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. 2*b*) 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. 11*d*) 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.

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].

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.

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

Douglas H. Christie, for James Keegstra.

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

LAMER C.J. —

I. Introduction

1 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

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.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7, 11*d*), 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 (3e suppl.), art. 10; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)], 693 [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 146; mod. ch. 34 (3e 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 (3e suppl.).

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, c.r., pour le ministère public.

Douglas H. Christie, pour James Keegstra.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

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".

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.

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.

2 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. Factual Background

II. Les faits

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),

3 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. 2*b*) et 11*d*) 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.

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 pretrial publicity: (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.

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.

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

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

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. 2*b*) et 11*d*) 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.

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 $.

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.

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. 2*b*) 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.

8 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. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

9 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, fomente 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

10 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*

11 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.

12 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.

13 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.

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.

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

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.

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.

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.

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.

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.

16 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'acquittement et la conclusion à l'inconstitutionnalité. La méthode des doubles procédures garantit un moyen d'appel dans les deux cas.

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:

17 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:

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-

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-

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.

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'acquittement 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'acquittement 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.

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.

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*.

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

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.

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.

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.

19 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.

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 appellant or respondent in

20 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-

proceedings regarding culpability, and regardless of whether the ruling on culpability is appealed.

B. *Grounds of Appeal Which Do Not Raise Constitutional Issues*

21 Under the *Criminal Code*, an appeal to this Court in respect of an indictable offence may take five possible forms: (i) an accused may appeal as of right based on a dissent in the court of appeal; (ii) an accused may appeal as of right because the court of appeal overturned his or her acquittal, or the acquittal of a co-accused; (iii) an accused may appeal after obtaining leave to appeal; (iv) the Crown may appeal as of right on the basis of a dissent in the court of appeal; and (v) the Crown may appeal after obtaining leave to appeal. While the accused has an appeal as of right (reversal of an acquittal) which the Crown does not (reversal of a conviction), the Crown and the accused have identical rights as respondents in each of these forms of appeal. Consequently, the categories of appeal which need to be examined are: (i) appeals as of right based on a dissent in the court of appeal; (ii) appeals as of right based on the setting aside of an acquittal; and, (iii) appeals where leave is granted. As a general rule, a respondent is entitled to raise any argument which supports the order of the court below. For clarity, the non-constitutional arguments which may be raised by the respondent in each form of appeal are set out below.

1. Appeals as of Right Based on a Dissent in the Court of Appeal

22 This appeal as of right arises in three situations. In the first instance, the accused was acquitted at trial and his or her acquittal was upheld, with a dissent in the court of appeal which gives the Crown a narrow appeal as of right. In the second case, the accused was convicted and the court of appeal overturned the conviction with a dissent, providing

lité, et peu importe que la décision relative à la culpabilité fasse l'objet d'un appel.

B. *Moyens d'appel ne soulevant aucune question constitutionnelle*

Sous le régime du *Code criminel*, un pourvoi à notre Cour relativement à un acte criminel peut revêtir cinq formes: (i) l'accusé peut se pourvoir de plein droit sur le fondement d'une dissidence en cour d'appel, (ii) l'accusé peut se pourvoir de plein droit pour le motif que la cour d'appel a annulé son acquittement ou celui d'un coaccusé, (iii) l'accusé peut se pourvoir à la suite d'une autorisation en ce sens; (iv) le ministère public peut se pourvoir de plein droit sur le fondement d'une dissidence en cour d'appel, et (v) le ministère public peut se pourvoir à la suite d'une autorisation en ce sens. Bien que l'accusé puisse se pourvoir de plein droit (lorsque son acquittement est annulé) et que le ministère public ne puisse pas le faire (lorsque la déclaration de culpabilité est annulée), tous deux jouissent de droits identiques à titre de parties intimées dans chacune de ces formes de pourvoi. Partant, les catégories de pourvois qui requièrent un examen sont les suivantes: (i) les pourvois de plein droit fondés sur une dissidence en cour d'appel, (ii) les pourvois de plein droit fondés sur l'annulation d'un acquittement, et (iii) les pourvois formés à la suite d'une autorisation en ce sens. En règle générale, une partie intimée peut avancer tout argument appuyant l'ordonnance de la cour d'appel. Pour plus de clarté, les arguments n'ayant pas trait à la constitutionnalité que peut avancer la partie intimée dans chaque forme de pourvoi sont énoncés ci-après.

1. Les pourvois de plein droit fondés sur une dissidence en cour d'appel

Ce pourvoi de plein droit peut être formé dans trois cas. Dans le premier cas, l'accusé a été acquitté à son procès et son acquittement a été maintenu en cour d'appel, avec inscription d'une dissidence qui habilite le ministère public à former un pourvoi de plein droit restreint. Dans le second cas, l'accusé a été déclaré coupable et sa déclara-

for a narrow appeal as of right for the Crown. Finally, when the accused was convicted and the court of appeal upheld the conviction with a dissent, the accused will have a narrow appeal as of right.

tion de culpabilité a été annulée en cour d'appel, avec inscription d'une dissidence qui habilite le ministère public à former un pourvoi de plein droit restreint. Dans le dernier cas, l'accusé a été déclaré coupable et sa déclaration de culpabilité a été maintenue en cour d'appel, avec inscription d'une dissidence qui habilite l'accusé à former un pourvoi de plein droit restreint.

Sections 691(1)(*a*) and 693(1)(*a*) provide a narrow right of appeal on the basis of court of appeal dissents. These provisions limit the arguments which may be raised by appellants in this Court. They do not, however, limit arguments which can be made by respondents. The respondent can raise any argument which supports the order of the court below. This includes presenting grounds on which the respondent was successful in the court below, re-arguing grounds which were unsuccessful or not dealt with below, and even making new arguments in this Court. If a respondent makes a new argument which lacks an appropriate evidentiary basis below, this Court may exercise its discretion not to hear the argument. This decision, however, is not related to the Court's jurisdiction. When a respondent in an appeal as of right raises an issue the appellant has not addressed, the appellant may seek leave to file a reply factum.

Les alinéas 691(1)*a*) et 693(1)*a*) prévoient un droit d'appel restreint fondé sur des dissidences en cour d'appel. Ces dispositions restreignent les arguments que des parties appelantes peuvent avancer devant notre Cour. Toutefois, elles ne limitent pas les arguments qui peuvent être avancés par des parties intimées. La partie intimée peut avancer tout argument appuyant l'ordonnance de la cour d'appel. Elle peut donc soumettre des moyens à l'égard desquels elle a obtenu gain de cause en cour d'appel, débattre de nouveau des moyens qui ont échoué ou qui n'ont pas été examinés en cour d'appel, et même avancer de nouveaux arguments devant notre Cour. Si une partie intimée avance un nouvel argument à l'égard duquel des éléments de preuve insuffisants ont été produits en cour d'appel, notre Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas entendre cet argument. Cette décision n'est cependant pas liée à la compétence de la Cour. Lorsqu'une partie intimée, dans un pourvoi de plein droit, soulève une question que la partie appelante n'a pas abordée, cette dernière peut demander l'autorisation de déposer un mémoire en réponse. 23

If an appellant who has an appeal as of right based on a dissent wishes to raise other issues, he or she may seek leave under ss. 691(1)(*b*) or 693(1)(*b*). In *Finta*, *supra*, this procedure was followed by the appellant Crown who wished to address issues on which the Court of Appeal had been unanimous. Once leave has been sought, the Court may grant leave on narrow grounds or grant a general leave to appeal. The arguments which may be advanced are then governed by the same

Si une partie appelante qui est habilitée à former un pourvoi de plein droit fondé sur une dissidence souhaite soulever d'autres questions, elle peut demander l'autorisation de le faire en vertu des al. 691(1)*b*) ou 693(1)*b*). Dans l'arrêt *Finta*, précité, c'est ce qu'a fait le ministère public appelant qui souhaitait soulever des questions qui avaient fait l'unanimité au sein de la Cour d'appel. Une fois l'autorisation demandée, la Cour peut l'accorder relativement à certains moyens seulement ou encore accorder une autorisation générale de pourvoi. Les arguments qui peuvent être avancés sont alors régis par la même procédure qui s'applique 24

procedures as any case where leave is granted, set out below.

2. Appeals as of Right Based on the Setting Aside of an Acquittal

25 Section 691(2) provides these appeals as of right to an accused on any point of law if the court of appeal set aside his or her acquittal, or the acquittal of a co-accused. Accordingly, these appeals are similar to appeals where leave is granted at large. The appellant may argue any point of law, including points of law raised by intervening decisions (*R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246). The respondent Crown in these appeals may argue any point of law which supports the order of the court below.

26 In *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, the appellants came before this Court under this provision. The Crown sought to present argument in respect of a point of law which the appellants had not raised. In ruling on the jurisdictional issue, Dickson J. (as he then was), writing for the majority, said (at p. 240):

> In both civil and criminal matters it is open to a respondent to advance any argument to sustain the judgment below, and he is not limited to appellants' points of law. A party cannot, however, raise an entirely new argument which has not been raised below and in relation to which it might have been necessary to adduce evidence at trial.... Therefore, if we regard the Crown's submission as an argument to sustain the judgment below, this Court undoubtedly has jurisdiction to hear and decide this issue.

This clarifies that the only restriction on arguments by the respondent which support the order below will be whether there is a sufficient evidentiary record to support the argument. As noted above, this limitation is discretionary. The Court may choose to hear arguments on which there is no record below, although it normally will not. The

dans les cas où l'autorisation est accordée, et qui est énoncée plus loin.

2. Les pourvois de plein droit fondés sur l'annulation d'un acquittement

Le paragraphe 691(2) prévoit qu'un accusé peut former un pourvoi de plein droit sur tout point de droit si la cour d'appel annule son acquittement ou celui d'un coaccusé. Ces pourvois sont donc semblables à ceux formés à la suite d'une autorisation générale. La partie appelante peut débattre tout point de droit, y compris ceux soulevés dans des décisions rendues entre-temps (*R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246). Dans le cadre de ces pourvois, le ministère public intimé peut faire valoir tout point de droit appuyant l'ordonnance de la cour d'appel.

Dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, les appelants se sont présentés devant notre Cour en application de cette disposition. Le ministère public a tenté d'avancer un argument relativement à un point de droit que les appelants n'avaient pas soulevé. En se prononçant sur la question de compétence, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme ceci, au nom de la majorité (à la p. 240):

> En matière civile et en matière criminelle, il est loisible à un intimé de soumettre des arguments à l'appui du jugement d'instance inférieure et il n'est pas limité aux points de droit soulevés par les appelants. Une partie ne peut cependant pas soulever un argument entièrement nouveau qui n'a pas été soulevé devant les cours d'instance inférieure et au sujet duquel il aurait pu être nécessaire de soumettre des éléments de preuve au procès. [. . .] En conséquence, si nous considérons la prétention de Sa Majesté comme un argument à l'appui du jugement d'instance inférieure, cette Cour a manifestement compétence pour entendre et trancher la question.

Ces propos viennent préciser que la seule restriction à laquelle seront assujettis les arguments avancés par la partie intimée à l'appui de l'ordonnance de la cour d'appel sera la nécessité d'avoir suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour appuyer l'argument en question. Comme je l'ai déjà souligné, cette restriction est discrétionnaire. La Cour peut choisir d'entendre des arguments qui n'ont pas fait l'objet d'aucune preuve

question of an evidentiary record below does not affect this Court's jurisdiction.

Our decision in *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449, further clarifies the position of respondents in these appeals as of right. In *Barnes* the trial judge had entered a judicial stay for entrapment and the court of appeal had allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The Crown requested that, upon finding there was no entrapment, this Court enter convictions against the accused. Writing for the majority of this Court, I stated (at p. 466):

> The Crown is not given by statute the ability to appeal to this Court a decision which allowed its appeal from an acquittal or judicial stay of proceedings, but which gave the Crown less than what had been requested. As a result, there is no statutory provision which would allow the Crown to appeal from the Court of Appeal's judgment. Absent a statutory right of appeal, there is no right of appeal. [Emphasis in original.]

This makes it clear that, while the respondent Crown in all of these appeals would undoubtedly prefer a conviction over a new trial, the Crown is not permitted to cross-appeal or otherwise argue in this Court for a conviction to be entered.

3. Appeals Where Leave Is Granted

Where leave is sought under s. 691(1)(*b*) or s. 693(1)(*b*), the Court may choose to grant leave on restricted grounds or at large. Restricting the leave granted to specific issues constrains the arguments which may be raised by appellants. The arguments which may be raised by respondents are not affected by an order granting leave on narrow grounds. As is the case in the two forms of appeal as of right, the respondent here may make any argument which supports the order of the court below. A respondent who has won in the court

devant les tribunaux d'instance inférieure, même si, normalement, elle s'abstiendra de le faire. La question de l'existence ou non de cette preuve n'a aucune incidence sur la compétence de notre Cour.

27 Dans l'arrêt *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, notre Cour précise davantage la position des parties intimées dans ces pourvois de plein droit. Dans cette affaire, le juge du procès avait ordonné un arrêt des procédures pour provocation policière et la cour d'appel avait accueilli l'appel du ministère public et ordonné un nouveau procès. Le ministère public a demandé à notre Cour de prononcer des déclarations de culpabilité contre l'accusé, si elle concluait à l'absence de provocation policière. Voici ce que j'affirme, au nom de notre Cour à la majorité, à la p. 466:

> Le ministère public n'est pas, de par la loi, habilité à se pourvoir devant notre Cour contre une décision qui a accueilli l'appel qu'il avait interjeté d'un verdict d'acquittement ou d'un arrêt des procédures, mais qui lui a donné moins que ce qui avait été demandé. Par conséquent, il n'existe aucune disposition législative qui permettrait au ministère public de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. Sans droit d'appel prévu par la loi, il n'y a pas de droit d'appel. [Souligné dans l'original.]

Il ressort clairement de ce passage que, même s'il est indubitable que, dans tous ces appels, le ministère public intimé préférerait une déclaration de culpabilité à un nouveau procès, il n'est toutefois pas habilité à former un pourvoi incident ou à faire valoir par ailleurs devant notre Cour qu'une déclaration de culpabilité devrait être prononcée.

3. Les pourvois formés à la suite d'une autorisation en ce sens

28 Lorsque l'autorisation est demandée en vertu des al. 691(1)*b*) ou 693(1)*b*), la Cour peut choisir d'accorder soit une autorisation restreinte à certains moyens, soit une autorisation générale. Restreindre l'autorisation à des questions précises revient à dicter les arguments que peuvent avancer des parties appelantes. Une ordonnance qui accorde une autorisation restreinte à certains moyens ne change rien aux arguments qui peuvent être avancés par des parties intimées. Comme c'est le cas dans les deux formes de pourvois de plein

below and been granted a new trial may not seek leave under these provisions to seek either a conviction (in the case of the Crown) or an acquittal (in the case of an accused). (See *Meddoui v. The Queen*, [1991] 3 S.C.R. ix.)

29 Leave granted under the *Criminal Code* provisions differs from leave granted under s. 40 of the *Supreme Court Act* in civil matters. While appeal routes in civil cases are not at issue in this motion, it is useful to clarify that the decision in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, is not relevant to criminal appeals. In *Idziak*, leave was granted on one ground only and both parties were restricted in their argument to addressing that ground. In civil matters, leave to appeal may be sought with respect to any finding adverse to the party in question. The number of such findings in a civil case is nearly always much greater than in a criminal case. Accordingly, as a matter of policy, when restricted leave is granted in civil cases, the respondent will normally be limited to arguing those issues set out by the Court in its order granting leave. A respondent who wishes to avoid this restriction should seek relief therefrom in the response to the application for leave to appeal or by application to the Court prior to the hearing. Such an application would succeed if, in the opinion of the Court, limited grounds of appeal would operate adversely to the respondent.

30 Three final points will conclude the clarification of which arguments may be raised by respondents in criminal appeals.

31 First, in some cases, two issues which may have been discussed separately at the court of appeal will be so inextricably linked as to form two aspects of the same question of law. In this case, an appellant who has a narrow right of appeal

droit, l'intimé peut, ici, avancer tout argument qui appuie l'ordonnance de la cour d'appel. La partie intimée qui a obtenu gain de cause en cour d'appel et qui s'est vu accorder un nouveau procès ne peut pas faire une demande d'autorisation fondée sur ces dispositions pour obtenir une déclaration de culpabilité (dans le cas du ministère public) ou un acquittement (dans le cas d'un accusé). (Voir *Meddoui c. La Reine*, [1991] 3 R.C.S. ix.)

L'autorisation accordée en vertu des dispositions du *Code criminel* diffère de celle accordée en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* en matière civile. Bien que les moyens d'appel dans les affaires civiles ne soient pas en cause dans la présente requête, il est utile de préciser que l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, n'est pas pertinent quant aux appels en matière criminelle. Dans l'arrêt *Idziak*, l'autorisation n'a été accordée que pour un seul moyen et, dans leurs plaidoiries, les deux parties ont dû se contenter de ne débattre que ce moyen. En matière civile, l'autorisation de pourvoi peut être demandée pour toute conclusion défavorable à la partie requérante. De telles conclusions sont presque toujours beaucoup plus nombreuses en matière civile qu'en matière criminelle. Pour cette raison, 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 partie intimée qui souhaite éviter cette restriction devrait le demander dans la réponse à la demande d'autorisation de pourvoi, ou au moyen d'une demande à la Cour avant l'audition. Une telle demande serait accueillie si la Cour était d'avis que des moyens d'appel limités seraient préjudiciables à la partie intimée.

J'ajouterai trois autres points pour clore ma discussion sur les arguments que des parties intimées peuvent avancer dans des pourvois en matière criminelle.

Premièrement, dans certains cas, deux questions qui peuvent avoir été débattues séparément en cour d'appel seront si inextricablement liées qu'elles formeront deux aspects d'une même question de droit. Dans ce cas, la partie appelante qui jouit

based on a dissent, or who has been granted leave to appeal on restricted grounds, will be able to address all aspects of the question, even if the court of appeal treated the different aspects separately. One example of this intertwining is the question of whether a particular error of law is so serious that it justifies setting aside the trial verdict. The provisions for taking account of the severity of errors (s. 686(1)(*b*)(iii) in the case of convictions, and the threshold set out in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, in the case of acquittals) will always be intertwined with any error of law considered by this Court.

d'un droit d'appel restreint fondé sur une dissidence, ou qui a obtenu l'autorisation de se pourvoir relativement à certains moyens seulement, pourra aborder tous les aspects de la question, même si la cour d'appel les a traités séparément. On peut constater l'existence de cette relation étroite dans la question de savoir si une erreur de droit donnée est grave au point de justifier l'annulation du verdict prononcé au procès. Les dispositions relatives à la prise en compte de la gravité des erreurs (le sous-al. 686(1)*b*)(iii) dans le cas de déclarations de culpabilité, et le critère établi dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, dans le cas d'acquittements) seront toujours étroitement liées à toute erreur de droit considérée par notre Cour.

Second, the principles which are to govern permissible arguments in appeals relating to included offences are contained in the general rules. When an accused is convicted of an included offence, he or she has been acquitted of the offence originally charged. The accused can appeal the conviction and the Crown can appeal the acquittal. Appeals to this Court are then governed by the appropriate *Criminal Code* provisions. This is set out in my reasons, for the Court, in *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356. In *Guillemette* the accused was charged with second degree murder and convicted of manslaughter. He appealed his conviction but the Crown did not appeal his acquittal. The Court of Appeal erroneously ordered a new trial on the second degree murder charge. As the acquittal had not been appealed, this order was beyond the Court of Appeal's jurisdiction. Guillemette's appeal to this Court was as of right on the basis that the Court of Appeal had set aside his original acquittal on the second degree murder charge. I stated (at pp. 363-64):

Deuxièmement, les principes qui doivent régir les arguments permis dans les pourvois qui concernent des infractions incluses sont contenus dans les règles générales. Lorsqu'un accusé est déclaré coupable d'une infraction incluse, il est acquitté de l'infraction initialement reprochée. L'accusé peut en appeler de la déclaration de culpabilité et le ministère public peut en appeler de l'acquittement. Les pourvois devant notre Cour sont alors régis par les dispositions pertinentes du *Code criminel*. C'est ce que j'ai indiqué dans les motifs que j'ai rédigés, au nom de la Cour, dans l'affaire *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356. Dans cette affaire, l'accusé, qui était inculpé de meurtre au deuxième degré, a été déclaré coupable d'homicide involontaire. Il en a appelé de sa déclaration de culpabilité, mais le ministère public n'en a pas appelé de son acquittement. La Cour d'appel a ordonné à tort un nouveau procès relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Comme l'acquittement n'avait fait l'objet d'aucun appel, cette ordonnance excédait la compétence de la Cour d'appel. Le pourvoi de Guillemette devant notre Cour était formé de plein droit du fait que la Cour d'appel avait annulé l'acquittement initial relatif à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Voici ce que j'affirme, aux pp. 363 et 364: 32

> The accused cannot challenge the verdict of manslaughter in this Court. The Court of Appeal did not affirm the conviction and, were it not for the error by the Court of Appeal in setting aside his acquittal for

> Il n'est pas loisible à l'accusé devant cette Cour d'entreprendre le verdict de culpabilité d'homicide involontaire. La Cour d'appel n'a pas confirmé le verdict de culpabilité et, n'eût été de l'erreur de la Cour d'appel

murder by ordering a new trial on that charge, the accused would not have been able to appeal to this Court under s. 618 [now s. 691]. On an appeal as of right under s. 618(2)(*a*) of the *Code*, the accused can only challenge the setting aside of his acquittal for murder and ask that the new trial be held on a charge of manslaughter. This Court therefore cannot rule on the other arguments put forward by the accused in support of an acquittal.

. . .

Though it made no appeal to the Court of Appeal, the Crown could have appealed in this Court, against the order for a new trial made by the Quebec Court of Appeal . . . . In addition to the limitations imposed on us by the nature of the accused's appeal, the jurisdiction of this Court is also limited by the Crown's decision not to appeal to the Court of Appeal against the acquittal for murder by the jury, and further by its decision not to appeal against the order for a new trial made by the Court of Appeal.

There are no special or additional rules which apply in the case of included offences. What is required, rather, is a careful consideration of which party has the right to appeal the implicit and explicit rulings of the trial court.

33 The final clarification concerns the interaction between the dual proceedings approach to constitutional issues and the avenues of appeal provided in the *Criminal Code*. When a constitutional issue is put before this Court through any of the appeals provided for in the *Criminal Code*, there is no need to seek leave under s. 40 of the *Supreme Court Act*. The dual proceedings approach exists in order to ensure that rulings regarding constitutionality will not be made "unappealable" by the *Criminal Code* provisions, not to remove all constitutional questions from the *Criminal Code* routes of appeal.

34 Counsel in this motion raised the question of whether Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, provides an independent avenue of cross-appeal to respondents. While Rule

d'annuler son acquittement pour meurtre en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur cette accusation, l'accusé n'aurait pu en vertu de l'art. 618 [maintenant l'art. 691] se pourvoir devant cette Cour. En appel de plein droit en vertu de l'al. 618(2)*a*) du *Code*, l'accusé ne peut qu'entreprendre l'annulation de son acquittement pour meurtre et demander que le nouveau procès soit tenu sur une accusation d'homicide involontaire. Nous ne pouvons donc nous prononcer sur les autres moyens mis de l'avant par l'accusé au soutien d'un acquittement.

. . .

Bien que ne s'étant point pourvue en Cour d'appel, il était quand même loisible à la Couronne de se pourvoir à l'encontre de l'ordonnance d'un nouveau procès prononcée par la Cour d'appel du Québec. [. . .] Outre les limites que nous impose la nature du pourvoi de l'accusé, la juridiction de cette Cour est aussi limitée par la décision de la Couronne de ne pas se pourvoir, en Cour d'appel, contre l'acquittement pour meurtre prononcé par le jury, et ensuite, davantage, par la décision de la Couronne de ne pas se pourvoir contre l'ordonnance d'un nouveau procès prononcée par la Cour d'appel.

Aucune règle spéciale ou supplémentaire ne s'applique dans le cas d'infractions incluses. Il faut plutôt considérer soigneusement quelle partie a le droit de se pourvoir contre les décisions implicites et explicites du tribunal de première instance.

La dernière précision concerne l'interaction entre la méthode des doubles procédures applicable aux questions constitutionnelles et les moyens d'appel prévus dans le *Code criminel*. Lorsque notre Cour est saisie d'une question constitutionnelle dans le cadre de l'un ou l'autre des appels prévus par le *Code criminel*, il n'est pas nécessaire de demander une autorisation en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. La méthode des doubles procédures est là pour garantir que les décisions en matière de constitutionnalité ne soient pas soustraites à tout appel par les dispositions du *Code criminel*, et non pour retirer toutes questions constitutionnelles des moyens d'appel prévus par le *Code criminel*.

Les avocats, dans la présente requête, ont soulevé la question de savoir si l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, prévoit, en faveur des parties intimées, un moyen

29 prescribes the procedural aspects of cross-appeals, it does not provide an avenue for cross-appeals which have no statutory foundation.

C. *Application to this Motion*

The Crown moves that the Court quash Keegstra's application for leave to appeal on the basis that it is beyond the Court's jurisdiction. The Crown is appealing to this Court as of right on the basis of a dissent in the Court of Appeal. Keegstra seeks leave to appeal on three points, one of which raises a constitutional issue.

I would dismiss the Crown's motion. Keegstra does not need leave to argue the two non-constitutional points contained in his original application for leave to appeal as these support the order for a new trial granted by the Court of Appeal. As well, he advanced both of these arguments on appeal, so there is an appropriate evidentiary basis for his arguments here. His challenge to the constitutionality of ss. 319(2) and 319(3) based on ss. 2(*b*), 7 and 15 of the *Charter*, on the other hand, does not appear to be supportive of the order below. Keegstra seeks to argue that the combined effect of ss. 319(2) and 319(3) is to create an offence which infringes freedom of expression, is unconstitutionally vague and does not provide equal protection of the law to all groups in Canadian society. Success on this ground would likely preclude a new trial. With respect to this ground of appeal, therefore, Keegstra must seek leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act*, pursuant to the dual proceedings approach.

V. The Motion to Amend the Application for Leave to Appeal

Keegstra moves to add an additional ground to his application for leave to appeal. This additional ground challenges s. 319(3)(*a*) as contrary to s.

indépendant d'appel incident. Bien que l'art. 29 énonce les aspects procéduraux des pourvois incidents, il ne prescrit aucune voie d'appel incident qui ne soit pas prévue par la loi.

C. *Application à la présente requête*

Le ministère public demande à la Cour d'annuler la demande d'autorisation de pourvoi de Keegstra pour le motif qu'elle excède sa compétence. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour sur le fondement d'une dissidence exprimée en Cour d'appel. Keegstra demande l'autorisation de se pourvoir sur trois points dont l'un soulève une question constitutionnelle. 35

Je suis d'avis de rejeter la requête du ministère public. Keegstra n'a pas besoin d'autorisation pour débattre les deux points non constitutionnels contenus dans sa demande initiale d'autorisation de pourvoi puisqu'ils appuient l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel. De même, il a avancé ces deux arguments en appel, de sorte qu'il existe une preuve suffisante pour lui permettre de les avancer devant nous. Par contre, sa contestation de la constitutionnalité des par. 319(2) et 319(3), fondée sur l'al. 2*b*) et les art. 7 et 15 de la *Charte*, ne paraît pas appuyer l'ordonnance de la Cour d'appel. Keegstra cherche à faire valoir que l'effet conjugué des par. 319(2) et 319(3) est de créer une infraction qui porte atteinte à la liberté d'expression, qui est inconstitutionnellement imprécise et qui n'assure pas une protection égale de la loi à tous les groupes de la société canadienne. S'il obtenait gain de cause à cet égard, la possibilité de tenir un nouveau procès serait vraisemblablement exclue. En ce qui concerne ce moyen d'appel, Keegstra doit donc demander l'autorisation de se pourvoir en application de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, conformément à la méthode des doubles procédures. 36

V. La requête en modification de la demande d'autorisation de pourvoi

Keegstra demande l'autorisation d'ajouter un autre moyen à sa demande d'autorisation de pourvoi. Ce moyen additionnel consiste à contester l'al. 37

11(*d*) of the *Charter* because it creates a reverse onus on the issue of truth, thus allegedly infringing an accused's right to be presumed innocent. I need not address this motion because the broadest possible remedy which could result from this challenge would be to strike out the words "he establishes" from s. 319(3)(*a*). Success with respect to this challenge would support the order for a new trial and therefore Keegstra does not need leave to make this argument.

VI. The Application for Leave to Appeal

38 As Keegstra need not seek leave to argue in support of the order of the Court of Appeal, this Court must consider whether to grant leave to appeal on the following ground:

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?

39 I would deny leave to appeal on this ground.

VII. Request to Remove the Volume "The Hate Crimes Law in Canada" from the Record

40 As part of its motion to quash the application for leave to appeal, the Crown requests that the Court remove from its record the volume entitled "The Hate Crimes Law in Canada" by Barbara Kulaszka, which Keegstra filed as volume 2 of "Applicant's Authorities". This volume reviews the application of a group of provisions it labels collectively as Canada's "hate crimes" laws, including s. 319(2) of the *Criminal Code*, and certain provisions of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), the *Canada Post Corporation Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 54, and the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52. The thesis of

319(3)*a*) pour le motif qu'il contrevient à l'al. 11*d*) de la *Charte*, du fait qu'il crée une inversion du fardeau de la preuve relativement à la question de la véracité, portant ainsi atteinte au droit de l'accusé à la présomption d'innocence. Je n'ai pas à examiner cette requête étant donné que 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*). Un gain de cause à l'égard de cette contestation appuierait l'ordonnance de nouveau procès, de sorte que Keegstra n'a pas besoin d'une autorisation pour avancer cet argument.

VI. La demande d'autorisation de pourvoi

Comme Keegstra n'est pas tenu de demander l'autorisation de se faire entendre pour appuyer l'ordonnance de la Cour d'appel, notre Cour doit déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de pourvoi relativement au moyen suivant:

1. Les paragraphes 319(2) et 319(3) du *Code criminel* contreviennent-ils à l'al. 2*b*) 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?

Je suis d'avis de refuser l'autorisation de pourvoi relativement à ce moyen.

VII. Requête visant à retirer du dossier le volume «The Hate Crimes Law in Canada»

Dans sa requête en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi, le ministère public demande que la Cour retire de son dossier l'ouvrage intitulé «The Hate Crimes Law in Canada» de Barbara Kulaszka, que Keegstra a déposé comme deuxième volume du recueil de jurisprudence et de doctrine invoquées par le requérant. L'auteur y passe en revue l'application d'une série de dispositions qu'elle appelle collectivement les lois du Canada sur les «crimes haineux», dont le par. 319(2) du *Code criminel* et certaines dispositions du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.), de la *Loi sur la Société canadienne des*

the study is that these provisions are applied inconsistently and unfairly by Canadian law enforcement officials.

As this volume did not form part of the record below, and Keegstra has not sought leave to file it here, I would grant the Crown's motion and remove this volume from the Court's record for the application for leave to appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I agree with the Chief Justice's disposition of these proceedings and substantially agree with his reasons in support of this disposition. Specifically, I agree that a respondent in a criminal appeal is free to raise any argument which supports the order below (subject to the discretion of this Court to decline to hear any argument for which there is not a sufficient evidentiary foundation).

My only reservation with the Chief Justice's reasons concerns the distinction he draws between civil and criminal appeals. Specifically, after concluding that respondents in criminal appeals are free to raise any argument which supports the order below, he states (at p. 400):

> . . . as a matter of policy, when restricted leave is granted in civil cases, the respondent will normally be limited to arguing those issues set out by the Court in its order granting leave.

I am not sure I see the underlying legal rationale for this distinction between the scope of the arguments that respondents can raise in criminal and civil appeals. Accordingly, I cannot agree with the Chief Justice's *obiter* comments on this issue. Instead, as this issue is not squarely raised by the facts of these proceedings, I would leave its resolution to another day. Subject to this reservation, however, I would dispose of these proceedings as does the Chief Justice.

postes, S.C. 1980-81-82-83, ch. 54, et de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52. L'étude soutient que ces dispositions sont appliquées d'une manière incohérente et injuste par les autorités canadiennes chargées d'appliquer les lois.

Étant donné que cet ouvrage ne faisait pas partie du dossier de la Cour d'appel et que Keegstra n'a pas demandé l'autorisation de le déposer devant nous, je suis d'avis d'accueillir la requête du ministère public et de retirer cet ouvrage du dossier relatif à la demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour. 41

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord avec le Juge en chef quant au résultat auquel il en arrive et je souscris, pour l'essentiel, à ses motifs. Plus précisément, je conviens que, dans un appel en matière criminelle, l'intimé est libre d'avancer tout argument de nature à appuyer le jugement de la cour d'appel (sous réserve du pouvoir discrétionnaire de notre Cour de refuser d'entendre tout argument en l'absence d'une preuve suffisante). 42

Ma seule réserve concerne la distinction que le Juge en chef fait entre les pourvois en matière civile et les pourvois en matière criminelle. Plus précisément, après avoir conclu que l'intimé dans un pourvoi en matière criminelle est libre d'avancer tout argument qui appuie le jugement de la cour d'appel, il affirme (à la p. 400): 43

> . . . 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.

Je ne suis pas certaine de la raison pour laquelle il faut distinguer entre les arguments qu'une partie intimée peut avancer dans des pourvois en matière criminelle, et ceux qu'elle peut débattre en matière civile. Je ne saurais donc souscrire à cet *obiter* du Juge en chef sur cette question. En revanche, comme cette question ne se pose pas directement dans le présent dossier, il y a lieu d'en reporter la résolution à un autre jour. Sous cette réserve, je trancherais ce pourvoi comme le suggère le Juge en chef.

Motion to quash application for leave to appeal dismissed. Application for leave to appeal dismissed.

Solicitor for the Crown: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for James Keegstra: Douglas H. Christie, Victoria.

Requête en annulation d'une demande d'autorisation de pourvoi rejetée. Demande d'autorisation de pourvoi rejetée.

Procureur du ministère public: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de James Keegstra: Douglas H. Christie, Victoria.