

**Her Majesty The Queen** *Applicant*

v.

**James Keegstra** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KEEGSTRA

File No.: 24296.

1995: February 6; 1995: May 18.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

MOTION TO QUASH AN APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

*Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Court of Appeal setting aside accused's conviction and ordering new trial — Crown appealing to Supreme Court as of right on basis of dissent on question of law — Accused applying for leave to appeal to Supreme Court — Accused's application based on constitutional and non-constitutional grounds — Whether accused's application should be quashed for want of jurisdiction — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 693(1)(a) — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1).*

*Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Supreme Court's jurisdiction to hear arguments in criminal appeals — Difference for respondents between leave granted in criminal and in civil cases — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 674, 691, 693 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40.*

K was found guilty of wilful promotion of hatred against an identifiable group contrary to s. 319(2) of the *Criminal Code*. The majority of the Court of Appeal allowed his appeal on the ground that the trial judge had erred in law in his response to questions from the jury and ordered a new trial. Based on the dissent, the Crown appealed to this Court as of right under s. 693(1)(a) of the *Code*. K, although his conviction was quashed by the Court of Appeal, filed an application for leave to appeal. His application contains three grounds, one of

**Sa Majesté la Reine** *Requérante*

c.

**James Keegstra** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. KEEGSTRA

N° du greffe: 24296.

1995: 6 février; 1995: 18 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

REQUÊTE EN ANNULATION D'UNE DEMANDE D'AUTORISATION DE POURVOI

DEMANDE D'AUTORISATION DE POURVOI

*Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Annulation par la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité de l'accusé et nouveau procès ordonné — Pourvoi de plein droit du ministère public devant la Cour suprême fondé sur une dissidence relative à une question de droit — Demande de l'accusé visant à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême — Demande de l'accusé fondée sur des moyens constitutionnels et non constitutionnels — La demande de l'accusé devrait-elle être annulée pour défaut de compétence? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 693(1)a) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1).*

*Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence de la Cour suprême pour entendre des arguments dans les pourvois en matière criminelle — Différence pour les parties intimées entre l'autorisation accordée en matière criminelle et celle accordée en matière civile — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674, 691, 693 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40.*

K a été reconnu coupable d'avoir volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, contrairement au par. 319(2) du *Code criminel*. La Cour d'appel à la majorité a accueilli son appel pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit dans sa réponse aux questions du jury, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public se fonde sur la dissidence exprimée pour se pourvoir de plein droit devant notre Cour en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code*. Bien que sa déclaration de culpabilité ait été annulée par

which raises a constitutional issue. These grounds were all raised by K in the Court of Appeal. The Crown filed a motion to quash K's application on the basis that this Court lacks the jurisdiction to hear the appeal on the issues raised. K filed a motion to amend his leave application to add another ground. This additional ground raises a constitutional issue.

*Held:* The Crown's motion to quash K's application for leave to appeal should be dismissed. K's application for leave to appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: When the constitutionality of a law is challenged in the context of criminal proceedings, the determinations of culpability and constitutionality are two distinct rulings. Under the dual proceedings approach developed in *Laba*, this Court has the jurisdiction to hear applications for leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act* on any ground questioning the constitutionality of a *Criminal Code* provision. The limitation imposed by s. 674 of the *Code*, and mirrored in s. 40(3) of the *Supreme Court Act*, is not aimed at rulings on constitutionality. Either party may seek leave to appeal rulings on constitutionality, regardless of whether the ruling on culpability is appealed. When a constitutional issue is put before this Court through any of the appeals provided for in the *Code*, there is no need to seek leave under s. 40.

As a general rule, a respondent is entitled in criminal appeals to this Court under s. 691 or s. 693 of the *Code* to raise any argument which supports the order of the court below. There is only one restriction: if the respondent makes a new argument, the Court may exercise its discretion not to hear it if there is not a sufficient evidentiary record to support the argument. This discretion, however, is not related to the Court's jurisdiction. Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* does not provide a respondent with an independent avenue of cross-appeal. Finally, leave granted under the *Criminal Code* provisions differs from leave granted under s. 40 of the *Supreme Court Act* in civil matters. As a matter of policy, when restricted leave is granted in civil cases,

la Cour d'appel, K a déposé une demande d'autorisation de pourvoi. Sa demande comporte trois moyens dont l'un soulève une question constitutionnelle. K a fait valoir tous ces moyens devant la Cour d'appel. Le ministère public a déposé une requête en annulation de la demande de K pour le motif que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le pourvoi sur les questions soulevées. K a déposé une requête en modification de sa demande d'autorisation pour y ajouter un autre moyen. Ce moyen supplémentaire soulève une question constitutionnelle.

*Arrêt:* La requête du ministère public visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de K est rejetée. La demande d'autorisation de pourvoi de K est rejetée.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est contestée dans le cadre de procédures criminelles, les décisions relatives à la culpabilité et à la constitutionnalité sont distinctes. Sous le régime de la méthode des doubles procédures conçue dans l'arrêt *Laba*, notre Cour est compétente pour entendre les demandes d'autorisation de pourvoi fondées sur l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, relativement à tout moyen mettant en cause la constitutionnalité d'une disposition du *Code criminel*. La restriction imposée par l'art. 674 du *Code*, et reflétée dans le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, ne vise pas les décisions sur la constitutionnalité. L'une ou l'autre partie peut demander l'autorisation de se pourvoir contre les décisions sur la constitutionnalité, peu importe que la décision relative à la culpabilité fasse l'objet d'un appel. Lorsque notre Cour est saisie d'une question constitutionnelle dans le cadre de l'un ou l'autre des appels prévus par le *Code*, il n'est pas nécessaire de demander une autorisation en vertu de l'art. 40.

En règle générale, une partie intimée peut avancer tout argument appuyant l'ordonnance de la cour d'appel, dans le cadre d'un pourvoi en matière criminelle formé devant notre Cour en vertu des art. 691 ou 693 du *Code*. Il y a une seule restriction: si la partie intimée avance un nouvel argument, notre Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'entendre s'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour l'appuyer. Ce pouvoir discrétionnaire n'est cependant pas lié à la compétence de la Cour. L'article 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada* ne prescrit aucune voie d'appel indépendante pour une partie intimée. Enfin, l'autorisation accordée en vertu des dispositions du *Code criminel* diffère de celle accordée en vertu de l'art.

the respondent will normally be limited to arguing those issues set out by the Court in its order granting leave.

The Crown's motion to quash K's application for leave to appeal is dismissed. K need not seek leave to argue the two non-constitutional grounds contained in his original application for leave since they support the order for a new trial granted by the Court of Appeal. Both grounds were raised before that court, so there is an appropriate evidentiary basis for his arguments here. With respect to the constitutional ground, however, K's challenge to the constitutionality of ss. 319(2) and 319(3) of the *Code* based on ss. 2(b), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not appear to be supportive of the order below as success on this ground would likely preclude a new trial. Pursuant to the dual proceedings approach, K must thus seek leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act* to raise this ground. With respect to the additional constitutional ground, which challenges the constitutionality of s. 319(3)(a) based on s. 11(d) of the *Charter*, K need not seek leave since success on this ground would support the order below. The broadest possible remedy which could result from this challenge would be to strike out the words "he establishes" from s. 319(3)(a). K's original application for leave to appeal, reduced to a single constitutional ground, is denied.

*Per* L'Heureux-Dubé J.: Subject to the following reservation, Lamer C.J.'s reasons were agreed with. It is not necessary on the facts of these proceedings to determine whether it is appropriate to draw a distinction between the scope of the arguments that respondents can raise in criminal and in civil appeals. Accordingly, the resolution of this issue is left to another day.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Applied:** *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; **distinguished:** *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; **referred to:** *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Barnes*, [1991] 1

40 de la *Loi sur la Cour suprême* en matière civile. En principe, lorsqu'une autorisation restreinte est accordée dans une affaire civile, l'intimé ne pourra normalement débattre que les questions énoncées par la Cour dans son ordonnance accordant l'autorisation.

La requête du ministère public visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de K est rejetée. K n'a pas besoin d'autorisation pour débattre les deux moyens non constitutionnels contenus dans sa demande d'autorisation initiale puisqu'ils appuient l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel. Ces deux moyens ont été soulevés en appel, de sorte qu'il existe une preuve suffisante pour les avancer devant nous. Toutefois, en ce qui concerne le moyen constitutionnel, la contestation par K de la constitutionnalité des par. 319(2) et 319(3) du *Code*, fondée sur l'al. 2b) et les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ne paraît pas appuyer l'ordonnance de la Cour d'appel puisque, s'il obtenait gain de cause à cet égard, la possibilité de tenir un nouveau procès serait vraisemblablement exclue. Conformément à la méthode des doubles procédures, K doit donc, pour soulever ce moyen, demander l'autorisation de se pourvoir en application de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. En ce qui concerne l'autre moyen constitutionnel, qui vise à contester la constitutionnalité de l'al. 319(3)a) pour le motif qu'il contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*, K n'a pas à demander une autorisation puisqu'un gain de cause à cet égard appuierait l'ordonnance de la Cour d'appel. La réparation la plus large possible qui pourrait résulter de cette contestation consisterait à radier les mots «il établit» de l'al. 319(3)a). La demande initiale d'autorisation de pourvoi de K, réduite à un seul moyen constitutionnel, est rejetée.

*Le juge* L'Heureux-Dubé: Sous réserve de ce qui suit, les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés. Il n'est pas nécessaire, d'après les faits du présent dossier, de déterminer s'il convient de distinguer les arguments qu'une partie intimée peut avancer dans des pourvois en matière criminelle, de ceux qu'elle peut débattre en matière civile. Par conséquent, la résolution de cette question est reportée à un autre jour.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt appliqué:** *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; **distinction d'avec l'arrêt:** *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés:** *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R.*

S.C.R. 449; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356; *Meddoui v. The Queen*, [1991] 3 S.C.R. ix; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277.

*c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356; *Meddoui c. La Reine*, [1991] 3 R.C.S. ix; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Post Corporation Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 54 [now R.S.C., 1985, c. C-10].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 7, 11(d), 15.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 319(2), (3), 674, 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 691 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 10; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)], 693 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 146; am. c. 34 (3rd Supp.), s. 12].  
*Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.).  
*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 [now R.S.C., 1985, c. I-2].  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37], (3).  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, Rule 29 [rep. & sub. SOR/93-488, s. 2].

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 7, 11d), 15.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 319(2), (3), 674, 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 691 [mod. ch. 34 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 10; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)], 693 [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 146; mod. ch. 34 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 12].  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 [maintenant L.R.C. (1985), ch. I-2].  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37], (3).  
*Loi sur la Société canadienne des postes*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 54 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-10].  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 29 [abr. & rempl. DORS/93-488, art. 2].  
*Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3<sup>e</sup> suppl.).

MOTION by the Crown to quash the accused's application for leave to appeal from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1994), 23 Alta. L.R. (3d) 4, 157 A.R. 1, 77 W.A.C. 1, 92 C.C.C. (3d) 505, allowing the accused's appeal from his conviction for wilful promotion of hatred and ordering a new trial. Motion to quash dismissed. APPLICATION for leave to appeal dismissed.

REQUÊTE du ministère public visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de l'accusé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1994), 23 Alta. L.R. (3d) 4, 157 A.R. 1, 77 W.A.C. 1, 92 C.C.C. (3d) 505, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'avoir volontairement fomenté la haine, et qui a ordonné un nouveau procès. Requête en annulation rejetée. DEMANDE d'autorisation de pourvoi rejetée.

*Jack Watson, Q.C.*, for the Crown.

*Jack Watson, c.r.*, pour le ministère public.

*Douglas H. Christie*, for James Keegstra.

*Douglas H. Christie*, pour James Keegstra.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Version française du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LAMER C.J. —

LE JUGE EN CHEF LAMER —

### I. Introduction

### I. Introduction

These proceedings arise subsequent to the Crown filing a notice of appeal to this Court. Following that notice, Keegstra filed an application for leave on separate grounds. The Crown now

Les présentes procédures font suite au dépôt par le ministère public d'un avis de pourvoi devant notre Cour. À la suite de cet avis, Keegstra a déposé une demande d'autorisation fondée sur des

moves to quash Keegstra's application for leave to appeal on the ground that this Court lacks the jurisdiction to hear the appeal on the issues raised. Keegstra's motion to amend his leave application was also heard at this time, as was argument on the merits of the leave application. I will address both of these motions, as well as the application for leave in these reasons. In addition, the Crown has objected to Keegstra's filing of a document entitled "The Hate Crimes Law in Canada", which I will also address. For the sake of clarity, given the procedural complexity of the issues, I will refer to the parties as the "Crown" and "Keegstra".

The most important issue raised by these parties is the question of this Court's jurisdiction to hear argument in criminal appeals. Two categories of question of law are raised by Keegstra in his application for leave to appeal: (i) whether certain *Criminal Code* provisions are constitutional; and, (ii) whether the Court of Appeal made an error in law which does not raise a constitutional question. I will endeavour to clarify the principles which govern each of these categories below, and then apply them to this case.

## II. Factual Background

In 1982, Keegstra was dismissed from his position as a high school teacher in Alberta for giving anti-Semitic lectures. His appeal of this dismissal was dismissed by a Board of Reference in 1983: 45 A.R. 348. In 1984, Keegstra was charged with unlawfully promoting hatred against an identifiable group under s. 281.2(2) (now s. 319(2)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The Crown proceeded by indictment in prosecuting this hybrid offence. Prior to his first trial, Keegstra challenged the validity of the section under ss. 2(b) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This application was dismissed: (1984),

moyens distincts. Le ministère public demande maintenant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de Keegstra pour le motif que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le pourvoi sur les questions soulevées. La requête de Keegstra visant à modifier sa demande d'autorisation a également été entendue au même moment, de même que l'argumentation sur le bien-fondé de la demande d'autorisation. Dans les présents motifs, je vais examiner ces requêtes ainsi que la demande d'autorisation. De plus, le ministère public s'est opposé à ce que Keegstra dépose un document intitulé «The Hate Crimes Law in Canada», et je vais également examiner cette question. Pour plus de clarté et vu la complexité des questions sur le plan procédural, je désignerai les parties sous les noms de «ministère public» et «Keegstra» respectivement.

La question la plus importante soulevée par les parties porte sur la compétence de notre Cour pour entendre les arguments dans les pourvois en matière criminelle. Dans sa demande d'autorisation de pourvoi, Keegstra soulève deux catégories de questions de droit, à savoir (i) si certaines dispositions du *Code criminel* sont constitutionnelles, et (ii) si la Cour d'appel a commis une erreur de droit qui ne soulève aucune question constitutionnelle. Je vais tenter, ci-après, de clarifier les principes qui régissent chacune de ces catégories, pour ensuite les appliquer à l'affaire qui nous occupe.

## II. Les faits

En 1982, Keegstra a été démis de ses fonctions d'enseignant dans une école secondaire de l'Alberta pour avoir donné des cours antisémites. L'appel qu'il a interjeté à l'encontre de son renvoi a été rejeté par un conseil d'arbitrage en 1983: 45 A.R. 348. En 1984, Keegstra a été accusé d'avoir fomenté la haine contre un groupe identifiable, contrairement au par. 281.2(2) (maintenant le par. 319(2)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Le ministère public a procédé par voie de mise en accusation à l'égard de cette infraction hybride. Avant que son premier procès ne commence, Keegstra a contesté sans succès la validité de la disposition en vertu des al. 2b) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*: (1984), 87 A.R.

87 A.R. 200. He was tried and convicted by a jury, and sentenced to a \$5,000 fine.

200. Il a été jugé et déclaré coupable par un jury et condamné à payer une amende de 5 000 \$.

4 Keegstra raised the same *Charter* issues on appeal and was successful: (1988), 87 A.R. 177. The Crown appealed to this Court, which reversed the Court of Appeal on the constitutional questions by holding that the impugned provisions infringed ss. 2(b) and 11(d) of the *Charter* but constituted a reasonable limit, justifiable under s. 1: [1990] 3 S.C.R. 697. We remitted the case back to the Court of Appeal for determinations on other issues. The Court of Appeal quashed the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge erred in not allowing Keegstra to challenge potential jurors for cause on account of significant pre-trial publicity: (1991), 114 A.R. 288.

En appel, Keegstra a soulevé les mêmes questions relatives à la *Charte* et a obtenu gain de cause: (1988), 87 A.R. 177. Le ministère public a formé un pourvoi devant notre Cour, laquelle a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel relativement aux questions constitutionnelles en concluant que les dispositions contestées contrevenaient aux al. 2b) et 11d) de la *Charte*, mais constituaient une limite raisonnable justifiable en vertu de l'article premier: [1990] 3 R.C.S. 697. Nous avons renvoyé l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur d'autres questions. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en ne permettant pas à Keegstra de récuser des jurés éventuels en raison de l'immense publicité qui avait précédé le procès: (1991), 114 A.R. 288.

5 The retrial began in March 1992 and lasted four months. Twenty witnesses were called, of whom 17 were former students. Only two of these students had their memories sufficiently refreshed from their class notes to give independent evidence. The evidence of the other students was admitted under the past recollection recorded rule. Keegstra was again found guilty and was sentenced to a \$3,000 fine.

Le second procès, qui s'est ouvert en mars 1992, a duré quatre mois. Des vingt témoins appelés, 17 étaient d'anciens étudiants. Seuls deux d'entre eux ont pu, grâce à leurs notes de cours, se rafraîchir la mémoire suffisamment pour faire un témoignage indépendant. Le témoignage des autres étudiants a été admis en preuve en vertu de la règle des souvenirs transcrits. Keegstra a de nouveau été déclaré coupable et condamné à payer une amende de 3 000 \$.

6 Keegstra appealed to the Court of Appeal which allowed his appeal on the ground that the trial judge had erred in law in his response to questions from the jury and ordered a new trial: (1994), 157 A.R. 1. Foisy J.A. dissented on the ground that the trial judge's conduct in response to questions from the jury did not amount to a reversible error of law.

Celui-ci a interjeté appel devant la Cour d'appel qui lui a donné gain de cause pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit dans sa réponse aux questions du jury, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1994), 157 A.R. 1. Le juge Foisy, dissident, s'est dit d'avis que le comportement adopté par le juge du procès en réponse aux questions du jury ne constituait pas une erreur de droit justifiant l'annulation.

7 Based on this dissent, the Crown appeals to this Court as of right under s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Keegstra, although his conviction was quashed by the Court of Appeal, filed an application for leave to appeal to

Le ministère public se fonde sur cette dissidence pour se pourvoir de plein droit devant notre Cour en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Bien que sa déclaration de culpabilité ait été annulée par la Cour d'appel, Keegstra

this Court on October 31, 1994. He seeks leave to appeal on the following grounds:

1. Do ss. 319(2) and 319(3) of the *Criminal Code* infringe ss. 2(b), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, are they justified under s. 1 given developments in the law since this case was last before this Court?
2. Did the learned trial judge err in his definition of public interest and public benefit and did the Court of Appeal err in not finding a new trial warranted for the lack of clarity in this definition?
3. Did the Court of Appeal misapply the principles of *R. v. Stinchcombe* to the circumstances of this case?

All of these grounds were raised by Keegstra in the Alberta Court of Appeal.

The Crown responded to Keegstra's application for leave by filing a motion to quash the application on November 23, 1994. Keegstra filed a reply to this motion on January 11, 1995, as well as a motion to amend his application for leave to appeal by adding:

4. Does s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

These two motions, as well as the application for leave, were heard by this Court on February 6, 1995, and judgment was reserved.

### III. Relevant Statutory Provisions

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

#### 319. . . .

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

a déposé une demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour le 31 octobre 1994. À l'appui de sa demande, il invoque les moyens suivants:

1. Les paragraphes 319(2) et 319(3) du *Code criminel* contreviennent-ils à l'al. 2b) et aux art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sont-ils justifiés en vertu de l'article premier, compte tenu de l'évolution du droit depuis que la présente affaire a été soumise à notre Cour pour la dernière fois?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans sa définition de l'intérêt public et de l'intérêt du public, et la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne considérant pas justifiée la tenue d'un nouveau procès en raison du manque de clarté de cette définition?
3. La Cour d'appel a-t-elle mal appliqué les principes de l'arrêt *R. c. Stinchcombe* aux circonstances de la présente affaire?

Keegstra a fait valoir tous ces moyens devant la Cour d'appel de l'Alberta.

Le ministère public a réagi à la demande d'autorisation de Keegstra en déposant, le 23 novembre 1994, une requête en vue de l'annuler. Le 11 janvier 1995, Keegstra a déposé une réplique à cette requête de même qu'une requête en modification de sa demande d'autorisation de pourvoi en ajoutant:

4. L'alinéa 319(3)a) du *Code criminel* contrevient-il à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Notre Cour a entendu ces deux requêtes et la demande d'autorisation le 6 février 1995, et a mis sa décision en délibéré.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

#### 319. . . .

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable:

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(a) if he establishes that the statements communicated were true;

(b) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

**674.** No proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences.

**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.

(2) A person

(a) who is acquitted of an indictable offence other than by reason of a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder and whose acquittal is set aside by the court of appeal, or

(b) who is tried jointly with a person referred to in paragraph (a) and is convicted and whose conviction is sustained by the court of appeal,

may appeal to the Supreme Court of Canada on a question of law.

**693.** (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3)

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

**674.** Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.

**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.

(2) Une personne qui, selon le cas:

a) est acquittée de l'accusation d'un acte criminel — sauf dans le cas d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux — et dont l'acquittement est annulé par la cour d'appel,

b) est jugée conjointement avec une personne mentionnée à l'alinéa a) et est déclarée coupable et dont la condamnation est maintenue par la cour d'appel,

peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada sur une question de droit.

**693.** (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 675 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 676(1)a, b) ou c)



[appeals to courts of appeal], the Attorney General 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.

(2) Where leave to appeal is granted under paragraph (1)(b), the Supreme Court of Canada may impose such terms as it sees fit.

*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.

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74

29. (1) A respondent who seeks to set aside or vary the whole or any part of the disposition of the judgment appealed from shall apply for leave to cross-appeal . . .

(3) A respondent who seeks to uphold the judgment on a ground or grounds not raised in the reasons for the judgment appealed from may do so in the respondent's factum without applying for leave to cross-appeal, and

ou du paragraphe 676(3), [appels devant une cour d'appel], le procureur général peut interjeter appel devant 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.

(2) Lorsque l'autorisation d'appel est accordée aux termes de l'alinéa (1)b), la Cour suprême du Canada peut imposer les conditions qu'elle estime appropriées.

*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.

(3) Le présent article ne permet pas d'en appeler devant la Cour d'un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel ou, sauf s'il s'agit d'une question de droit ou de compétence, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74

29. (1) L'intimé qui cherche à faire infirmer ou modifier en tout ou en partie le dispositif du jugement du tribunal de juridiction inférieure doit déposer une demande d'autorisation d'appel incident . . .

(3) L'intimé qui cherche à faire confirmer le jugement du tribunal de juridiction inférieure pour des motifs différents de ceux invoqués dans ce jugement peut, sans déposer de demande d'autorisation d'appel

the appellant may serve and file a factum in reply in accordance with Rule 41.

#### IV. The Motion to Quash Keegstra's Application for Leave to Appeal

<sup>10</sup> This motion raises the question of this Court's jurisdiction to hear arguments from a respondent in an appeal in respect of an indictable offence. In other words, what grounds is a respondent permitted to argue in this Court. Appeals in respect of indictable offences are provided for under ss. 674, 691 and 693 of the *Criminal Code*. Keegstra's application for leave contains two categories of grounds for leave to appeal: (i) whether certain *Criminal Code* provisions are constitutional; and, (ii) whether the Court of Appeal made errors of law which do not raise constitutional questions. First, I will discuss the rights of respondents to raise constitutional issues in criminal appeals in respect of indictable offences. The capacity to raise these arguments is procedurally the same, regardless of which party is appealing or which provision of the *Code* governs other aspects of the appeal. Next, I will consider errors of law which do not involve constitutional concerns.

##### A. *Grounds of Appeal Raising Constitutional Issues*

<sup>11</sup> To begin, I will outline the jurisdiction of this Court to hear appeals of declarations made pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. In *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, I elaborated a "dual proceedings, s. 40" approach to the jurisdiction of this Court in respect of proceedings involving indictable offences. This approach provides that criminal proceedings which raise constitutional issues have two aspects. As a consequence, a party to such a proceeding can, in some instances, apply for leave to appeal a ruling on constitutionality to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, when there is no appeal

incident, le faire dans son mémoire et l'appelant peut, en réponse, signifier et déposer un mémoire conformément à l'article 41.

#### IV. La requête en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi de Keegstra

Cette requête soulève la question de la compétence de notre Cour pour entendre l'argumentation d'une partie intimée lors d'un pourvoi relatif à un acte criminel. En d'autres termes, il s'agit de savoir quels moyens une partie intimée peut faire valoir devant notre Cour. Les pourvois relatifs à des actes criminels sont prévus aux art. 674, 691 et 693 du *Code criminel*. La demande d'autorisation de pourvoi de Keegstra énonce deux catégories de moyens, à savoir (i) si certaines dispositions du *Code criminel* sont constitutionnelles, et (ii) si la Cour d'appel a commis des erreurs de droit qui ne soulèvent aucune question constitutionnelle. J'analyserai d'abord le droit de parties intimées de soulever des questions constitutionnelles dans des pourvois relatifs à des actes criminels. La capacité d'avancer ces arguments est la même sur le plan de la procédure, peu importe quelle partie se pourvoit ou quelle disposition du *Code* régit les autres aspects du pourvoi. Je considérerai ensuite les erreurs de droit qui ne soulèvent aucune question constitutionnelle.

##### A. *Moyens d'appel soulevant des questions constitutionnelles*

Je vais commencer par exposer la compétence de notre Cour pour entendre des pourvois formés contre des jugements déclaratoires fondés sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, j'ai conçu une méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» relativement à la compétence de notre Cour à l'égard des procédures qui concernent des actes criminels. Suivant cette méthode, les procédures criminelles qui soulèvent des questions constitutionnelles comportent deux aspects. En conséquence, une partie à de telles procédures peut, dans certains cas, en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, demander à notre Cour l'autorisation de se pourvoir contre

route provided by the *Criminal Code*. In *Laba* I stated (at pp. 977-78):

My analysis will be grounded in the following premise: when the constitutionality of a law is challenged in the context of criminal proceedings, there are effectively two proceedings — the proceedings directed at a determination of culpability and the proceedings directed at a determination of constitutionality.

In *Laba* the proceedings dealing with constitutionality were separated from the proceedings in regard to culpability. This procedural aspect, however, is not the determinative feature of the dual proceedings approach. Even when the determinations of culpability and constitutionality arise in the same proceeding, the two rulings are separate and distinct. As I stated in *Laba* (at pp. 981-82):

... an appeal against a ruling on the constitutionality of a law is not an appeal from a judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence.

The significance of this bifurcation is that appeals of the constitutionality of a law are not governed solely by the *Criminal Code* provisions regarding appeals, even when the appeal is from a judgment which also contains a ruling "acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence". An appeal of a ruling against the constitutionality of a *Criminal Code* provision is not proscribed by the *Criminal Code*. In particular, the limitation imposed by s. 674, and mirrored in s. 40(3) of the *Supreme Court Act*, does not apply.

Since these two limiting provisions are not applicable to appeals of rulings on the constitutionality of *Criminal Code* provisions, these rulings are subject to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*:

une décision en matière de constitutionnalité, lorsqu'aucun moyen d'appel n'est prévu par le *Code criminel*. Dans l'arrêt *Laba*, j'affirme ceci, aux pp. 977 et 978:

Mon analyse sera fondée sur la prémisse suivante: lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est contestée dans le cadre de procédures criminelles, il y a en fait deux types de procédures: celles qui visent à déterminer la culpabilité et celles qui visent à déterminer la constitutionnalité.

Dans *Laba*, les procédures en matière de constitutionnalité étaient distinctes de celles relatives à la culpabilité. Cet aspect procédural n'est toutefois pas la caractéristique déterminante de la méthode des doubles procédures. Même lorsque les décisions relatives à la culpabilité et à la constitutionnalité sont prises dans le cadre des mêmes procédures, ces deux décisions sont séparées et distinctes. Comme je l'ai indiqué dans *Laba*, aux pp. 981 et 982:

... le pourvoi formé contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit n'est pas un pourvoi contre le jugement d'une cour qui prononce un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou qui annule ou confirme l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel.

L'importance de cette bifurcation est que les pourvois contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit ne sont pas régis uniquement par les dispositions du *Code criminel* en matière d'appel, même lorsque le pourvoi est formé contre un jugement qui contient également une décision «prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel». Le *Code criminel* n'interdit pas d'en appeler d'une décision déclarant inconstitutionnelle l'une de ses dispositions. En particulier, la restriction imposée par l'art. 674, et reflétée dans le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, ne s'applique pas.

Puisque ces deux dispositions restrictives ne s'appliquent pas aux pourvois formés contre des décisions sur la constitutionnalité de dispositions du *Code criminel*, ces décisions sont assujetties au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*:

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.

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.

14 Accordingly, where the highest court of final resort of a province has made a ruling on the constitutionality of a *Criminal Code* provision, either party may seek leave to appeal that ruling to this Court, regardless of whether a finding of culpability accompanied the ruling and, if there was an accompanying finding of culpability, regardless of whether that finding is appealable as of right or on granting of leave. Of course, the party choosing to seek leave to appeal a ruling of constitutionality will be the party whose interests are not served by the ruling on constitutionality below. Nonetheless, this dual proceedings approach insures that leave can always be sought to appeal rulings on constitutionality whether or not the party seeking leave "won" or "lost" in the ruling on culpability in the court below.

Par conséquent, lorsque le plus haut tribunal de dernier ressort d'une province s'est prononcé sur la constitutionnalité d'une disposition du *Code criminel*, l'une ou l'autre partie peut demander à notre Cour l'autorisation de se pourvoir contre cette décision, peu importe qu'elle ait été ou non assortie d'une déclaration de culpabilité et, le cas échéant, peu importe que cette déclaration puisse faire l'objet d'un pourvoi de plein droit ou d'un pourvoi avec l'autorisation de la Cour. Évidemment, la partie qui choisit de demander une autorisation de pourvoi contre une conclusion à la constitutionnalité sera celle dont les intérêts ne sont pas servis par la conclusion tirée en la matière par la cour d'appel. Cette méthode des doubles procédures garantit néanmoins que l'on peut toujours demander une autorisation de pourvoi contre des décisions sur la constitutionnalité, peu importe que la partie qui demande l'autorisation ait «gagné» ou «perdu» dans la décision que la cour d'appel a rendue en matière de culpabilité.

15 In the majority of cases, to be sure, an accused who has been acquitted will not be interested in appealing, regardless of the ruling on the constitutionality of the provision he or she was charged under. Therefore, the accused will rarely take advantage of the opportunity to seek leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act*. (An accused who is convicted has various appeal routes under the *Criminal Code* which I examine below.) However, in the rare instance where the interest of

Certes, dans la plupart des cas, l'accusé qui a été acquitté ne sera pas intéressé à se pourvoir, quelle que soit la décision sur la constitutionnalité de la disposition en vertu de laquelle il a été accusé. Par conséquent, il saisira rarement l'occasion de demander une autorisation de pourvoi en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. (L'accusé qui est déclaré coupable dispose, en vertu du *Code criminel*, de divers moyens d'appel que j'examinerai plus loin.) Toutefois, dans le rare cas où l'inté-

an accused in a *Criminal Code* provision extends beyond the question of his or her own culpability, the dual proceedings approach ensures that leave may be sought and this Court, in deciding whether to grant leave or not, will weigh whether the acquitted accused's interest justifies hearing the constitutional arguments.

The Crown is more likely to avail itself of the access to s. 40 of the *Supreme Court Act* highlighted by the dual proceedings approach. In any criminal proceeding where the constitutionality of a provision is ruled upon, two possible outcomes are adverse to the interests of the Crown: an acquittal and a ruling of unconstitutionality. The dual proceedings approach ensures an appeal route in each of these circumstances.

I set out the policy concerns animating this approach in *Laba, supra*. The examples I set out there at pp. 982-84 are equally relevant, if not more so, in this case:

To find otherwise would be to accept an absurd consequence. Consider the following example. In a trial on a charge of operating a motor vehicle while impaired, a Superior Court judge in Ontario declares s. 256 of the *Criminal Code* (warrants to obtain blood samples) unconstitutional and inoperative and rules that the evidence obtained as a result of a warrant under this section is inadmissible. Despite this declaration, the accused is convicted on the remaining evidence. The accused chooses not to appeal this conviction. The Crown cannot appeal against the conviction through the *Criminal Code* (because no such appeal is provided for by Parts XXI and XXVI of the *Code*). Unless the analysis I propose is accepted, s. 256 will remain inoperative in Ontario unless and until one of the following four scenarios transpires. First, a case involving s. 256 of the *Criminal Code* comes before another Superior Court judge in Ontario, this second judge disagrees with the first judge and declares the section constitutional, the accused is convicted, the accused appeals the conviction to the Court of Appeal, and the Court of Appeal affirms the conviction. Second, a case involving s. 256 comes before another Superior Court judge in Ontario, this sec-

rêt de l'accusé dans une disposition du *Code criminel* va au-delà de la question de sa propre culpabilité, la méthode des doubles procédures garantit la possibilité de demander une autorisation et, lorsqu'elle se prononce sur cette demande, notre Cour détermine si l'intérêt de l'accusé acquitté justifie d'entendre les arguments d'ordre constitutionnel.

Le ministère public est plus susceptible de se prévaloir de l'accès à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* que met en évidence la méthode des doubles procédures. Dans toutes procédures criminelles où on se prononce sur la constitutionnalité d'une disposition, deux issues possibles sont préjudiciables aux intérêts du ministère public: l'acquiescement et la conclusion à l'inconstitutionnalité. La méthode des doubles procédures garantit un moyen d'appel dans les deux cas.

Dans l'arrêt *Laba*, précité, j'ai énoncé les considérations de principe qui sous-tendent cette méthode. Les exemples que j'y donne, aux pp. 982 à 984, sont tout aussi pertinents en l'espèce, sinon plus:

Conclure autrement reviendrait à accepter une conséquence absurde. Prenons l'exemple suivant. Dans un procès relatif à une accusation de conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies, un juge d'une cour supérieure de l'Ontario déclare l'art. 256 du *Code criminel* (mandats pour obtenir des échantillons de sang) inconstitutionnel et inopérant, et statue que la preuve obtenue grâce au mandat décerné en vertu de cet article est inadmissible. En dépit de cette décision, l'accusé est déclaré coupable sur la foi des autres éléments de preuve. L'accusé choisit de ne pas en appeler de cette déclaration de culpabilité. Le ministère public ne peut interjeter appel de la déclaration de culpabilité en invoquant le *Code criminel* (parce que cet appel n'est pas prévu aux parties XXI et XXVI du *Code*). À moins que l'analyse que je propose ne soit acceptée, l'art. 256 demeurera inopérant en Ontario jusqu'à ce que l'un des quatre scénarios suivants se réalise. Premièrement, une affaire mettant en cause l'art. 256 du *Code criminel* arrive devant un autre juge d'une cour supérieure de l'Ontario. Ce second juge n'est pas d'accord avec le premier juge et déclare l'article constitutionnel. L'accusé est déclaré coupable et il interjette appel de la déclara-

16

17

ond judge agrees with the first judge on the constitutionality issue and acquits the accused, the Crown appeals the acquittal to the Court of Appeal, and the Court of Appeal declares the section constitutional. Third, a case involving s. 256 comes before a Superior Court judge of another province or territory, this judge declares the section unconstitutional, the accused is acquitted, the Crown appeals the acquittal to the Court of Appeal, the Court of Appeal affirms the acquittal, and the Crown successfully appeals against the Court of Appeal decision at the Supreme Court of Canada. Fourth, a case involving s. 256 comes before a Superior Court judge in another province or territory, this second judge disagrees with the first judge and declares the section constitutional, the accused is convicted, the accused appeals the conviction to the Court of Appeal, and the Court of Appeal affirms the conviction, and the accused successfully appeals against the Court of Appeal decision to the Supreme Court of Canada. If ever a finding of unconstitutionality coincides with a conviction, no appeal against the finding of unconstitutionality will be available if the accused chooses not to appeal.

To me, such a consequence is absurd. First, the constitutionality of a law is left dependent upon the resolution of an issue completely unrelated to constitutionality, i.e., the guilt or innocence of the accused and upon his or her decision to appeal a conviction. Second, a law can be struck down by a Provincial or Superior Court judge and then left to hang there inoperative until some time in the future when another case on point happens to come before another judge and happens to result in a verdict that provides for an avenue of appeal through the *Criminal Code*. Just as an accused is entitled to his or her day in court, so too is the legislature. The legislature does not properly get this day in court if its ability to get to court on the issue of the constitutionality of a law is dependent upon the contingency of a particular finding of guilt or innocence coinciding with a *Criminal Code* avenue of appeal.

18 Although the reasoning in *Laba* was particularly directed to providing adequate appeal routes for the Crown, there is no policy reason why an accused who has been acquitted should not have

tion de culpabilité devant la Cour d'appel qui la confirme. Deuxièmement, un autre juge d'une cour supérieure de l'Ontario est saisi d'une affaire mettant en cause l'art. 256. Ce second juge est d'accord avec le premier juge sur la question constitutionnelle et acquitte l'accusé. Le ministère public interjette appel de l'acquiescement devant la Cour d'appel qui déclare l'article constitutionnel. Troisièmement, un juge d'une cour supérieure d'une autre province ou d'un autre territoire est saisi d'une affaire mettant en cause l'art. 256. Il déclare l'article inconstitutionnel, l'accusé est acquitté, et le ministère public interjette appel de l'acquiescement devant la Cour d'appel qui le confirme. Le ministère public se pourvoit avec succès contre l'arrêt de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada. Quatrièmement, un juge d'une cour supérieure d'une autre province ou d'un autre territoire est saisi d'une affaire mettant en cause l'art. 256. Il n'est pas d'accord avec le premier juge et déclare l'article constitutionnel. L'accusé, déclaré coupable, interjette appel de la déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel qui la confirme. L'accusé se pourvoit avec succès contre l'arrêt de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada. Si jamais une conclusion à l'inconstitutionnalité coïncide avec une déclaration de culpabilité, la conclusion à l'inconstitutionnalité ne pourra faire l'objet d'aucun appel si l'accusé choisit de ne pas interjeter d'appel.

À mon sens, une telle conséquence est absurde. D'abord, on fait dépendre la constitutionnalité d'une règle de droit de la résolution d'une question complètement étrangère à la constitutionnalité, c'est-à-dire la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et de sa décision d'en appeler d'une déclaration de culpabilité. Ensuite, une règle de droit peut être annulée par un juge d'une cour provinciale ou supérieure et se retrouver inopérante jusqu'à ce qu'un autre juge soit saisi d'une autre affaire pertinente dont le verdict fournit un moyen d'appel par l'entremise du *Code criminel*. La législature a tout autant que l'accusé le droit de se faire entendre par les tribunaux. Elle n'a pas vraiment cette possibilité de se faire entendre par les tribunaux si sa capacité d'aller en cour sur la question de la constitutionnalité d'une règle de droit dépend de l'éventualité qu'une conclusion de culpabilité ou d'innocence coïncide avec un moyen d'appel prévu au *Code criminel*.

Bien que le raisonnement dans *Laba* ait visé spécialement à offrir des moyens d'appel appropriés au ministère public, rien en principe ne justifie d'empêcher un accusé acquitté d'avoir accès

access to the same appeal routes. The same absurdity results from making a ruling on constitutionality unappealable because the Crown chooses not to appeal it under the *Criminal Code* provisions, as would have resulted in *Laba* by making a ruling on constitutionality unappealable because the accused chose not to take advantage of existing *Criminal Code* appeal routes. Rulings on the constitutionality of *Criminal Code* provisions are subject to the dual proceedings approach whether the party who seeks the s. 40 route of appeal is the Crown or the accused, and whether the ruling sought to be appealed is one of constitutionality or unconstitutionality. We must recall that s. 40 does not provide a right of appeal, but rather a right to seek leave to appeal.

*R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, illustrates the dual proceedings approach. In that case, the Crown had a statutory right of appeal on four grounds based on a dissent in the Court of Appeal. The Crown sought leave to appeal to add an additional three grounds of appeal. The respondent sought leave to appeal two rulings on constitutionality where the Court of Appeal had been unanimous and which were not put in issue by the Crown. Leave was granted to both parties, and the Court considered nine grounds of appeal.

In summary, under the dual proceedings approach, this Court has the jurisdiction to hear applications for leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act* on any ground questioning the constitutionality of a *Criminal Code* provision. As rulings on constitutionality are distinct from rulings on culpability, either party may seek leave to appeal rulings on constitutionality, regardless of whether they are the appellants or respondents in

aux mêmes moyens d'appel. Il est tout aussi absurde que l'appel d'une décision sur la constitutionnalité soit impossible pour le motif que le ministère public choisit de ne pas en appeler en vertu des dispositions du *Code criminel*, que cela l'aurait été dans *Laba* si tout appel contre la décision sur la constitutionnalité avait été impossible parce que l'accusé avait choisi de ne pas se prévaloir des moyens d'appel prévus par le *Code criminel*. Les décisions sur la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* sont assujetties à la méthode des doubles procédures, peu importe que ce soit le ministère public ou l'accusé qui cherche à se prévaloir du moyen d'appel fondé sur l'art. 40, et peu importe que la décision dont on veut faire appel prononce la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité. Il faut se rappeler que l'art. 40 fournit non pas un droit d'appel, mais plutôt un droit de demander l'autorisation de pourvoi.

L'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, illustre la méthode des doubles procédures. Dans cette affaire, le ministère public avait légalement le droit de former un pourvoi en invoquant quatre moyens fondés sur une dissidence en Cour d'appel. Le ministère public a demandé l'autorisation de se pourvoir afin d'ajouter trois autres moyens d'appel. L'intimé a demandé l'autorisation de se pourvoir contre deux décisions unanimes de la Cour d'appel sur la constitutionnalité, qui n'étaient pas contestées par le ministère public. L'autorisation a été accordée aux deux parties et la Cour a examiné neuf moyens d'appel.

Bref, sous le régime de la méthode des doubles procédures, notre Cour est compétente pour entendre les demandes d'autorisation de pourvoi fondées sur l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, relativement à tout moyen mettant en cause la constitutionnalité d'une disposition du *Code criminel*. Puisque les décisions en matière de constitutionnalité sont distinctes de celles relatives à la culpabilité, l'une ou l'autre partie peut demander l'autorisation de se pourvoir contre les décisions sur la constitutionnalité, peu importe qu'il s'agisse de la partie appelante ou de la partie intimée dans les procédures qui visent à déterminer la culpabi-