specific treaty provision they yielded up other sovereign powers; by statute, in the exercise of its plenary control, Congress has removed still others.

autochtone. À mon avis, la conciliation de ces intérêts dans la présente affaire favorise l’affirmation de notre souveraineté collective.

11. Les incidences sur l’autonomie gouvernementale interne des autochtones

Cette conclusion, toutefois, ne signifie aucunement que j’écarte ou appuie un point de vue quelconque quant à la compatibilité ou l’incompatibilité d’institutions autonomes *internes* des Premières nations avec la souveraineté de la Couronne, dans le passé ou dans le présent. Je souligne à cet égard que le principe de l’incompatibilité avec la souveraineté n’a pas empêché les États-Unis (malgré leur cadre constitutionnel très différent) de continuer de reconnaître certaines formes d’autonomie gouvernementale *interne* des autochtones qui, à leur avis, sont des expressions de la souveraineté autochtone résiduelle. La notion de « nation interne dépendante » a été introduite par le juge en chef Marshall dans *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), p. 17 :

[TRADUCTION] ... on peut fort bien douter que ces tribus qui vivent dans les limites reconnues du territoire des États-Unis puissent de façon strictement exacte être désignées de nations étrangères. Elles peuvent peut-être plus correctement être désignées de nations internes dépendantes.

Plus récemment, dans *United States c. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978), p. 322-323 et 326, le juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis décrit la théorie américaine applicable :

[TRADUCTION] Les pouvoirs des tribus indiennes sont en général des « *pouvoirs inhérents à une souveraineté limitée qui n’a jamais été éteinte.* » ...

Bien entendu, les tribus indiennes « ne possèdent plus tous les attributs de la souveraineté. » *United States c. Kagama, précité*, p. 381. Leur intégration dans le territoire des États-Unis et l’acceptation de leur protection les a forcément privées de certains aspects de la souveraineté qu’elles exerçaient auparavant. Par disposition expresse de traités, elles ont cédé d’autres pouvoirs souverains; par loi, dans l’exercice de ses pleins pouvoirs, le Congrès leur a encore retiré d’autres pouvoirs.

In sum, Indian tribes still possess those aspects of sovereignty not withdrawn by treaty or statute, or by implication as a necessary result of their dependent status.

The areas in which such implicit divestiture of sovereignty has been held to have occurred are those involving the relations between an Indian tribe and nonmembers of the tribe. Thus, Indian tribes can no longer freely alienate to non-Indians the land they occupy. . . . They cannot enter into direct commercial or governmental relations with foreign nations. . . . And, as we have recently held, they cannot try nonmembers in tribal courts.

These limitations rest on the fact that the dependent status of Indian tribes within our territorial jurisdiction is necessarily inconsistent with their freedom independently to determine their external relations. [Underlining added.]

The U.S. doctrine of domestic dependent nation differs in material respects from the proposals of our Royal Commission on Aboriginal Peoples. The concepts of merged sovereignty and shared sovereignty, which are said to be essential to the achievement of reconciliation as well as to the maintenance of diversity, are not reflected in the American jurisprudence. Under U.S. law the powers of a tribal government (whatever its theoretical sovereignty) can be overridden by an ordinary law of Congress. Further, there is nothing that I am aware of in the U.S. doctrine that extends the concept of self-government to claims to an independent self-sustaining economic base, as contemplated by the Royal Commission on Aboriginal Peoples (final report, vol. 2, *supra*, at p. 2). In any event, whatever be the differences and similarities, an international trading and mobility right, which necessarily involves “external relations”, would appear *not* to be included in the attributes of a U.S.-style “domestic dependent nation”.

En somme, les tribus indiennes possèdent toujours les aspects de la souveraineté qui n’ont pas été retirés par traité, par loi ou implicitement en tant que conséquence inévitable de leur situation de dépendance.

Les domaines dans lesquels un tel retrait implicite de souveraineté a été jugé avoir eu lieu ont trait aux relations entre les tribus indiennes et les personnes qui n’en sont pas membres. En conséquence, les tribus indiennes ne peuvent plus aliéner librement les terres qu’elles occupent à des non indiens. [. . .] Elles ne peuvent pas engager des relations commerciales ou gouvernementales directes avec des nations étrangères. [. . .] Et, comme nous l’avons conclu récemment, elles ne peuvent pas juger des non-membres devant les tribunaux tribaux.

Ces restrictions reposent sur le fait que la situation de dépendance des tribus indiennes dans les limites de notre compétence territoriale est nécessairement incompatible avec la liberté de décider indépendamment de leurs relations extérieures. [Je souligne.]

La doctrine américaine de la nation interne dépendante diffère sur des points importants des propositions de la Commission royale sur les peuples autochtones. La jurisprudence américaine ne reflète pas les notions de souveraineté fusionnée ou partagée que l’on dit essentielles à la réalisation de la conciliation ainsi qu’au maintien de la diversité. En droit américain, une loi ordinaire du Congrès l’emporte sur les pouvoirs des gouvernements tribaux (quelle que soit leur souveraineté théorique). En outre, il n’y a rien à ma connaissance dans la doctrine américaine qui étende le concept de gouvernement autonome aux revendications d’une base économique autonome et autosuffisante, comme l’envisage la Commission royale sur les peuples autochtones (rapport final, vol. 2, *op. cit.*, p. 2). De toute façon, quelles que soient les différences et les similitudes en cause, le droit de commerce et de circulation internationaux, qui entraîne nécessairement des « relations extérieures », ne paraît pas avoir été inclus dans les attributs d’une « nation interne dépendante » de style américain.

168

As to the position of Mohawks in Canada seeking to trade into the United States, see *United States v. Garrow, supra*, which involved “a full-blooded Indian woman of the Canadian St. Regis Tribe of Iroquois Indians” (p. 318) who resided in Canada near the international boundary line. She entered the United States at the village of Hogansburg, New York, carrying 24 baskets for sale in the United States. She was charged duty under the Tariff Act of 1930. She launched a protest, claiming that as she was an aboriginal person she could bring the baskets into the United States free of duty under Article III of the Jay Treaty. Her claim was rejected, the court stating at p. 324:

There being neither any treaty exemption of appellee’s goods from duty, nor any statutory exemption thereof, it follows that they are dutiable, as claimed by the collector.

See also *Akins v. United States*, 551 F.2d 1222 (C.C.P.A. 1977).

Pour ce qui est de la position des Mohawks au Canada qui cherchent à faire du commerce aux États-Unis, il faut se référer à l’affaire *United States c. Garrow, précitée*; cette affaire avait trait à [TRADUCTION] « une indienne de race pure de la tribu iroquoise de St-Regis au Canada » (p. 318) qui résidait au Canada près de la frontière internationale et qui était entrée aux États-Unis au village de Hogansburg, New York, transportant 24 corbeilles en vue de les vendre aux États-Unis. On lui a imposé des droits en vertu de la Tariff Act de 1930. Elle a contesté la mesure, alléguant qu’elle pouvait apporter en franchise les corbeilles aux États-Unis en vertu de l’article III du Traité Jay parce qu’elle était une autochtone. Sa demande a été rejetée, la Cour affirmant à la p. 324 :

[TRADUCTION] Comme il n’y a pas de traité ou de loi qui exempte de droits les marchandises de la partie intimée, celles-ci sont passibles de droits, comme le prétend le percepteur.

Voir aussi *Akins c. United States*, 551 F.2d 1222 (C.C.P.A. 1977).

169

I refer to the U.S. law only to alleviate any concern that addressing aspects of the sovereignty issue in the context of a claim to an international trading and mobility right would prejudice one way or the other a resolution of the much larger and more complex claim of First Nations in Canada to *internal* self-governing institutions. The United States has lived with internal tribal self-government within the framework of external relations determined wholly by the United States government without doctrinal difficulties since *Johnson v. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), was decided almost 170 years ago.

Je me réfère au droit américain uniquement pour répondre à toute crainte que le fait de traiter certains aspects de la question de souveraineté dans le cadre d’une revendication relative à un droit de commerce et de circulation internationaux, pourrait compromettre d’une façon ou d’une autre la résolution de la revendication beaucoup plus générale et plus complexe d’institutions autonomes *internes* par les Premières nations au Canada. Les États-Unis ont fait l’expérience de gouvernements internes tribaux autonomes dans le cadre de relations extérieures régies entièrement par le gouvernement des États-Unis sans connaître de difficultés théoriques, depuis l’arrêt *Johnson c. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), qui a été rendu il y a près de 170 ans.

170

In this connection, the respondent also referred us to *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455, where the Federal Court of Appeal considered the mobility right of an aboriginal person whose traditional territory also straddles the Canada-U.S. border. The claimant, who was neither a Canadian citizen nor a person registered under the *Indian Act*, claimed a right to come into or remain in Canada. In consid-

À cet égard, l’intimé a également cité l’arrêt *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455, où la Cour d’appel fédérale a examiné la liberté de circulation d’un autochtone dont le territoire traditionnel est également situé sur la frontière entre le Canada et les États-Unis. Le demandeur, qui n’était ni un citoyen canadien ni une personne inscrite en vertu de la *Loi sur les Indiens*, revendiquait un droit

ering this question, the court commented at para. 15:

The respondent contends that the existence of a sovereign state is inconsistent with any fetters on the power of that state to control which non-citizens may remain in the country. Suffice it to say that while there is ample authority in international and common law for that proposition, a sovereign state may fetter itself as to the means by which, the circumstances in which, and the agencies of government by which, such power of control may be exercised. Canada has by its Constitution limited the exercise of governmental powers which may be inherent as a sovereign state . . . [S]ection 35 of the *Constitution Act, 1982* now guarantees existing Aboriginal rights not previously extinguished, and this carries the corollary that no agency of the state can, after 1982, extinguish those rights.

The question under consideration here is rather different from the question discussed in that passage. It is not about post-1982 extinguishment. It is about the *prior* question of whether the claimed international trading and mobility right could, as a matter of law, have arisen in the first place.

It was, of course, an expression of sovereignty in 1982 to recognize existing aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. However, if the claimed aboriginal right did not survive the transition to non-Mohawk sovereignty, there was nothing in existence in 1982 to which s. 35(1) protection of *existing* aboriginal rights could attach. It would have been, of course, quite within the sovereign's power to confer specific border privileges by treaty, but the respondent's claim to a treaty right was dismissed.

In my respectful view the claimed aboriginal right never came into existence and it is unnecessary to consider the Crown's argument that whatever aboriginal rights in this respect may have existed were extinguished by border controls enforced by Canada prior to April 17, 1982.

d'entrer ou de rester au Canada. En examinant cette question, la cour fait le commentaire suivant au par. 15 :

L'intimé prétend que la souveraineté étatique n'est pas compatible avec la limitation du pouvoir qu'a un État de dire quels sont les non-ressortissants autorisés à demeurer dans le pays. Qu'il nous suffise de dire que si l'on trouve en droit international, ainsi qu'en common law, de nombreux arguments étayant cette affirmation, un État souverain peut très bien s'imposer à lui-même des restrictions quant aux moyens par lesquels, aux circonstances dans lesquelles, et aux organismes gouvernementaux par l'intermédiaire desquels, un tel pouvoir de contrôle peut s'exercer. En adoptant sa Constitution, le Canada a, en effet, limité l'exercice de pouvoirs gouvernementaux inhérents à un État souverain. [. . .] [L]'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aujourd'hui les droits ancestraux existants qui n'ont pas été éteints et entraîne comme corollaire qu'aucun organisme étatique ne peut, après 1982, éteindre les droits en question.

La question à l'étude en l'espèce est assez différente de la question analysée dans cet extrait. Il ne s'agit pas de l'extinction de droits après 1982. Il s'agit de la question *préalable* de savoir si le droit revendiqué de commerce et de circulation internationaux pouvait avoir pris naissance en droit.

La reconnaissance au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* des droits ancestraux existants constituait, bien entendu, une expression de souveraineté en 1982. Toutefois, si le droit ancestral revendiqué n'a pas survécu au passage à la souveraineté non mohawk, il n'existait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1) aux droits ancestraux existants. Le souverain avait certes le pouvoir d'accorder des privilèges frontaliers particuliers par traité, mais la revendication par l'intimé d'un droit issu d'un traité a été rejetée.

À mon avis, le droit revendiqué n'a jamais existé et il est inutile d'examiner l'argument de la Couronne selon lequel les droits ancestraux qui auraient existé à cet égard ont été éteints par les contrôles frontaliers exercés par le Canada avant le 17 avril 1982.

171

172

173

Conclusion

174 I would allow the appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Solicitor General for the Province of New Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Manitoba: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Mohawk Council of Kahnawake: The Mohawk Council of Kahnawake Legal Services, Kahnawake.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado Buchwald Asper, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians: Bear Law Office, Maliseet, New Brunswick.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appellant: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le solliciteur général de la province du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des Mohawks de Kahnawake: Les Services juridiques du Conseil des Mohawks de Kahnawake, Kahnawake.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières nations: Pitblado Buchwald Asper, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante l'Union of New Brunswick Indians: Bear Law Office, Maliseet, Nouveau-Brunswick.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Neil Peters *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Roger Craig Denton *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PETERS; R. v. RENDON

Neutral citation: 2001 SCC 34.

File Nos.: 27579, 27581.

2001: May 24.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Courts — Judges — Judicial independence — Court of Appeal properly concluding that there was appearance of interference by Crown with judicial independence of trial judge — Court of Appeal's order for new trial upheld.

Cases Cited

Referred to: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391.

Statutes Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 530.1.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 2304, 140 C.C.C. (3d) 52, 33 C.R. (5th) 83, [1999] Q.J. No. 4143 (QL), allowing Peters' appeal from his conviction on a charge of conspiracy to import

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Neil Peters *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Roger Craig Denton *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. PETERS; R. c. RENDON

Référence neutre : 2001 CSC 34.

N^{os} du greffe: 27579, 27581.

2001 : 24 mai.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Tribunaux — Juges — Indépendance judiciaire — Cour d'appel concluant à bon droit à une apparence d'ingérence de la part du ministère public mettant en cause l'indépendance judiciaire — Ordonnance du nouveau procès de la Cour d'appel confirmée.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 530.1.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 2304, 140 C.C.C. (3d) 52, 33 C.R. (5th) 83, [1999] J.Q. n^o 4143 (QL), qui a accueilli l'appel de Peters contre sa déclaration de culpabilité relativement à

cocaine and ordering a new trial. Appeal and cross-appeal dismissed.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 2281, 140 C.C.C. (3d) 12, 33 C.R. (5th) 311, [1999] Q.J. No. 4124 (QL), allowing Denton's appeal from his conviction on a charge of conspiracy to import cocaine and ordering a new trial. Appeal and cross-appeal dismissed.

Paul Crépeau, for the appellant in the *Peters* case.

Henri-Pierre Labrie, for the appellant in the *Denton* case.

Thomas P. Walsh, for the respondent *Peters*.

Katia Léontieff, for the respondent *Denton*.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ BASTARACHE J. — The appeals and cross-appeals are dismissed.

² We are all of the view that the Court of Appeal did not err in applying *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, to the facts of this case and that the fresh evidence admitted by this Court serves to reinforce the conclusion that there was an appearance of an interference that put in issue judicial independence. This is sufficient to dispose of the appeal in *Her Majesty the Queen v. Peters* and the appeal in *Her Majesty the Queen v. Denton*.

³ On the question of whether the defence in *Peters* could examine the witness Prince in English, we are of the view that the Court of Appeal was correct in concluding that it was not the linguistic rights of the witness, protected in particular by s. 530.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that were in issue but in fact the opportunity for the defence to cast doubt on the reliability

une accusation de complot en vue d'importer de la cocaïne et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 2281, 140 C.C.C. (3d) 12, 33 C.R. (5th) 311, [1999] J.Q. n° 4124 (QL), qui a accueilli l'appel de Denton contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de complot en vue d'importer de la cocaïne et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Paul Crépeau, pour l'appelante dans l'affaire *Peters*.

Henri-Pierre Labrie, pour l'appelante dans l'affaire *Denton*.

Thomas P. Walsh, pour l'intimé *Peters*.

Katia Léontieff, pour l'intimé *Denton*.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE BASTARACHE — Les appels principaux et incidents sont rejetés.

Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en appliquant l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, aux faits en l'espèce et que la preuve additionnelle admise par notre Cour sert à renforcer la conclusion qu'il y a apparence d'ingérence mettant en cause l'indépendance judiciaire. Ceci est suffisant pour disposer de l'appel dans l'affaire *Sa Majesté la Reine c. Peters* aussi bien que l'affaire *Sa Majesté la Reine c. Denton*.

Concernant la possibilité pour la défense dans l'affaire *Peters* de questionner le témoin Prince dans la langue anglaise, nous sommes d'avis que la Cour d'appel a eu raison de conclure que ce ne sont pas les droits linguistiques du témoin, protégés notamment par l'art. 530.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui étaient en cause, mais bien la possibilité pour la défense de mettre en

of the testimony in view of the witness's limited linguistic capability. The trial judge had to find a means of verifying that linguistic capability that was appropriate in the circumstances. Given the fact that the appeal has been dismissed on the first ground, it is not necessary to elaborate on the methods that might have been used in this case.

As far as the cross-appeals on the stay of proceedings are concerned, no valid basis was put forward for distinguishing this matter from *Tobiass*, having regard to the advisability of ordering a new trial. The cross-appeals are therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant in the Peters case: Paul Crépeau, Sherbrooke.

Solicitor for the appellant in the Denton case: Henri-Pierre Labrie, Longueuil, Quebec.

Solicitor for the respondent Peters: Thomas P. Walsh, Sherbrooke.

Solicitors for the respondent Denton: Desrosiers Turcotte Marchand Massicotte, Montréal.

doute la fiabilité du témoignage en raison de la capacité linguistique limitée du témoin. Le juge du procès devait assurer un moyen adéquat dans les circonstances pour vérifier cette capacité linguistique. Il n'est pas nécessaire d'élaborer sur les moyens qui auraient pu être adoptés en l'instance étant donné le rejet de l'appel sur le premier motif.

Quant aux appels incidents concluant à l'arrêt des procédures, on n'a fait valoir aucune raison valable pour distinguer cette affaire de l'arrêt *Tobiass*, eu égard à l'opportunité d'ordonner un nouveau procès. Ces appels sont donc rejetés.

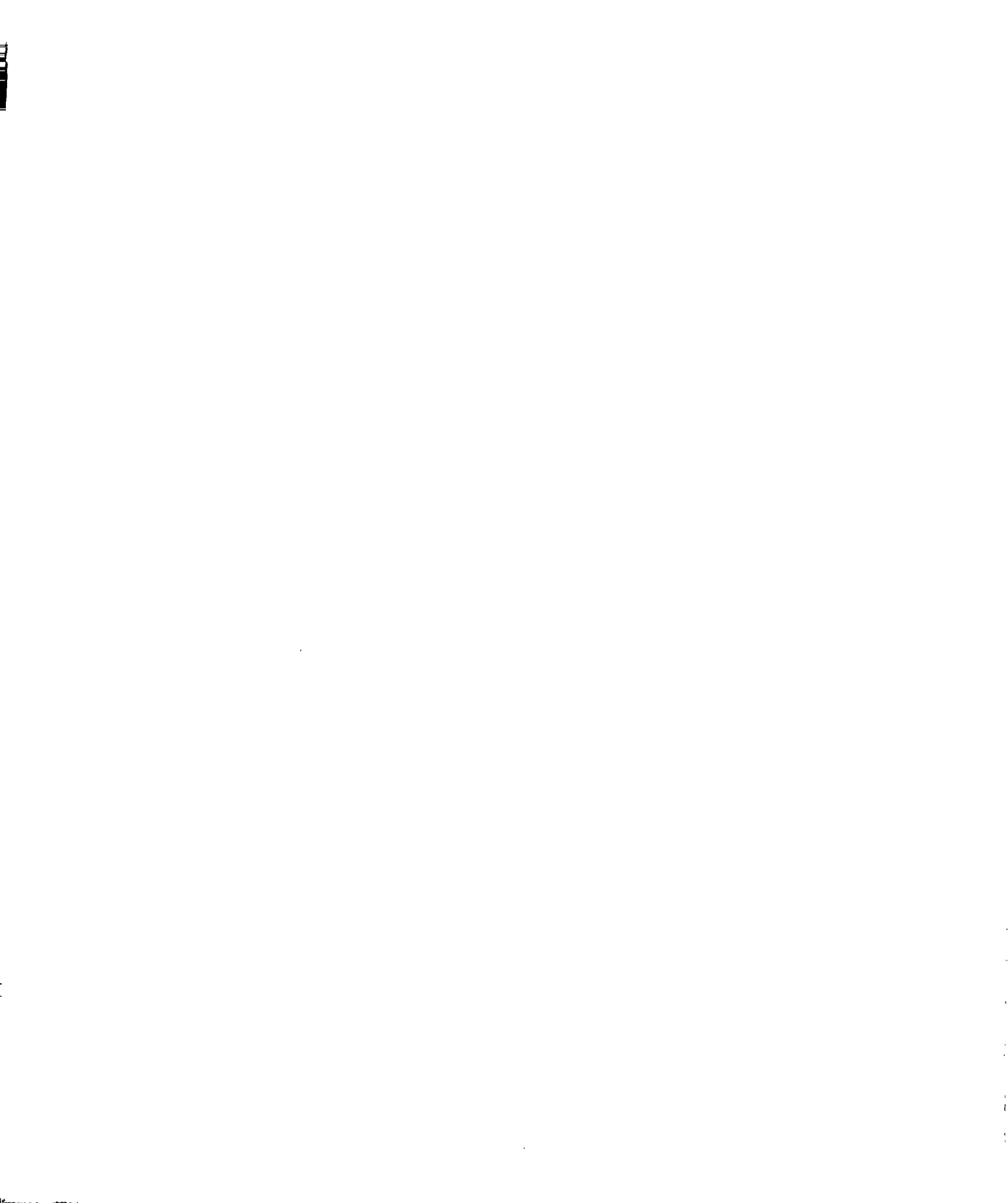
Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante dans l'affaire Peters : Paul Crépeau, Sherbrooke.

Procureur de l'appelante dans l'affaire Denton : Henri-Pierre Labrie, Longueuil, Québec.

Procureur de l'intimé Peters : Thomas P. Walsh, Sherbrooke.

Procureurs de l'intimé Denton : Desrosiers Turcotte Marchand Massicotte, Montréal.



INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — *Audi alteram partem* — Union filing grievance with labour relations board against contractor for violation of provincial collective agreement — First draft of panel's decision dismissing grievance — Full board meeting discussing draft decision — Panel's final decision upholding grievance — Contractor alleging breach of *audi alteram partem* rule — Whether apprehension of breach sufficient to trigger judicial review.

ELLIS-DON LTD. V. ONTARIO (LABOUR RELATIONS BOARD), 221.

2. Natural justice — Institutional consultations — Union filing grievance with labour relations board against contractor for violation of provincial collective agreement — First draft of panel's decision dismissing grievance — Full board meeting discussing draft decision — Panel's final decision upholding grievance — Whether rules of natural justice breached — Whether principles governing institutional consultations violated — Whether contractor's failure to ask for reconsideration of decision constitutes bar to judicial review — Nature of evidentiary burden on party applying for judicial review because of alleged breach of natural justice.

ELLIS-DON LTD. V. ONTARIO (LABOUR RELATIONS BOARD), 221.

3. Judicial review — Jurisdiction — British Columbia College of Teachers — Private institution with religious affiliations applying to College for permission to assume full responsibility for teacher education program — College denying application — Whether College had jurisdiction to consider discriminatory practices of private institution in dealing with its application — Teaching Profession Act, R.S.B.C. 1996, c. 449, s. 4.

TRINITY WESTERN UNIVERSITY V. BRITISH COLUMBIA COLLEGE OF TEACHERS, 772.

4. Judicial review — Standard of review — British Columbia College of Teachers — Private institution with religious affiliations applying to College for permission to assume full responsibility for teacher education program — College denying application — Whether College's decision justified — Standard of review applicable to College's decision — Manner of resolving potential conflict between religious freedoms and equality rights.

TRINITY WESTERN UNIVERSITY V. BRITISH COLUMBIA COLLEGE OF TEACHERS, 772.

CIVIL PROCEDURE

1. Declinatory exceptions — Lack of jurisdiction by reason of subject matter — Crown leasing premises used by international organization for its head office — Former employee of organization bringing action against Crown seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Crown bringing motion to dismiss for lack of jurisdiction — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 164.

MILLER V. CANADA, 407.

2. Declinatory exceptions — Lack of jurisdiction by reason of subject matter — Crown leasing premises used by international organization for its head office from building owner — Former employee of organization bringing action against owner seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Owner bringing motion to dismiss for lack of jurisdiction — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 164.

MILLER V. MONIT INTERNATIONAL INC., 432.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Accused convicted of second degree murder after killing his severely disabled daughter — Criminal Code providing for mandatory minimum sentence of life imprisonment with no chance of parole for 10 years — Whether imposition of mandatory minimum sentence for second degree murder constitutes "cruel and unusual punishment" in this case, so that accused should receive constitutional exemption from minimum sentence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 235, 745(c).

R. V. LATIMER, 3.

2. Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Crown conceding that Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing freedom of expression — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

R. V. SHARPE, 45.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

3. Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Whether possession of expressive material protected by right to freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

R. v. SHARPE, 45.

4. Charter of Rights — Right to liberty — Whether Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing right to liberty — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

R. v. SHARPE, 45.

5. Charter of Rights — Application — Cruel and unusual punishment — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state — Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Whether constitutional guarantee against cruel and unusual punishment engaged — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 12, 32(1).

UNITED STATES v. BURNS, 283.

6. Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state — Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Fugitives deprived of their rights to liberty and security of person by extradition order — Whether threatened deprivation of fugitives' rights in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether extradition without assurances justifiable as reasonable in free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 25 — Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Art. 6.

UNITED STATES v. BURNS, 283.

7. Charter of Rights — Mobility rights — Extradition — Surrender of Canadian fugitives to foreign state — Fugitives wanted in connection with triple murder in U.S. — Minister of Justice deciding to extradite fugitives without obtaining assurances from U.S. authorities that death penalty would not be imposed — Whether extradition without assurances infringed fugitives' constitutional rights to remain in or enter Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1) — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 25.

UNITED STATES v. BURNS, 283.

8. Education — Funding — School boards — Right to financial management and control — Right to tax — Provincial legislation creating new governance and funding model for all school boards in Ontario — Legislation authorizing Minister of Finance to make regulations prescribing tax rates for school purposes —

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Legislation also providing for supervision of school boards' financial affairs by Minister of Education and Training and for take over of a board's financial control under certain conditions — Whether legislation prejudicially affecting any protected denominational rights guaranteed by s. 93 of Constitution Act, 1867 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, Divisions B, D and F — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 470.

9. Conventions — Education — Funding — Public school boards — Property taxes — Provincial legislation creating new governance and funding model for all school boards in Ontario — Whether constitutional convention protects design of public school system — Whether constitutional convention protects right to levy or determine property taxes — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, Divisions B, D and F — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 470.

10. Delegation — Taxation — Education — Provincial legislation authorizing Minister of Finance to make regulations prescribing tax rates for school purposes — Whether guarantee of no taxation without representation infringed — Whether delegation constitutional — Constitution Act, 1867, s. 53 — Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 257.12(1)(b) — Education Quality Improvement Act, 1997, S.O. 1997, c. 31.

ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 470.

11. Charter of Rights — Mobility rights — Right to remain in Canada — Extradition — Whether mobility rights engaged at committal stage of extradition process — Whether such rights should only be considered at surrender stage — Whether Minister's decision to surrender fugitive to U.S. breached his mobility rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

UNITED STATES OF AMERICA v. KWOK, 532.

12. Charter of Rights — Fundamental justice — Remedies — Extradition — Whether considerations relating to fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

UNITED STATES OF AMERICA v. COBB, 587.

13. Charter of Rights — Fundamental justice — Remedies — Extradition — Whether considerations relating to fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

UNITED STATES OF AMERICA V. TSIUBRIS, 613.

14. Charter of Rights — Mobility rights — Right to remain in Canada — Extradition — Whether mobility rights engaged at committal stage of extradition process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1).

UNITED STATES OF AMERICA V. SHULMAN, 616.

15. Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Whether considerations relating to fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

UNITED STATES OF AMERICA V. SHULMAN, 616.

16. Charter of Rights — Fundamental justice — Criminal Code providing for defence of compulsion by threats — Provision requiring that threat be of immediate death or bodily harm from a person who is present when offence is committed — Whether immediacy and presence requirements of provision infringe principles of fundamental justice — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 17.

R. V. RUZIC, 687.

17. Charter of Rights — Trial within reasonable time — No violation of accused's right to be tried within reasonable time — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. V. DUTRA, 759.

18. Aboriginal rights — Right to bring goods across St. Lawrence River for purposes of trade — Whether Mohawks of Akwesasne have right to bring goods into Canada from U.S. for trading purposes without paying customs duties — Whether claimed right incompatible with Canadian sovereignty — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

MITCHELL V. M.N.R., 911.

COURTS

1. Jurisdiction — Civil claim for damages — International organizations — Immunity — Crown leasing premises used by international organization for its head office — Former employee of organization bringing action against Crown seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 31.

MILLER V. CANADA, 407.

COURTS—Concluded

2. Jurisdiction — Civil claim for damages — International organizations — Immunity — Crown leasing premises used by international organization for its head office from building owner — Former employee of organization bringing action against owner seeking damages for health problems allegedly suffered because of inadequate air quality in building — Whether Superior Court has jurisdiction to hear claim — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 31.

MILLER V. MONIT INTERNATIONAL INC., 432.

3. Judges — Judicial independence — Court of Appeal properly concluding that there was appearance of interference by Crown with judicial independence of trial judge — Court of Appeal's order for new trial upheld.

R. V. PETERS; R. V. RENDON, 997.

CRIMINAL LAW

1. Defences — Defence of necessity — Accused convicted of second degree murder after killing his severely disabled daughter — Trial judge removing defence of necessity from jury after counsel's closing addresses — Whether jury should have been allowed to consider defence of necessity — Whether timing of trial judge's ruling as to availability of defence rendered accused's trial unfair.

R. V. LATIMER, 3.

2. Trial — Jury — Fairness of trial — Jury nullification — Accused convicted of second degree murder following death of his severely disabled daughter — Whether trial unfair because trial judge misled jury into believing it would have some input into appropriate sentence, thereby lessening chance of jury nullification.

R. V. LATIMER, 3.

3. Child pornography — Criminal Code prohibiting possession of child pornography — Scope of definition of "child pornography" — Defences available — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

R. V. SHARPE, 45.

4. Evidence — Hearsay exception — Expert witnesses — Whether mentally challenged complainant must be called as witness on *voir dire* to assess necessity component of principled approach to admitting hearsay evidence — Whether trial judge erred in relying entirely on expert evidence directed at *voir dire* issue of testimonial competence — Whether complainant's out-of-court statements are inadmissible at trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.

R. V. PARROTT, 178.

CRIMINAL LAW—Continued

5. Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Police officer charged with criminal negligence causing death — Police officer's statement to commanding officer admitted into evidence without *voir dire* — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. DEANE, 279.

6. Jury — Deliberations — Jury requesting transcript of Crown's closing address — Whether trial judge erred in complying with request.

R. v. FERGUSON, 281.

7. Appeal — Question of law — No error at trial giving rise to Crown appeal under s. 676(1)(a) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. v. GUTTMAN, 363.

8. Fraud — Elements of offence.

R. v. BERNTSON, 365.

9. Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Accused charged with sexual offences — Complainant bringing civil action against accused — Accused seeking production of complainant's civil litigation file — Accused arguing that information needed in criminal action to determine nature of complainant's allegations and to assess motive for fabrication or exaggeration of abuse — Whether solicitor-client privilege should yield to accused's right to make full answer and defence — If so, in what circumstances — Whether trial judge erred in ordering civil litigation file to be disclosed.

R. v. MCCLURE, 445.

10. Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Appropriate test to determine whether solicitor-client privilege should yield to accused's right to make full answer and defence.

R. v. MCCLURE, 445.

11. Unreasonable or unsafe verdict — Accused convicted of sexually assaulting his own son — Court of Appeal setting aside accused's conviction and entering acquittal — No reason to change judgment of Court of Appeal.

R. v. ZL., 528.

12. Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Court of Appeal dismissing accused's appeal from conviction — Court of Appeal correct in applying curative proviso of Criminal Code.

R. v. W.B.C., 530.

CRIMINAL LAW—Concluded

13. Defences — Duress — Criminal Code providing for defence of compulsion by threats — Provision requiring that threat must be of immediate death or bodily harm from a person who is present when offence is committed — Whether trial judge right in allowing common law defence of duress to go to jury — Whether trial judge adequately instructed jury on defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 17.

R. v. RUZIC, 687.

14. Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Reference to Court of Appeal — Accused applying to Supreme Court for leave to appeal decision of Court of Appeal on reference under s. 690 of Criminal Code — Whether Court of Appeal provided only an opinion under s. 690(c) of Code — Whether Crown's motion to quash application for leave should be granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 690(b), (c).

R. v. KELLY, 741.

15. Evidence — Hearsay — Defence counsel at trial consenting to admission of hearsay evidence — Court of Appeal dismissing accused's appeal from conviction — Defence counsel's decision not leading to miscarriage of justice.

R. v. RIDEOUT, 755.

16. Unreasonable verdict — Sexual assault — Court of Appeal setting aside accused's conviction and entering acquittal — Court of Appeal's judgment affirmed.

R. v. PAKOO, 757.

17. Charge to jury — Murder — Effect of anger on criminal intent — Trial judge suggesting in his charge that intense anger short of provocation might suffice to reduce murder to manslaughter by raising doubts on existence of criminal intent for murder — Whether trial judge misdirected jury on effect of anger in relation to manslaughter — If so, whether recharge on provocation corrected misdirection.

R. v. PARENT, 761.

18. Jurors — Right to challenge for cause — Nature of offence — Whether charges of sexual assault against children raise realistic possibility of juror partiality entitling accused to challenge for cause — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 638(1)(b).

R. v. FIND, 863.

EVIDENCE

Aboriginal rights — Evidence to be adduced to establish aboriginal right — Assessment of evidence in aboriginal claims.

MITCHELL V. M.N.R., 911.

EXTRADITION

1. Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Interpretation of s. 9(3) of Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23.

UNITED STATES OF AMERICA V. KWOK, 532.

2. Disclosure of information — Fugitive's disclosure rights in extradition process — Fugitive's request for disclosure denied by extradition judge at committal stage and by Minister at surrender stage of extradition process — Whether extradition judge and Minister correct in denying request.

UNITED STATES OF AMERICA V. KWOK, 532.

3. Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Whether extradition judge had jurisdiction to entertain considerations relating to fundamental justice at committal stage of extradition process and to remedy breach of fundamental justice by granting stay of proceedings — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

UNITED STATES OF AMERICA V. COBB, 587.

4. Extradition process — Abuse of process — Whether doctrine of abuse of process can be invoked at committal stage of extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay.

UNITED STATES OF AMERICA V. COBB, 587.

5. Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Whether extradition judge had jurisdiction to entertain considerations relating to fundamental justice at committal stage of extradition process and to remedy breach of fundamental justice by granting stay of proceedings — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

UNITED STATES OF AMERICA V. TSIIOUBRIS, 613.

6. Extradition process — Abuse of process — Whether doctrine of abuse of process can be invoked at committal stage of

EXTRADITION—Concluded

extradition process — Whether extradition judge ought to have waited for ministerial decision on surrender before granting stay.

UNITED STATES OF AMERICA V. TSIIOUBRIS, 613.

7. Extradition process — Scope of Charter jurisdiction of extradition judge at committal stage — Whether mobility rights and considerations of fundamental justice engaged at committal stage of extradition process — Whether extradition judge competent to grant Charter remedies — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6, 7, 24 — Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 9(3).

UNITED STATES OF AMERICA V. SHULMAN, 616.

8. Extradition process — Remedies — Charter jurisdiction — Abuse of process — Role of appellate courts.

UNITED STATES OF AMERICA V. SHULMAN, 616.

9. Evidence — Fresh evidence — Fugitive seeking to adduce fresh evidence in Court of Appeal — Evidence including threats uttered by U.S. prosecutor — Whether Court of Appeal erred in dismissing fugitive's motion to adduce fresh evidence — Whether fresh evidence revealed abuse of process — If so, whether stay of proceedings should be granted.

UNITED STATES OF AMERICA V. SHULMAN, 616.

10. Evidence — Admissibility — Affidavit evidence referring to fugitive's allegedly unlawful activities provided by alleged co-conspirators — Alleged co-conspirators awaiting sentence when affidavit material prepared and sworn — Fugitive claiming that co-conspirators' evidence infringed principles of fundamental justice and constituted abuse of process — Whether extradition judge and Court of Appeal correct in refusing to exclude affidavit evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24.

UNITED STATES OF AMERICA V. SHULMAN, 616.

INCOME TAX

1. Calculation of income — Partnership — Losses — Original U.S. partners assigning partnership interest to Canadian assignees and assignees immediately selling asset of partnership back to original partners at loss — Assignees subsequently purchasing one percent interest in oil and gas property which ceased production shortly after acquisition — Whether valid partnership established for income tax purposes — Whether assignees entitled to deduct partnership loss — Whether purchase of interest in oil and gas property established ancillary intention to carry on business with view to profit — Whether taking of assignment constituted assignees as partners notwithstanding criteria for valid partnership.

BACKMAN V. CANADA, 367.

INCOME TAX—Concluded

2. Calculation of income — Partnership — Losses — Original U.S. partners assigning partnership interest to Canadian assignees — Assignees immediately selling main asset of partnership back to original partners at fair market value incurring substantial loss — Assignees carrying on ancillary business of partnership — Whether valid partnership established for income tax purposes — Whether assignees entitled to deduct partnership loss.

SPIRE FREEZERS LTD. V. CANADA, 391.

NEGLIGENCE

1. Standard of care — Blood banks — Plaintiffs contracting HIV from blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiffs claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Appropriate standard of care for professional voluntary blood banks in North America — Whether Society met proper standard of care — Whether trial judge correct in finding that Society's May 1984 pamphlet given to blood donors was inadequate despite evidence of two medical experts to the contrary.

WALKER ESTATE V. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL, 647.

2. Causation — Proper test for causation in cases of negligent donor screening by blood banks — Plaintiff contracting HIV from

NEGLIGENCE—Concluded

blood and blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiff claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Trial judge concluding that infected donor would still have given blood even if Society had met proper standard of care and dismissing negligence action for failure to prove causation — Court of Appeal imposing liability on basis of presumptive causal link — Whether rebuttable presumption of causation appropriate standard to apply in cases of negligent blood donor screening.

WALKER ESTATE V. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL, 647.

PRACTICE

Supreme Court of Canada — Applications for leave to appeal — Service — Meaning of term "party" — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 1, 23(1).

SASKATCHEWAN INDIAN GAMING AUTHORITY INC. V. CAW-CANADA, 644.

INDEX

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Règle *audi alteram partem* — Grief déposé par un syndicat auprès d'une commission des relations de travail pour violation d'une convention collective provinciale — Grief rejeté dans le projet de décision de la formation — Discussion du projet de décision en réunion plénière de la commission — Grief accueilli dans la décision définitive de la formation — Allégation de violation de la règle *audi alteram partem* formulée par l'entrepreneur — Une crainte de violation suffit-elle pour donner lieu au contrôle judiciaire?

ELLIS-DON LTD. C. ONTARIO (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL), 221.

2. Justice naturelle — Consultations institutionnelles — Grief déposé par un syndicat auprès d'une commission des relations de travail pour violation d'une convention collective provinciale — Grief rejeté dans le projet de décision de la formation — Discussion du projet de décision en réunion plénière de la commission — Grief accueilli dans la décision définitive de la formation — Les règles de justice naturelle ont-elles été violées? — Les principes régissant les consultations institutionnelles ont-ils été violés? — L'omission de l'entrepreneur de demander un nouvel examen de la décision rend-elle irrecevable sa demande de contrôle judiciaire? — Nature du fardeau de présentation de la partie qui demande un contrôle judiciaire en raison d'une présumée violation des règles de justice naturelle.

ELLIS-DON LTD. C. ONTARIO (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL), 221.

3. Contrôle judiciaire — Compétence — British Columbia College of Teachers — Établissement privé affilié à une religion demandant l'autorisation d'assumer l'entière responsabilité d'un programme de formation d'enseignants — Demande rejetée par le College of Teachers — Le College of Teachers avait-il compétence pour prendre en considération les pratiques discriminatoires de l'établissement privé en traitant la demande de ce dernier? — Teaching Profession Act, R.S.B.C. 1996, ch. 449, art. 4.

UNIVERSITÉ TRINITY WESTERN C. BRITISH COLUMBIA COLLEGE OF TEACHERS, 772.

4. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — British Columbia College of Teachers — Établissement privé affilié à une religion demandant l'autorisation d'assumer l'entière responsabilité d'un programme de formation d'enseignants — Demande rejetée par le College of Teachers — La décision du College of Teachers est-elle justifiée? — Norme de contrôle applicable à la

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

décision du College of Teachers — Façon de régler un conflit éventuel entre les libertés religieuses et les droits à l'égalité.

UNIVERSITÉ TRINITY WESTERN C. BRITISH COLUMBIA COLLEGE OF TEACHERS, 772.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Accusé ayant tué sa fille gravement handicapée déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le Code criminel prévoit une peine minimale obligatoire d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans — L'imposition de la peine minimale obligatoire pour meurtre au deuxième degré constitue-t-elle « une peine cruelle et inusitée » en l'espèce, de sorte que l'accusé devrait bénéficier d'une exemption constitutionnelle de la peine minimale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 235, 745c).

R. C. LATIMER, 3.

2. Charte des droits — Droit à la liberté — L'interdiction de la possession de pornographie juvénile prévue au Code criminel porte-t-elle atteinte au droit à la liberté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

R. C. SHARPE, 45.

3. Charte des droits — Liberté d'expression — Pornographie juvénile — La possession de matériel expressif est-elle protégée par le droit à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

R. C. SHARPE, 45.

4. Charte des droits — Liberté d'expression — Pornographie juvénile — Ministère public reconnaissant que l'interdiction de la possession de pornographie prévue au Code criminel porte atteinte à la liberté d'expression — L'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

R. C. SHARPE, 45.

5. Charte des droits — Application — Peines cruelles et inusitées — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — La garantie constitutionnelle contre les peines cruelles et inusitées s'applique-t-elle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12, 32(1).

ÉTATS-UNIS C. BURNS, 283.

6. Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — Fugitifs privés par l'arrêt d'extradition de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne — Ce risque de privation des droits des fugitifs est-il compatible avec les principes de justice fondamentale? — Si la réponse est négative, est-ce que l'extradition sans les assurances prévues peut être justifiée en tant que mesure raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 25 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 6.

ÉTATS-UNIS C. BURNS, 283.

7. Charte des droits — Liberté de circulation — Extradition — Remise de fugitifs canadiens à un État étranger — Fugitifs recherchés à l'égard d'un triple meurtre aux É.-U. — Décision du ministre de la Justice d'extrader les fugitifs sans obtenir d'assurances de la part des autorités américaines que la peine de mort ne serait pas infligée — L'extradition des fugitifs sans les assurances prévues violerait-elle le droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer que leur garantirait la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 25.

ÉTATS-UNIS C. BURNS, 283.

8. Éducation — Financement — Conseils scolaires — Droit de gestion et de contrôle financiers — Droit de taxation — Législation provinciale créant un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les conseils scolaires de l'Ontario — Législation autorisant le ministre des Finances à prescrire par règlement le taux des impôts scolaires — Législation prévoyant aussi le contrôle des affaires financières des conseils par le ministre de l'Éducation et de la Formation et le contrôle financier des conseils scolaires dans certaines conditions — La législation porte-t-elle atteinte à des droits confessionnels garantis par l'art. 93 de la Loi constitutionnelle de 1867? — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, sections B, D et F — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. C. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL), 470.

9. Conventions — Éducation — Financement — Conseils scolaires publics — Impôts fonciers — Législation provinciale créant un nouveau modèle de gestion et de financement pour tous les

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

conseils scolaires de l'Ontario — La convention constitutionnelle protège-t-elle la forme du système d'écoles publiques? — La convention constitutionnelle protège-t-elle le droit d'imposer ou d'établir des taxes foncières? — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, sections B, D et F — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. C. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL), 470.

10. Délégation — Taxation — Éducation — Législation provinciale autorisant le ministre des Finances à prescrire par règlement le taux des impôts scolaires — Y a-t-il violation du principe selon lequel il ne peut y avoir taxation sans représentation? — La délégation est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 53 — Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 257.12(1)b — Loi de 1997 sur l'amélioration de la qualité de l'éducation, L.O. 1997, ch. 31.

ONTARIO ENGLISH CATHOLIC TEACHERS' ASSN. C. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL), 470.

11. Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit de demeurer au Canada — Extradition — La liberté de circulation entre-t-elle en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Cette liberté ne doit-elle être prise en compte qu'à l'étape de l'extradition du fugitif? — La décision du ministre d'extrader le fugitif vers les É.-U. a-t-elle porté atteinte à la liberté de circulation de ce dernier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. KWOK, 532.

12. Charte des droits — Justice fondamentale — Réparations — Extradition — Les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. COBB, 587.

13. Charte des droits — Justice fondamentale — Réparations — Extradition — Les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. TSIUBRIS, 613.

14. Charte des droits — Liberté de circulation — Droit de demeurer au Canada — Extradition — La liberté de circulation entre-t-elle en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. SHULMAN, 616.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

15. Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. SHULMAN, 616.

16. Charte des droits — Justice fondamentale — Code criminel prévoyant un moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces — Disposition exigeant qu'il y ait des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise — Les exigences d'immédiateté et de présence violent-elles les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17.

R. C. RUZIC, 687.

17. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Aucune violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. DUTRA, 759.

18. Droits ancestraux — Droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales — Les Mohawks d'Akwesasne ont-ils le droit de rapporter au Canada des marchandises des États-Unis à des fins commerciales sans payer de droits de douane? — Le droit revendiqué est-il incompatible avec la souveraineté canadienne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

MITCHELL C. M.R.N., 911.

DROIT CRIMINEL

1. Moyens de défense — Moyen de défense fondé sur la nécessité — Accusé ayant tué sa fille gravement handicapée déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Élimination par le juge du procès du moyen de défense fondé sur la nécessité après l'exposé final des avocats — Le jury aurait-il dû avoir la possibilité d'examiner le moyen de défense fondé sur la nécessité? — Le moment où le juge du procès a rendu sa décision sur la possibilité d'invoquer la nécessité comme moyen de défense a-t-il nui à l'équité du procès de l'accusé?

R. C. LATIMER, 3.

2. Procès — Jury — Équité du procès — Annulation par le jury — Accusé ayant tué sa fille gravement handicapée déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le fait pour le juge du procès d'induire le jury en erreur en l'amenant à croire qu'il participerait à la détermination de la peine porte-t-il atteinte à l'équité du procès en diminuant la possibilité d'annulation par le jury?

R. C. LATIMER, 3.

DROIT CRIMINEL—Suite

3. Pornographie juvénile — Possession de pornographie juvénile interdite par le Code criminel — Portée de la définition de « pornographie juvénile » — Moyens de défense disponibles — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1.

R. C. SHARPE, 45.

4. Preuve — Exception à la règle du ouï-dire — Témoins experts — Une plaignante ayant une déficience mentale doit-elle témoigner au cours d'un voir-dire afin de permettre l'évaluation du critère de la nécessité établi selon la méthode moderne de réception de la preuve par ouï-dire? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en se fondant uniquement sur la preuve d'expert sur la question de la compétence de la plaignante à témoigner au voir-dire? — Les déclarations extrajudiciaires de la plaignante sont-elles inadmissibles au procès? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

R. C. PARROTT, 178.

5. Appel — Absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave — Policier accusé de négligence criminelle ayant causé la mort — Déclaration du policier à son supérieur admise en preuve sans voir-dire — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en appliquant la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. DEANE, 279.

6. Jury — Délibérations — Transcription de l'exposé final du ministère public demandée par le jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en accédant à cette demande?

R. C. FERGUSON, 281.

7. Appel — Question de droit — Absence d'erreur au procès donnant ouverture à un appel du ministère public en vertu de l'art. 676(1)a) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R. C. GUTTMAN, 363.

8. Fraude — Éléments de l'infraction.

R. C. BERNTSON, 365.

9. Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — Action civile intentée par le plaignant contre l'accusé — Demande de l'accusé visant la production du dossier du plaignant relatif à son action civile — Accusé prétendant que les renseignements sont nécessaires dans les poursuites criminelles pour déterminer la nature des allégations du plaignant et pour évaluer ce qui a pu l'inciter à inventer ou à exagérer des épisodes d'agression — Le secret professionnel de l'avocat devrait-il céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière? — Dans l'affirmative, dans quelles circonstances? — Le juge du procès a-t-il eu tort d'ordonner la communication du dossier relatif à l'action civile?

R. C. MCCLURE, 445.

DROIT CRIMINEL—Suite

10. Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Critère à appliquer pour déterminer si le secret professionnel de l'avocat devrait céder le pas au droit d'un accusé à une défense pleine et entière.

R. C. MCCLURE, 445.

11. Verdict déraisonnable ou imprudent — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle contre son fils — Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité et inscrivant un acquittement — Aucune raison de modifier le jugement de la Cour d'appel.

R. C. ZL., 528.

12. Pouvoirs de la Cour d'appel — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave — Appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — Cour d'appel appliquant à bon droit la disposition réparatrice du Code criminel.

R. C. W.B.C., 530.

13. Moyens de défense — Contrainte — Code criminel prévoyant un moyen de défense fondé sur la contrainte exercée par des menaces — Disposition exigeant qu'il y ait des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise — Le juge du procès a-t-il eu raison de permettre que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte soit soumis à l'appréciation du jury? — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur ce moyen de défense? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 17.

R. C. RUZIC, 687.

14. Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Renvoi devant la Cour d'appel — L'accusé fait une demande d'autorisation de pourvoi auprès de la Cour suprême contre la décision de la Cour d'appel sur le renvoi fait en vertu de l'art. 690 du Code criminel — La Cour d'appel a-t-elle fourni seulement une opinion en vertu de l'art. 690c) du Code? — La requête en annulation d'une demande d'autorisation de pourvoi présentée par le ministère public doit-elle être accueillie? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 690b), c).

R. C. KELLY, 741.

15. Preuve — Ouf-dire — Avocat de la défense au procès consentant à l'admissibilité d'une preuve par ouf-dire — Appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité rejeté par la Cour d'appel — Décision prise par l'avocat de la défense n'ayant pas entraîné une erreur judiciaire.

R. C. RIDOUT, 755.

DROIT CRIMINEL—Fin

16. Verdict déraisonnable — Agression sexuelle — Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité de l'accusé et inscrivant un acquittement — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

R. C. PAKOO, 757.

17. Exposé au jury — Meurtre — Effet de la colère sur l'intention criminelle — Exposé du juge du procès suggérant que la colère en deçà de la provocation pourrait suffire pour réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable en faisant naître un doute quant à l'existence de l'intention criminelle applicable au meurtre — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées sur l'effet de la colère en matière d'homicide involontaire coupable? — Dans l'affirmative, le nouvel exposé sur la provocation a-t-il eu pour effet de corriger les directives erronées?

R. C. PARENT, 761.

18. Jurés — Droit aux récusations motivées — Nature de l'infraction — Des accusations d'agression sexuelle contre des enfants font-elles naître une possibilité réaliste de partialité des jurés donnant à l'accusé le droit de recourir à la procédure de récusation motivée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 638(1)b).

R. C. FIND, 863.

EXTRADITION

1. Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — Interprétation de l'art. 9(3) de la Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. KWOK, 532.

2. Communication de la preuve — Droits du fugitif à la communication de la preuve dans le processus d'extradition — Rejet par le juge d'extradition à l'étape de l'incarcération et par le ministre à l'étape de l'extradition de la demande de communication de la preuve présentée par le fugitif dans le cours du processus d'extradition — Le juge d'extradition et le ministre ont-ils eu raison de rejeter la demande?

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. KWOK, 532.

3. Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — Le juge d'extradition avait-il compétence pour examiner des considérations de justice fondamentale à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition et pour remédier à l'atteinte à la justice fondamentale par l'arrêt des procédures? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? —

EXTRADITION—Suite

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. COBB, 587.

4. Processus d'extradition — Abus de procédure — Peut-on invoquer la règle de l'abus de procédure à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures?

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. COBB, 587.

5. Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — Le juge d'extradition avait-il compétence pour examiner des considérations de justice fondamentale à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition et pour remédier à l'atteinte à la justice fondamentale par l'arrêt des procédures? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. TSIUBRIS, 613.

6. Processus d'extradition — Abus de procédure — Peut-on invoquer la règle de l'abus de procédure à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition aurait-il dû attendre la décision du ministre sur l'extradition avant d'ordonner l'arrêt des procédures?

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. TSIUBRIS, 613.

7. Processus d'extradition — Étendue de la compétence du juge d'extradition en matière d'application de la Charte à l'étape de l'incarcération — La liberté de circulation et d'établissement et les considérations de justice fondamentale entrent-elles en jeu à l'étape de l'incarcération du processus d'extradition? — Le juge d'extradition a-t-il compétence pour accorder des réparations fondées sur la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6, 7, 24 — Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 9(3).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. SHULMAN, 616.

8. Processus d'extradition — Réparations — Compétence relative à la Charte — Abus de procédures — Rôle des cours d'appel.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. SHULMAN, 616.

9. Preuve — Nouvelle preuve — Un fugitif cherche à produire une nouvelle preuve en Cour d'appel — La preuve comprend des menaces proférées par le procureur de la poursuite américain — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant

EXTRADITION—Fin

d'admettre la nouvelle preuve? — La nouvelle preuve révèle-t-elle un abus des procédures? — Si oui, faut-il ordonner l'arrêt des procédures?

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. SHULMAN, 616.

10. Preuve — Admissibilité — La preuve par affidavit portant sur les activités illégales reprochées au fugitif provient de présumés complices — La peine des présumés complices n'est pas encore déterminée au moment de la préparation sous serment de leurs affidavits — Le fugitif soutient que le recours à la preuve fournie par les complices présumés contrevient aux principes de justice fondamentale et constitue un abus des procédures — Le juge d'extradition et la Cour d'appel ont-ils eu raison de refuser d'exclure la preuve par affidavit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. SHULMAN, 616.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Calcul du revenu — Société de personnes — Pertes — Cession par les associés américains originaux à des cessionnaires canadiens de leur participation dans une société de personnes — Vente immédiate à perte par les cessionnaires de l'élément d'actif de la société aux associés originaux — Achat ultérieur par les cessionnaires d'une participation de un pour cent dans un bien relatif au pétrole et au gaz, qui a cessé d'être exploité peu après son acquisition — Une société de personnes valable a-t-elle été créée aux fins d'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Les cessionnaires peuvent-ils déduire les pertes de la société de personnes? — L'achat d'une participation directe dans un bien relatif au pétrole et au gaz établit-il l'existence d'une intention accessoire d'exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice? — Les cessionnaires sont-ils devenus des associés du fait qu'ils ont obtenu cession d'une participation, indépendamment des conditions de validité d'une société de personnes?

BACKMAN C. CANADA, 367.

2. Calcul du revenu — Société de personnes — Pertes — Cession par les associés américains originaux à des cessionnaires canadiens de leur participation dans une société de personnes — Vente immédiate par les cessionnaires du principal élément d'actif aux associés originaux à sa juste valeur marchande — Perte considérable découlant de la vente — Exploitation par les cessionnaires de l'entreprise accessoire de la société — Une société de personnes valable a-t-elle été créée pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Les cessionnaires pouvaient-ils déduire la perte de la société de personnes?

SPIRE FREEZERS LTD. C. CANADA, 391.

NÉGLIGENCE

1. Norme de diligence — Banques de sang — Les demandeurs ont contracté le VIH après avoir reçu des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Les demandeurs soutiennent que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA — Norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord — La Croix-Rouge a-t-elle satisfait à la norme de diligence applicable? — Le juge de première instance a-t-il eu raison de conclure au caractère inadéquat du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge, malgré le témoignage contraire de deux experts en médecine?

WALKER, SUCCESSION C. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL, 647.

2. Lien de causalité — Critère à appliquer au lien de causalité en matière de négligence de la part des banques de sang dans la sélection des donneurs — Le demandeur a contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Le demandeur soutient que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA — Le juge de première instance a conclu que même si la Croix-Rouge avait satisfait à la norme de diligence applicable, le donneur contaminé aurait tout de même donné du sang et a rejeté l'action fondée sur la négligence au motif qu'aucun lien de causalité n'a été établi — La Cour d'appel a attribué la responsabilité sur la base du lien causal présumé — La présomption réfutable de l'existence du lien de causalité est-elle la norme appropriée dans les affaires de négligence en matière de sélection des donneurs de sang?

WALKER, SUCCESSION C. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL, 647.

PRATIQUE

Cour suprême du Canada — Demande d'autorisation d'appel — Signification — Sens du mot « partie » — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1, 23(1).

SASKATCHEWAN INDIAN GAMING AUTHORITY INC. C. TCA-CANADA, 644.

PREUVE

Droits ancestraux — Preuve nécessaire pour établir un droit ancestral — Appréciation de la preuve dans les revendications autochtones.

MITCHELL C. M.R.N., 911.

PROCÉDURE CIVILE

1. Exceptions déclinatoires — Incompétence *ratione materiae* — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre l'État par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — Présentation par l'État d'une requête en rejet d'action pour absence de compétence — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 164.

MILLER C. CANADA, 407.

2. Exceptions déclinatoires — Incompétence *ratione materiae* — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre le propriétaire de l'immeuble par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — Présentation par le propriétaire d'une requête en rejet d'action pour absence de compétence — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 164.

MILLER C. MONIT INTERNATIONAL INC., 432.

TRIBUNAUX

1. Compétence — Action civile en dommages-intérêts — Organisations internationales — Immunité — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre l'État par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31.

MILLER C. CANADA, 407.

2. Compétence — Action civile en dommages-intérêts — Organisations internationales — Immunité — Prise à bail par l'État des locaux destinés à servir de siège social d'une organisation internationale — Action en dommages-intérêts intentée contre le propriétaire de l'immeuble par un ancien employé de l'organisation pour cause de problèmes de santé qui seraient dus à la mauvaise qualité de l'air dans l'immeuble — La Cour supérieure a-t-elle compétence pour entendre la réclamation? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31.

MILLER C. MONIT INTERNATIONAL INC., 432.

TRIBUNAUX—Fin

3. Juges — Indépendance judiciaire — Cour d'appel concluant à bon droit à une apparence d'ingérence de la part du ministre public mettant en cause l'indépendance judiciaire — Ordonnance du nouveau procès de la Cour d'appel confirmée.

R. C. PETERS; R. C. RENDON, 997.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9