

Her Majesty The Queen *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

Dennis Rodgers *Respondent/Appellant on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Quebec, Attorney General of
Nova Scotia, Attorney General of New
Brunswick and Attorney General of British
Columbia** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. RODGERS

Neutral citation: 2006 SCC 15.

File No.: 30319.

2005: November 15; 2006: April 27.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie,
Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Search
and seizure — Criminal Code provision permitting pro-
vincial court judge, on ex parte application, to authorize
collection of DNA samples from three classes of previ-
ously convicted offenders — Legislative safeguards re-
stricting use of DNA data bank as an identification tool
only — Whether collection of DNA samples for data bank
purposes from designated classes of convicted offenders
reasonable — Whether data bank provisions strike an
appropriate balance between public interest in effective
identification of persons convicted of serious offences
and rights of individuals to physical integrity and con-
trol of release of information about themselves — Cana-
dian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal
Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fun-
damental justice — Procedural fairness — Ex parte*

Sa Majesté la Reine *Appelante/Intimée au
pourvoi incident*

c.

Dennis Rodgers *Intimé/Appelant au pourvoi
incident*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général du Québec, procureur général de
la Nouvelle-Écosse, procureur général du
Nouveau-Brunswick et procureur général de
la Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. RODGERS

Référence neutre : 2006 CSC 15.

N° du greffe : 30319.

2005 : 15 novembre; 2006 : 27 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et
Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits —
Fouilles, perquisitions et saisies — Disposition du
Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour pro-
vinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le pré-
lèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de
condamnés — Garanties légales ne permettant l'utili-
sation de la banque de données génétiques qu'à des fins
d'identification — Le prélèvement sur les catégories de
condamnés désignées d'échantillons d'ADN destinés à
la banque est-il abusif? — Les dispositions relatives à
la banque de données génétiques établissent-elles un
juste équilibre entre l'intérêt qu'a la société à ce que
soient dûment identifiées les personnes déclarées cou-
pables d'infractions graves et le droit du particulier à
l'intégrité physique et à la communication à son gré de
renseignements le concernant? — Charte canadienne
des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C.
1985, ch. C-46, art. 487.055.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice
fondamentale — Équité procédurale — Audition ex*

proceeding — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether ex parte nature of proceeding meets minimal constitutional imperatives of procedural fairness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Benefit of lesser punishment — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether imposition of DNA sampling order amounts to “punishment” within meaning of ss. 11(h) and 11(i) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

Criminal law — Forensic DNA analysis — Offenders serving sentences — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether judge lost jurisdiction when he proceeded ex parte in absence of any evidence demonstrating need to do so — Whether offender’s certiorari application should be granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

R was sentenced to four years in prison for a sexual assault, committed while he was on probation on a conviction for sexual interference. He was convicted prior to the proclamation of the 1998 *DNA Identification Act* and so was not ordered to provide a DNA sample when sentenced. Before his sentence expired, the Crown applied *ex parte* under s. 487.055(1)(c) of the *Criminal Code* for authorization to take DNA samples from R for inclusion in the national DNA data bank. The sample was not sought as part of an ongoing investigation of a crime. A warrant was issued and R first learned of the proceeding when served with a summons to attend to provide bodily substances. R applied for a declaration that s. 487.055 infringes ss. 7, 8, 11(h) and (i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Alternatively, he argued that the authorizing judge lost jurisdiction by proceeding *ex parte*. The Ontario Superior Court of Justice dismissed R’s applications. The Court of Appeal upheld the constitutional validity of s. 487.055 but interpreted the provision as presumptively requiring an *inter partes* hearing and held that the authorizing provincial court judge had committed jurisdictional error by proceeding *ex parte*. The

parte — Disposition du Code criminel prévoyant qu’un juge d’une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d’échantillons d’ADN sur trois catégories de condamnés — L’audition ex parte de la demande satisfait-elle aux impératifs constitutionnels minimaux d’équité procédurale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Droit de bénéficiaire de la peine la moins sévère — Disposition du Code criminel prévoyant qu’un juge d’une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d’échantillons d’ADN sur trois catégories de condamnés — L’imposition d’un tel prélèvement équivaut-elle à une « peine » au sens des art. 11h) et 11i) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

Droit criminel — Analyse génétique — Contrevenants purgeant une peine — Disposition du Code criminel prévoyant qu’un juge d’une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d’échantillons d’ADN sur trois catégories de condamnés — Le juge a-t-il perdu compétence en entendant la demande ex parte sans que n’ait été établie la nécessité de procéder ainsi? — Y a-t-il lieu de faire droit à la requête en certiorari du contrevenant? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

R a été condamné à quatre ans d’emprisonnement pour une agression sexuelle commise pendant qu’il était sous probation après avoir été reconnu coupable de contacts sexuels. Sa déclaration de culpabilité étant intervenue avant la promulgation de la *Loi sur l’identification par les empreintes génétiques* en 1998, il n’a pas eu à fournir un échantillon de substances corporelles lors de sa condamnation. Avant que sa peine ne prenne fin, le ministère public a présenté, *ex parte* et sur le fondement de l’al. 487.055(1)c) du *Code criminel*, une demande d’autorisation de prélever sur R des échantillons d’ADN destinés à la banque nationale de données génétiques. Le prélèvement n’était pas requis aux fins d’une enquête criminelle en cours. Un mandat a été décerné, et R a été informé de la démarche lorsque lui a été signifiée une sommation de se présenter pour subir le prélèvement. R a demandé un jugement déclaratoire selon lequel l’art. 487.055 violait les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi que ses al. 11h) et i). Il a soutenu subsidiairement que le juge ayant accordé l’autorisation avait perdu compétence du fait de l’audition *ex parte* de la demande. La Cour supérieure de justice de l’Ontario a rejeté les demandes de R.

authorization was quashed and the application was re-mitted for reconsideration. The Crown appealed the quashing of the authorization and R cross-appealed against the dismissal of his constitutional challenge.

Held (Binnie, Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Abella and Charron JJ.: The authorizing judge did not commit jurisdictional error in proceeding *ex parte*. The Court of Appeal erred in interpreting s. 487.055 of the *Code* as presumptively requiring an *inter partes* hearing. *Charter* values and principles should not be applied to interpret s. 487.055(1) because they only play a role in statutory interpretation if there is genuine ambiguity in the legislation. Since s. 487.055(1) is clear and unambiguous, the court must give effect to the expressed legislative intent to authorize *ex parte* applications. [6] [18-20]

Section 487.055(1) of the *Code* does not infringe s. 7 or 8 of the *Charter*. While the taking of bodily samples for DNA analysis without consent constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, the collection of DNA samples for data bank purposes from designated classes of convicted offenders is reasonable. These samples may only be used in order to create profiles in the DNA data bank. Unlike investigative DNA warrants, authorizations under the data bank provisions do not target suspected offenders nor particular offences nor do they gather evidence for use in specific prosecutions. The provisions put DNA technology to use to identify offenders in a manner analogous to fingerprinting and other identification measures. Society's interest in using this powerful new technology to assist law enforcement agencies in the identification of offenders is beyond dispute. The resulting impact on the physical integrity of the targeted offenders is minimal. Furthermore, in restricting the use of DNA sampling for data bank purposes to an identification tool only, Parliament has adequately answered any heightened concern about the potentially powerful impact that DNA sampling has on the informational privacy interests of the individual. In this case, R had no reasonable expectation of privacy in respect of his identity. Section 487.055 targets dangerous convicted offenders. Since R's identity as a multiple sex offender has become a matter of state interest, he

La Cour d'appel a confirmé la constitutionnalité de l'art. 487.055, mais elle a présumé que la disposition nécessitait une audition *inter partes* et conclu que le juge de la cour provinciale avait commis une erreur juridictionnelle en entendant la demande *ex parte*. L'autorisation a été annulée et la demande a été renvoyée au tribunal inférieur pour qu'il statue de nouveau. Le ministère public en a appelé de l'annulation, et R a formé un pourvoi incident contre le rejet de sa contestation constitutionnelle.

Arrêt (les juges Binnie, Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Abella et Charron : Le juge qui a accordé l'autorisation n'a pas commis d'erreur juridictionnelle en entendant la demande *ex parte*. La Cour d'appel a eu tort de présumer que l'art. 487.055 du *Code* nécessitait une audition *inter partes*. Le paragraphe 487.055(1) ne doit pas être interprété au regard des valeurs et des principes consacrés par la *Charte*, ceux-ci ne jouant que lorsque la disposition comporte une véritable ambiguïté. Comme la disposition en cause est claire, le tribunal doit donner effet à l'intention manifeste du législateur de permettre l'audition *ex parte*. [6] [18-20]

Le paragraphe 487.055(1) du *Code* ne porte pas atteinte aux art. 7 et 8 de la *Charte*. Le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique sans le consentement de l'intéressé constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, mais le prélèvement sur les catégories de condamnés désignées d'échantillons d'ADN destinés à la banque de données génétiques n'est pas abusif. Ces échantillons ne servent qu'à l'établissement de profils d'identification génétique destinés à la banque de données. Contrairement au mandat ADN décerné pour les besoins d'une enquête, l'autorisation de prélèvement ne vise pas les personnes soupçonnées d'une infraction ni ne permet l'obtention d'éléments de preuve aux fins d'une poursuite. Les dispositions mettent les nouvelles techniques d'analyse génétique au service de l'identification des contrevenants, et l'analogie doit se faire avec la prise des empreintes digitales et les autres mesures d'identification. La société a indéniablement intérêt à ce que les organismes chargés du contrôle d'application de la loi recourent à cette nouvelle technique performante pour identifier les contrevenants. L'atteinte à l'intégrité physique des condamnés visés est minime. Qui plus est, en ne permettant l'utilisation des échantillons d'ADN destinés à la banque de données qu'à des fins d'identification, le législateur a dûment tenu compte de l'inquiétude accrue suscitée par l'incidence considérable qu'a le prélèvement d'échantillons d'ADN sur la

has lost any reasonable expectation of privacy in the identifying information derived from DNA sampling. The data bank provisions strike an appropriate balance between the public interest in the effective identification of persons convicted of serious offences and the rights of individuals to physical integrity and privacy. Having regard to the competing interests at play, there is no constitutional requirement to link the convicted offender, on reasonable and probable grounds, to any particular investigation. [5] [25] [37-38] [42-44]

The presumptively *ex parte* hearing is a constitutionally valid legislative option. Notice and participation are not themselves principles of fundamental justice. The constitutional norm, rather, is procedural fairness. What is fair in a particular case depends entirely on the context and the constitutional question is referable to the minimal standard mandated by the *Charter*. In the context of s. 487.055, notice and participation are not required to satisfy the minimal constitutional norm. Having regard to the interests at stake and the procedural safeguards afforded by the legislative scheme, the *ex parte* nature of the proceedings meets the dictates of procedural fairness afforded under s. 7 of the *Charter*. Further, although there is no appeal from a s. 487.055 order, the decision of the judge is reviewable on *certiorari*. Lastly, the offender, by reason of his criminal conduct, is already known to law enforcement authorities and, depending on the circumstances, may be a logical suspect in future investigations regardless of any s. 487.055 order. What an offender stands to lose on a s. 487.055 application is to have his DNA profile made available to the state for identification purposes only. In the investigation of a crime, the use of a DNA profile illegally included in the data bank itself will provide grounds for an offender to quash a subsequent DNA warrant. It will also be open to the offender to challenge the admissibility of any DNA evidence at trial. [5] [47-54]

Section 487.055(1) of the *Code* does not infringe s. 11(h) or 11(i) of the *Charter*. These sections are inapplicable because the taking of DNA samples does not constitute a punishment within the meaning of s. 11. The word “punishment” under ss. 11(h) and 11(i) does

protection des renseignements personnels. Dans la présente affaire, R n’avait pas d’attentes raisonnables en matière de vie privée quant à son identité. L’article 487.055 vise des condamnés dangereux. Comme son identité en tant que délinquant sexuel récidiviste intéresse désormais l’État, R n’a plus d’attentes raisonnables en matière de vie privée à l’égard des renseignements d’identification tirés des échantillons d’ADN. Les dispositions relatives à la banque de données génétiques établissent un juste équilibre entre l’intérêt qu’a l’État à ce que soient identifiées les personnes déclarées coupables d’infractions graves et le droit du particulier à l’intégrité physique et à la vie privée. Vu les intérêts concurrents en jeu, il n’y a pas d’obligation constitutionnelle d’établir l’existence de motifs raisonnables et probables de relier le condamné à une enquête en particulier. [5] [25] [37-38] [42-44]

Le choix d’une audition de prime abord *ex parte* est un choix législatif valable sur le plan constitutionnel. Le préavis et la participation ne sont pas en eux-mêmes des principes de justice fondamentale. La norme constitutionnelle applicable est plutôt celle de l’équité procédurale. Ce qui est équitable dans un cas donné dépend entièrement du contexte, et la question constitutionnelle se rapporte à la norme minimale imposée par la *Charte*. Dans le contexte de l’art. 487.055, le préavis et la participation ne sont pas requis pour satisfaire à la norme constitutionnelle minimale. Compte tenu des intérêts en jeu et des garanties procédurales offertes par le régime législatif, le caractère *ex parte* de l’instance respecte les exigences de l’art. 7 de la *Charte* en matière d’équité procédurale. En outre, bien qu’il n’existe aucun droit d’en appeler de l’autorisation visée à l’art. 487.055, la décision du juge est susceptible de révision par voie de *certiorari*. Enfin, à cause de son comportement criminel, le contrevenant est déjà connu des autorités chargées du contrôle d’application de la loi et, selon les circonstances, il pourrait logiquement faire l’objet de soupçons lors d’une enquête ultérieure, indépendamment de toute autorisation fondée sur l’art. 487.055. Pour le contrevenant visé par une demande, l’enjeu est la mise à la disposition de l’État de son profil génétique à des fins d’identification seulement. Lors d’une enquête sur un crime, l’utilisation d’un profil génétique illégalement versé dans la banque de données pourra justifier l’annulation, à la demande du contrevenant, d’un mandat ADN décerné subséquentement. L’admissibilité de la preuve génétique pourra également être contestée au procès. [5] [47-54]

Le paragraphe 487.055(1) du *Code* ne contrevient pas aux al. 11(h) et i) de la *Charte*, qui sont inapplicables, car le prélèvement d’un échantillon d’ADN ne constitue pas une « peine » au sens de l’art. 11. La « peine » à laquelle renvoient ces alinéas n’englobe pas nécessairement

not necessarily encompass every potential consequence of being convicted of a criminal offence. As a general rule, a consequence will constitute a punishment when it forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence and the sanction is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. A DNA sampling is no more part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence than the taking of a photograph or fingerprints. The fact that the DNA order may have a deterrent effect on the offender does not make it a punishment. [5] [63-65]

Per Binnie, Deschamps and Fish JJ. (dissenting): To hold an authorization hearing *ex parte* under s. 487.055 of the *Code*, absent any reason to proceed without notice or participation, does not satisfy the constitutional requirements of s. 8 of the *Charter*. The DNA data bank constitutes a substantial and novel invasion of privacy. Notice and an opportunity to participate should be given to those whose privacy interests are at stake except where competing interests require otherwise. While the nature and extent of procedural fairness depends on context, in this context, there is no reasonable basis to presumptively depart from the norm of providing notice and participation. Both context and principle favour *inter partes* s. 487.055 applications; *ex parte* proceedings should be exceptional. [77] [80-83] [95]

In this case, no justification was shown to proceed *ex parte*. First, it is impossible for a subject to destroy his DNA sample. Second, notice and participation in the hearing create no enhanced risk of flight. The state interest in proceeding *ex parte* where there is no reason to do so is therefore minimal, at best. In any event, an assessment of the state's interest must consider as well the competing interests of those whom the state is required to protect. A s. 487.055 target has a legitimate interest in presenting information that is relevant to the required exercise of judicial discretion and that may well persuade the judge not to issue an order. That person has the most to lose if the order is erroneously made and will often be in the best position to correct erroneous information upon which the judge might otherwise be required to rely. The statutory safeguard requiring consideration of the individual's interest is rendered illusory by proceeding *ex parte* without reason. Finally, the possibility that some errors by an issuing judge may be reviewed *ex post facto* by *certiorari* cannot be considered an adequate substitute for a fair hearing on an application for an order. *Certiorari* is only available on

toute conséquence pouvant découler du fait d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle. En règle générale, la conséquence constitue une peine lorsqu'elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu'elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine. Le prélèvement d'échantillons d'ADN pour analyse génétique ne fait pas davantage partie des sanctions dont est passible la personne accusée d'une infraction que la prise de photographies ou des empreintes digitales. Le fait que son autorisation puisse avoir un effet dissuasif sur le contrevenant ne fait pas du prélèvement une peine pour autant. [5] [63-65]

Les juges Binnie, Deschamps et Fish (dissidents): L'audition *ex parte* de la demande d'autorisation visée à l'art. 487.055 du *Code*, sans motif justifiant l'absence de préavis ou de participation, ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles de l'art. 8 de la *Charte*. La banque de données génétiques constitue une atteinte nouvelle et substantielle à la vie privée. Un préavis et la possibilité de se faire entendre doivent être donnés à celui dont la vie privée est en jeu, sauf si des intérêts opposés commandent le contraire. Même si la nature et l'étendue de l'équité procédurale dépendent du contexte, en l'espèce, aucun fondement raisonnable ne permet de conclure à l'existence d'une dérogation présumée à l'exigence du préavis et de la participation. Tant le contexte que les principes militent en faveur de l'audition *inter partes* de la demande visée à l'art. 487.055; l'audition *ex parte* ne devrait avoir lieu qu'à titre exceptionnel. [77] [80-83] [95]

En l'espèce, aucun motif d'entendre la demande *ex parte* n'a été établi. Premièrement, l'intéressé ne peut détruire ses échantillons de substances corporelles. Deuxièmement, le préavis et la participation à l'audience n'accroissent pas le risque de fuite. Partant, l'intérêt qu'a l'État à ce que la demande soit entendue en l'absence de l'intéressé, lorsque rien ne justifie l'audition *ex parte*, est au mieux minimal. Quoi qu'il en soit, l'appréciation de l'intérêt de l'État doit également tenir compte des intérêts opposés de ceux que l'État est censé protéger. La personne visée à l'art. 487.055 a légitimement intérêt à saisir le juge de renseignements qui importent pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire prescrit et qui pourraient bien le convaincre de refuser l'autorisation. C'est elle qui a le plus à perdre si l'autorisation est accordée à tort et qui est souvent la mieux placée pour corriger tout renseignement erroné que le juge pourrait autrement devoir prendre en considération. Entendre la demande *ex parte* sans raison rend illusoire l'exigence légale de prendre en compte l'intérêt de l'intéressé. Enfin, la possibilité qu'une erreur commise par le juge qui accorde l'autorisation donne

narrow jurisdictional grounds and an order wrongly made cannot be reversed on a demonstration of error alone. Recourse to proceedings in *certiorari* is of no comfort to persons who could have prevented an error from occurring but for their exclusion from the hearing and who have suffered the consequences of the errors without reason or justification. The s. 8 infringement is not justified under s. 1 of the *Charter* and, accordingly, s. 487.055 is of no force or effect to the extent of its inconsistency with s. 8. [71] [73] [86-90] [94] [98-99]

Cases Cited

By Charron J.

Discussed: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; **referred to:** *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Charlebois v. Saint John (City)*, [2005] 3 S.C.R. 563, 2005 SCC 74; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Murrins* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *United States v. Kincade*, 379 F.3d 813 (2004); *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *Martineau v. M.N.R.*, [2004] 3 S.C.R. 737, 2004 SCC 81.

ouverture à une révision *ex post facto* par voie de *certiorari* ne peut être considérée comme un bon substitut à l'audition équitable de la demande. La requête en *certiorari* ne peut avoir pour fondement que certains motifs précis liés à la compétence, et la simple preuve d'une erreur ne suffit pas pour faire infirmer une ordonnance. Le *certiorari* n'est d'aucun secours à celui qui, s'il n'avait pas été exclu sans raison de l'instance, aurait pu prévenir l'erreur et ne pas en subir les conséquences. L'atteinte à l'art. 8 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, de sorte que l'art. 487.055 est inopérant dans la mesure où il est incompatible avec l'art. 8. [71] [73] [86-90] [94] [98-99]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts analysés : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; **arrêts mentionnés :** *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, 2005 CSC 74; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Murrins* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *United States c. Kincade*, 379 F.3d 813 (2004); *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *Martineau c. M.R.N.*, [2004] 3 R.C.S. 737, 2004 CSC 81.

By Fish J. (dissenting)

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, the DNA Identification Act and the National Defense Act, S.C. 2005, c. 25, s. 5.

Cal. Penal Code § 296.1 (West Supp. 2005).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11, (h), (i), 12.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.04, 487.051, 487.052, 487.055, 487.057(1), 487.06(2), 487.07, 718.2, 718.3(1).

DNA Identification Act, S.C. 1998, c. 37, ss. 3, 4.

Fla. Stat. Ann. § 943.325 (West Supp. 2005).

Ga. Code Ann. §§ 24-4-60 to 24-4-65 (Supp. 2005).

Identification of Criminals Act, R.S.C. 1985, c. I-1, s. 2(1).

Mass. Ann. Laws ch. 22E, §§ 1-15 (LexisNexis 2003 & Supp. 2005).

Mich. Comp. Laws Serv. §§ 28.171 to 28.176 (LexisNexis 2001 & Supp. 2003).

N.J. Stat. Ann. §§ 53:1-20.17 to 53:1-20.30 (West 2001 & Supp. 2004).

N.Y. Exec. Law § 995 (Consol. 1995 & Supp. 2004).

Ohio Rev. Code Ann. § 2901.07 (LexisNexis Supp. 2005).

Va. Code Ann. § 19.2-310.2 (Supp. 2005).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Borens and Cronk JJ.A.) (*sub nom. R. v. Jackpine*) (2004), 70 O.R. (3d) 97, 237 D.L.R. (4th) 122, 184 O.A.C. 354, 182 C.C.C. (3d) 449, 21 C.R. (6th) 284, [2004] O.J. No. 1073 (QL), allowing an appeal from an order of Trainor J., [2001] O.J. No. 3866 (QL), dismissing an application to quash an authorization for the taking of bodily substances for forensic DNA analysis. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Binnie, Deschamps and Fish JJ. dissenting.

Kenneth L. Campbell and Michal Fairburn, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Citée par le juge Fish (dissident)

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631.

Lois et règlements cités

Cal. Penal Code § 296.1 (West Supp. 2005).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11, h), i), 12.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.04, 487.051, 487.052, 487.055, 487.057(1), 487.06(2), 487.07, 718.2, 718.3(1).

Fla. Stat. Ann. § 943.325 (West Supp. 2005).

Ga. Code Ann. §§ 24-4-60 à 24-4-65 (Supp. 2005).

Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur l'identification par les empreintes génétiques et la Loi sur la défense nationale, L.C. 2005, ch. 25, art. 5.

Loi sur l'identification des criminels, L.R.C. 1985, ch. I-1, art. 2(1).

Loi sur l'identification par les empreintes génétiques, L.C. 1998, ch. 37, art. 3, 4.

Mass. Ann. Laws ch. 22E, §§ 1-15 (LexisNexis 2003 & Supp. 2005).

Mich. Comp. Laws Serv. §§ 28.171 à 28.176 (LexisNexis 2001 & Supp. 2003).

N.J. Stat. Ann. §§ 53:1-20.17 à 53:1-20.30 (West 2001 & Supp. 2004).

N.Y. Exec. Law § 995 (Consol. 1995 & Supp. 2004).

Ohio Rev. Code Ann. § 2901.07 (LexisNexis Supp. 2005).

Va. Code Ann. § 19.2-310.2 (Supp. 2005).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Borens et Cronk) (*sub nom. R. c. Jackpine*) (2004), 70 O.R. (3d) 97, 237 D.L.R. (4th) 122, 184 O.A.C. 354, 182 C.C.C. (3d) 449, 21 C.R. (6th) 284, [2004] O.J. No. 1073 (QL), qui a accueilli un appel contre une ordonnance du juge Trainor, [2001] O.J. No. 3866 (QL), qui avait rejeté une demande d'annulation d'une autorisation de prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, les juges Binnie, Deschamps et Fish sont dissidents.

Kenneth L. Campbell et Michal Fairburn, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Gregory Lafontaine and Vincenzo Rondinelli,
for the respondent/appellant on cross-appeal.

Ronald C. Reimer, for the intervener the Attorney
General of Canada.

Sabin Ouellet and Annie-Claude Bergeron, for
the intervener the Attorney General of Quebec.

Peter P. Rosinski, for the intervener the Attorney
General of Nova Scotia.

William B. Richards, for the intervener the
Attorney General of New Brunswick.

Beverly MacLean, for the intervener the Attorney
General of British Columbia.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache,
Abella and Charron JJ. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

This appeal concerns the constitutionality of the DNA data bank provision contained in s. 487.055 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which permits a provincial court judge, on *ex parte* application, to authorize the collection of DNA samples from three classes of previously convicted and sentenced offenders: (a) persons already declared to be “dangerous offenders”; (b) persons convicted of “more than one murder committed at different times”; and (c) persons convicted of “more than one sexual offence” and who, on the date of the application, are still serving a sentence of imprisonment of at least two years for one or more of those offences. In contrast to ss. 487.051 and 487.052 which target convicted offenders whose cases are still before the court for sentencing, applications under this provision will be referred to as retrospective applications.

Dennis Rodgers, a repeat sexual offender caught by this retrospective legislative scheme, challenges

Gregory Lafontaine et Vincenzo Rondinelli,
pour l’intimé/appelant au pourvoi incident.

Ronald C. Reimer, pour l’intervenant le procureur
général du Canada.

Sabin Ouellet et Annie-Claude Bergeron, pour
l’intervenant le procureur général du Québec.

Peter P. Rosinski, pour l’intervenant le procureur
général de la Nouvelle-Écosse.

William B. Richards, pour l’intervenant le procureur
général du Nouveau-Brunswick.

Beverly MacLean, pour l’intervenant le procureur
général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la juge en
chef McLachlin et des juges Bastarache, Abella et
Charron rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l’art. 487.055 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui prévoit qu’un juge de la cour provinciale peut, sur demande *ex parte* et pour analyse génétique, autoriser le prélèvement d’échantillons d’ADN sur trois catégories de personnes déclarées coupables et condamnées à une peine d’emprisonnement : a) celles déjà déclarées « délinquants dangereux », b) celles déclarées coupables de « plusieurs meurtres commis à différents moments » et c) celles déclarées coupables de « plus d’une infraction sexuelle » et qui, à la date de la demande, purgent toujours une peine d’emprisonnement de deux ans ou plus pour l’une ou plusieurs de ces infractions. Contrairement aux demandes fondées sur les art. 487.051 et 487.052, qui visent les contrevenants déclarés coupables mais dont la peine n’a pas encore été déterminée, la demande fondée sur cette disposition est qualifiée de « rétrospective » dans les présents motifs.

Dennis Rodgers, un délinquant sexuel récidiviste auquel s’applique ce régime législatif rétrospectif,

the constitutionality of the provision arguing that it infringes ss. 7, 8, 11(h) and 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He argues that the provision does not meet minimal constitutional norms in three respects: (a) it allows for an *ex parte* proceeding in the absence of any justification for denying fundamental procedural fairness; (b) it permits the seizure of a DNA sample from a convicted offender without first establishing reasonable and probable grounds to link the offender to a particular unsolved crime; and (c) it punishes the offender again for a predicate offence and denies him the benefit of the lesser punishment in force at the time of his conviction for that offence. Alternatively, even if the legislation is constitutional, Mr. Rodgers argues that the authorizing judge lost jurisdiction when he proceeded *ex parte* in the absence of any evidence demonstrating the need to do so.

3

Mr. Rodgers' *Charter* application and his application for *certiorari* were dismissed in all respects by the Ontario Superior Court of Justice ([2001] O.J. No. 3866 (QL)). On appeal, the Court of Appeal for Ontario upheld the constitutional validity of the legislation but interpreted s. 487.055 as presumptively requiring an *inter partes* hearing ((2004), 70 O.R. (3d) 97). The court held that the authorizing provincial court judge had committed jurisdictional error when he proceeded *ex parte* in the absence of evidence justifying the failure to give notice to Mr. Rodgers. The authorization for the taking of bodily substances from Mr. Rodgers was therefore quashed and the application for the authorization was remitted to the Ontario Court of Justice for a determination on its merits. The Crown appeals the quashing of the authorization. Mr. Rodgers cross-appeals against the dismissal of his constitutional challenge.

4

There is no question that DNA evidence has revolutionized the way many crimes are investigated and prosecuted. The use of this new technology has not only led to the successful identification and prosecution of many dangerous criminals, it has served to exonerate many persons who were

conteste la constitutionnalité de la disposition au motif qu'elle contrevient aux art. 7 et 8 et aux al. 11(h) et i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il soutient que la disposition ne respecte pas les normes constitutionnelles minimales sous trois rapports : a) elle autorise l'audition *ex parte* de la demande sans que l'atteinte au droit fondamental à l'équité procédurale ne soit justifiée; b) elle permet la saisie d'un échantillon de l'ADN d'un condamné sans que ne soit établie au préalable l'existence de motifs raisonnables et probables de relier cette personne à un crime non résolu; c) elle punit de nouveau le contrevenant pour une infraction sous-jacente et l'empêche de bénéficier de la peine la moins sévère prévue pour cette infraction au moment de sa déclaration de culpabilité. Subsidiairement, M. Rodgers fait valoir que même si la disposition est constitutionnelle, le juge qui a autorisé le prélèvement n'avait pas compétence parce qu'il a entendu la demande *ex parte* sans que n'ait été établie la nécessité de le faire.

La demande de M. Rodgers fondée sur la *Charte* et sa demande de *certiorari* ont été rejetées en tous points par la Cour supérieure de justice de l'Ontario ([2001] O.J. No. 3866 (QL)). La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la constitutionnalité de la disposition, mais elle a présumé que l'art. 487.055 nécessitait une audition *inter partes* ((2004), 70 O.R. (3d) 97). Elle a conclu que le juge de la cour provinciale ayant accordé l'autorisation avait commis une erreur juridictionnelle en entendant la demande *ex parte* à défaut de tout élément justifiant l'omission de donner un préavis à M. Rodgers. L'autorisation de prélever des substances corporelles sur ce dernier a donc été annulée, et la demande d'autorisation a été renvoyée à la Cour de justice de l'Ontario pour qu'elle statue de nouveau. Le ministère public en appelle de l'annulation de l'autorisation. M. Rodgers interjette un appel incident contre le rejet de sa contestation constitutionnelle.

Nul doute que la preuve génétique a révolutionné le déroulement de l'enquête et de la poursuite dans le cas de nombreux crimes. Elle a non seulement permis d'identifier et de poursuivre de nombreux criminels dangereux, mais aussi de disculper bon nombre de personnes soupçonnées ou

wrongfully suspected or convicted. The importance of this forensic development to the administration of justice can hardly be overstated. At the same time, the profound implications of government seizure and use of DNA samples on the privacy and security of the person cannot be ignored. A proper balance between these competing interests must be achieved within our constitutional framework.

For reasons that follow, I have concluded that the collection of DNA samples for data bank purposes from designated classes of convicted offenders is reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Society's interest in using this powerful new technology to assist law enforcement agencies in the identification of offenders is beyond dispute. The resulting impact on the physical integrity of the targeted offenders is minimal. The potential invasive impact on the right to privacy has carefully been circumscribed by legislative safeguards that restrict the use of the DNA data bank as an identification tool only. As convicted offenders still under sentence, the persons targeted by s. 487.055 have a much reduced expectation of privacy. Further, by reason of their crimes, they have lost any reasonable expectation that their identity will remain secret from law enforcement authorities. Having regard to the interests at stake and the procedural safeguards afforded by the legislative scheme, I have also concluded that the *ex parte* nature of the proceedings meets the dictates of procedural fairness afforded under s. 7 of the *Charter*. Finally, ss. 11(h) and 11(i) of the *Charter* are inapplicable. The taking of DNA samples does not constitute a punishment within the meaning of s. 11 anymore than the taking of fingerprints or other identification measures.

I have also concluded that the authorizing judge did not commit jurisdictional error in proceeding *ex parte*. The Court of Appeal erred in interpreting s. 487.055 as presumptively requiring an *inter partes* hearing. The provision is unambiguous and expressly permits but does not require an *ex parte* proceeding. The failure to provide notice did not deprive Mr. Rodgers of procedural fairness. I

déclarées coupables à tort. On ne saurait trop insister sur l'importance de cette percée médico-légale pour l'administration de la justice. On ne peut non plus faire abstraction des graves répercussions de la saisie et de l'utilisation d'échantillons d'ADN par l'État sur la protection de la vie privée et sur la sécurité de la personne. Un juste équilibre doit être établi entre ces intérêts opposés, compte tenu des paramètres constitutionnels.

Pour les motifs qui suivent, j'arrive à la conclusion que le prélèvement sur les catégories de condamnés désignées d'échantillons d'ADN destinés à la banque de données génétiques n'est pas abusif au sens de l'art. 8 de la *Charte*. La société a indéniablement intérêt à ce que les organismes chargés du contrôle d'application de la loi recourent à cette technique performante pour identifier les contrevenants. L'atteinte à l'intégrité physique est minime. L'effet attentatoire possible sur le droit à la vie privée est soigneusement circonscrit par des garanties légales qui ne permettent l'utilisation de la banque de données génétiques qu'à des fins d'identification. En tant que condamnés purgeant toujours leur peine, les personnes visées à l'art. 487.055 ont des attentes considérablement réduites en matière de vie privée. De plus, leurs crimes leur ont fait perdre tout espoir raisonnable que les organismes chargés du contrôle d'application de la loi ignorent leur identité. Compte tenu des intérêts en jeu et des garanties procédurales offertes par le régime législatif, j'estime par ailleurs que le caractère *ex parte* de l'instance satisfait aux exigences de l'art. 7 de la *Charte* en matière d'équité procédurale. Enfin, les al. 11(h) et i) de la *Charte* sont inapplicables. Le prélèvement d'un échantillon d'ADN ne constitue pas davantage une peine au sens de l'art. 11 que la prise des empreintes digitales ou une autre mesure d'identification.

J'arrive également à la conclusion que le juge qui a accordé l'autorisation n'a pas commis d'erreur juridictionnelle en entendant la demande *ex parte*. La Cour d'appel a eu tort de présumer que l'art. 487.055 nécessitait une audition *inter partes*. Cette disposition claire permet expressément, sans l'exiger, le déroulement de l'instance *ex parte*. L'omission de lui donner un préavis n'a pas privé

5

6

would therefore allow the Crown's appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, dismiss Mr. Rodgers' cross-appeal and dismiss his *Charter* and *certiorari* applications.

7

Before turning to the facts and issues under appeal, I will review the DNA data bank provisions contained in the *DNA Identification Act*, S.C. 1998, c. 37, and the *Criminal Code*. A clear understanding of the legislative scheme and its purpose is necessary to deal with the constitutional arguments advanced by the parties.

2. The Legislative Scheme

8

The *DNA Identification Act* governs the creation, operation and maintenance of a national DNA data bank. The Act must be read in conjunction with the *Criminal Code* provisions dealing with the collection and use of DNA samples. This Court in *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60, described the DNA provisions as falling into two sets. The first, the constitutionality of which was upheld in *S.A.B.*, regulates the search and seizure of DNA material from a suspect for investigative purposes in respect of a designated offence. The second set of provisions governs the collection of DNA evidence from convicted persons for the purpose of inclusion in a national DNA data bank. Section 487.055, the impugned provision on this appeal, falls in this latter set.

9

There are three categories of convicted offenders in respect of which a judicial authorization to seize DNA samples may be obtained for data bank purposes. First, s. 487.051 applies in respect of offenders convicted of a designated offence after the proclamation of the *DNA Identification Act*. Second, s. 487.052 deals with convicted offenders who have committed a designated offence prior to the proclamation of the *DNA Identification Act* but are still before the court. (Designated offences are defined under s. 487.04 of the *Criminal Code* and,

M. Rodgers de son droit à l'équité procédurale. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public, d'annuler le jugement de la Cour d'appel, de rejeter le pourvoi incident de M. Rodgers, ainsi que sa demande fondée sur la *Charte* et sa demande de *certiorari*.

Avant d'analyser les faits et les questions en litige, j'examinerai les dispositions de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37, et du *Code criminel* relatives à la banque de données génétiques. Il importe de bien circonscrire le régime législatif et son objet pour statuer sur les prétentions constitutionnelles des parties.

2. Le régime législatif

La *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* régit la création, le fonctionnement et le maintien d'une banque nationale de données génétiques. Elle doit être interprétée en corrélation avec les dispositions du *Code criminel* sur le prélèvement et l'utilisation d'échantillons d'ADN. Dans l'arrêt *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60, notre Cour a réparti dans deux ensembles les dispositions relatives à la preuve génétique. Le premier ensemble, dont la constitutionnalité a été confirmée dans cet arrêt, régit la fouille, la perquisition et la saisie du matériel génétique d'un suspect pour les besoins d'une enquête sur une infraction désignée. Le deuxième régit le prélèvement sur un condamné d'un échantillon d'ADN destiné à la banque nationale de données génétiques. L'article 487.055, la disposition contestée en l'espèce, fait partie de ce dernier ensemble.

Il existe trois catégories de condamnés sur lesquels le prélèvement d'un échantillon d'ADN destiné à la banque de données peut être autorisé par une cour de justice. Premièrement, l'art. 487.051 s'applique à la personne déclarée coupable d'une infraction désignée après l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*. Deuxièmement, l'art. 487.052 vise la personne déclarée coupable d'une infraction désignée commise avant l'entrée en vigueur de la loi, mais dont la peine n'a pas encore été déterminée. (Les

in general, may be described as the more serious offences under the *Criminal Code* in respect of which it may reasonably be expected that DNA may be left behind by the offender.) Third, s. 487.055 applies to three classes of offenders who have been convicted and sentenced prior to the proclamation of the *DNA Identification Act*: (a) persons already declared to be “dangerous offenders”; (b) persons convicted of “more than one murder committed at different times”; and (c) persons convicted of “more than one sexual offence” and who, on the date of the application, are still serving a sentence of imprisonment of at least two years for one or more of those offences. (The list of targeted offenders has since been expanded by deleting the requirement that there be “more than one murder committed at different times” and by including dangerous sexual offenders and persons convicted of manslaughter who, on the date of the application, are still serving a sentence of imprisonment of at least two years for that offence (S.C. 2005, c. 25, s. 5).) Only s. 487.055, the retrospective provision, is in issue on this appeal. However, the alleged s. 8 constitutional deficiency — the absence of reasonable and probable grounds linking the convicted offender to a particular investigation — is equally present in all three provisions.

Section 3 of the *DNA Identification Act* expressly sets out the purpose of the Act:

3. The purpose of this Act is to establish a national DNA data bank to help law enforcement agencies identify persons alleged to have committed designated offences, including those committed before the coming into force of this Act.

Parliament’s objective in establishing a national DNA data bank is further expressed in the statement of principles set out in s. 4:

4. It is recognized and declared that

(a) the protection of society and the administration of justice are well served by the early detection,

infractions désignées sont définies à l’art. 487.04 et correspondent généralement aux infractions les plus graves prévues dans le *Code criminel* et dont on peut raisonnablement s’attendre à ce que la perpétration laisse des traces d’ADN.) Troisièmement, l’art. 487.055 s’applique à trois catégories de personnes déclarées coupables et condamnées à une peine avant l’entrée en vigueur de la *Loi sur l’identification par les empreintes génétiques* : a) celles déjà déclarées « délinquants dangereux », b) celles déclarées coupables de « plusieurs meurtres commis à différents moments » et c) celles déclarées coupables de « plus d’une infraction sexuelle » et qui, à la date de la demande, purgent toujours une peine d’emprisonnement de deux ans ou plus pour l’une ou plusieurs de ces infractions. (La liste des contrevenants visés a été élargie par la suppression de l’exigence de « plusieurs meurtres commis à différents moments » et par l’inclusion des délinquants sexuels dangereux et des personnes déclarées coupables d’homicide involontaire coupable qui, à la date de la demande, purgent toujours une peine d’emprisonnement de deux ans ou plus pour cette infraction (L.C. 2005, ch. 25, art. 5).) Seul l’article 487.055, relatif à la demande rétrospective, fait l’objet du présent pourvoi. Toutefois, l’atteinte alléguée à l’art. 8 de la *Charte* — l’absence de motifs raisonnables et probables de relier le condamné à une enquête en particulier — vise les trois dispositions.

La *Loi sur l’identification par les empreintes génétiques* précise son objet à l’art. 3 :

3. La présente loi a pour objet l’établissement d’une banque nationale de données génétiques destinée à aider les organismes chargés du contrôle d’application de la loi à identifier les auteurs présumés d’infractions désignées, y compris de celles commises avant l’entrée en vigueur de la présente loi.

L’objectif de l’établissement d’une banque nationale de données génétiques ressort des principes énoncés à l’art. 4 :

4. Les principes suivants sont reconnus et proclamés :

a) la protection de la société et l’administration de la justice sont bien servies par la découverte,

arrest and conviction of offenders, which can be facilitated by the use of DNA profiles;

(b) the DNA profiles, as well as samples of bodily substances from which the profiles are derived, may be used only for law enforcement purposes in accordance with this Act, and not for any unauthorized purpose; and

(c) to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves, safeguards must be placed on

(i) the use and communication of, and access to, DNA profiles and other information contained in the national DNA data bank, and

(ii) the use of, and access to, bodily substances that are transmitted to the Commissioner for the purposes of this Act.

l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants, lesquelles peuvent être facilitées par l'utilisation de profils d'identification génétique;

b) ces profils, de même que les substances corporelles prélevées en vue de les établir, ne doivent servir qu'à l'application de la présente loi, à l'exclusion de toute autre utilisation qui n'y est pas autorisée;

c) afin de protéger les renseignements personnels, doivent faire l'objet de protections :

(i) l'utilisation et la communication de l'information contenue dans la banque de données — notamment des profils —, de même que son accessibilité,

(ii) l'utilisation des substances corporelles qui sont transmises au commissaire pour l'application de la présente loi, de même que leur accessibilité.

11

The safeguards aimed at protecting the informational privacy of individuals in accordance with the principles expressed under s. 4 are conveniently summarized by the intervener the Attorney General of Canada, at para. 58 of its factum as follows:

a) A DNA data bank authorization must be obtained on written application to a provincial court judge. The judge is required to consider specified criteria in determining whether a DNA data bank authorization should be granted.

b) The class of persons against whom a DNA data bank authorization may be granted is confined to a specified class of convicted violent offenders: s. 487.055(1), *Criminal Code*.

c) Bodily samples collected pursuant to a DNA data bank authorization may only be used for forensic DNA analysis for inclusion in the National DNA Data Bank. Unused portion[s] of bodily samples are required to be safely stored at the National DNA Data Bank: s. 487.08(1), *Criminal Code*.

d) It is a criminal offence to use bodily samples or results of forensic DNA analysis obtained under a DNA data bank authorization other than for transmission to the national DNA data bank. A breach of that provision is a hybrid offence that when prosecuted by indictment

Au paragraphe 58 de son mémoire, l'intervenant le procureur général du Canada résume bien les mesures visant à protéger les renseignements personnels conformément aux principes énoncés à l'art. 4 :

[TRADUCTION]

a) Une demande d'autorisation de prélever des substances corporelles pour analyse génétique doit être présentée par écrit à un juge de la cour provinciale. Le juge doit tenir compte de critères précis pour déterminer s'il convient d'y faire droit ou non.

b) La catégorie de personnes sur lesquelles peut être autorisé le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique ne comprend que certains condamnés violents : par. 487.055(1) du *Code criminel*.

c) Les échantillons de substances corporelles prélevés en application d'une autorisation ne peuvent être utilisés que pour analyse génétique et inclusion dans la banque nationale de données génétiques. Toute partie non utilisée d'un échantillon doit être entreposée en lieu sûr à la banque nationale de données génétiques : par. 487.08(1) du *Code criminel*.

d) Commet une infraction criminelle quiconque utilise à d'autres fins que leur transmission à la banque nationale de données génétiques des échantillons de substances corporelles obtenus en application d'une autorisation ou les résultats de leur analyse génétique. Il s'agit

is subject to a maximum penalty of two years imprisonment: ss. 487.08(2) and (3), *Criminal Code*.

e) Use of DNA profiles and bodily samples at the National DNA Data Bank is strictly limited to the narrow purposes of comparing offender profiles with crime scene profiles. Any use of stored information or bodily samples or communication of information they may contain is strictly limited to the narrow identification purposes of the Act. Access to the bank is restricted. Breach of any of those provisions is a hybrid offence subject to a maximum penalty of two years imprisonment when prosecuted by indictment: sections 6(6), 6(7), 8, 10(3), 10(5), 11, *DNA Identification Act*.

f) Communication of information as to whether a person's DNA profile is contained in the offenders' index may only be made to appropriate law enforcement agencies or laboratories for investigative purposes or to authorized users of the RCMP automated conviction records retrieval system: s. 6, *DNA Identification Act*.

g) Although the seized bodily samples are retained for safekeeping in the DNA data bank, they may only be used for further forensic DNA analysis where that is made necessary by "significant technological advances" since the time that the original DNA profile was derived. The results of such subsequent DNA analysis and any residue of the bodily sample are subject to the same rigid controls as the original profile and sample: s. 10, *DNA Identification Act*.

h) Where a DNA profile cannot be derived from a bodily substance obtained during the execution of a DNA data bank authorization, further samples may only be taken upon further authorization from a judge: s. 487.091, *Criminal Code*.

i) A DNA Data Bank Advisory Committee has been established by regulation. The composition of the Committee is stipulated as: a Chairperson, a Vice-Chairperson, a representative of the Office of the Privacy Commissioner and up to six other members who may include representatives of the police, legal, scientific and academic communities. Retired puisne Justice Peter Cory of this Court is one of two representatives of the legal community on the current Committee. The Committee's duties encompass "any

d'une infraction mixte punissable, par voie de mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de deux ans : par. 487.08(2) et (3) du *Code criminel*.

e) Un profil d'identification génétique ou un échantillon de substances corporelles n'est utilisé à la banque nationale de données génétiques que pour comparer le profil d'un contrevenant avec ceux du fichier de criminalistique. L'utilisation des renseignements ou des échantillons de substances corporelles entreposés et la communication des renseignements qu'ils peuvent contenir n'interviennent qu'à des fins d'identification conformément à la Loi. L'accès à la banque est limité. Le non-respect de l'une ou l'autre des dispositions en cause constitue une infraction mixte punissable, par voie de mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de deux ans : par. 6(6), 6(7), 10(3), 10(5) et art. 8 et 11 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

f) Le fait que le profil d'identification génétique d'une personne se trouve ou non dans le fichier des condamnés ne peut être communiqué qu'à un laboratoire ou un organisme chargé du contrôle d'application de la loi aux fins d'une enquête ou à un utilisateur autorisé du fichier automatisé des relevés de condamnations criminelles géré par la GRC : art. 6 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

g) Conservé en lieu sûr à la banque de données génétiques par mesure de prudence, un échantillon de substances corporelles saisi ne peut être utilisé qu'aux fins d'une analyse génétique complémentaire rendue nécessaire par les « progrès techniques importants » survenus depuis l'établissement initial du profil d'identification génétique. Les résultats d'une telle analyse subséquente et tout résidu de l'échantillon de substances corporelles font l'objet des mêmes mesures de contrôle strictes que le profil et l'échantillon de départ : art. 10 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

h) Lorsqu'un profil d'identification génétique ne peut être établi à partir des échantillons de substances corporelles prélevés en application de l'autorisation, l'obtention d'échantillons supplémentaires requiert une nouvelle autorisation : art. 487.091 du *Code criminel*.

i) Un Comité consultatif de la banque nationale de données génétiques a été constitué par règlement. Il se compose du président, du vice-président, du représentant du Commissariat à la protection de la vie privée et d'au plus six autres membres pouvant représenter les milieux policier, juridique, scientifique et universitaire. L'ancien juge de cette Cour aujourd'hui à la retraite, Peter Cory, est actuellement l'un des deux représentants du milieu juridique. Les fonctions du Comité englobent l'examen, de sa propre initiative ou à la demande du

matter related to the establishment and operation” of the Data Bank upon its own motion or at the request of the Commissioner. The Committee must report annually to the Commissioner: *DNA Data Bank Advisory Committee Regulations*, SOR/2000-181.

j) The Commissioner of the RCMP is required to report annually on the operation of the National DNA Data Bank: s. 13.1, *DNA Identification Act*.

k) The *DNA Identification Act* is expressly subject to a review of its provisions and operation by Parliament after five years. That review is anticipated in the fall of 2005: s. 13, *DNA Identification Act*.

l) The Act permits sharing of DNA profiles (but not stored bodily samples) with foreign governments and international organizations but only for legitimate law enforcement purposes pursuant to specific agreement or arrangement between the government of Canada and the foreign government or international organization: s. 6(4), *DNA Identification Act*. Regulations under the Act further require that such agreements or arrangements “shall include safeguards to protect the privacy of the personal information used or disclosed under it”: *DNA Identification Regulations*, SOR/2000-300. [Footnotes omitted.]

12

The Crown also filed affidavit evidence from Dr. Ron Fourny, a research scientist employed by the RCMP since 1988 and the current officer in charge of the data bank, describing the practical operation of the data bank. Mr. Rodgers did not dispute the accuracy of this evidence. In his affidavit, Dr. Fourny explains in some detail how the anonymity of the samples and profiles is preserved, their physical security maintained, and the genetic privacy of the individuals ensured. Arbour J. in *S.A.B.*, at para. 49, considered similar evidence and commented as follows:

[Forensic] DNA analysis is conducted solely for forensic purposes and does not reveal any medical, physical or mental characteristics; its only use is the provision of identifying information that can be compared to an existing sample. The evidence of Dr. Ron Fourny at the *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal*

commissaire, de « toute question concernant l'établissement et le fonctionnement » de la banque de données. Le Comité présente chaque année son rapport au commissaire : *Règlement sur le Comité consultatif de la banque nationale de données génétiques*, DORS/2000-181.

j) Chaque année, le commissaire de la GRC présente un rapport sur l'activité de la banque nationale de données génétiques : art. 13.1 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

k) La Loi prévoit expressément que ses dispositions et son application font l'objet d'un examen parlementaire cinq ans après son entrée en vigueur. Cet examen devrait avoir lieu à l'automne 2005 : art. 13 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

l) La Loi permet le partage des profils d'identification génétique (mais non des échantillons de substances corporelles entreposés) avec des gouvernements étrangers et des organisations internationales, mais uniquement pour les besoins légitimes de l'application de la loi, dans le cadre d'un accord ou d'une entente intervenus entre le gouvernement du Canada et le gouvernement étranger ou l'organisation internationale : par. 6(4) de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*. Le règlement pris en vertu de la Loi exige en outre que ces accords ou ententes « prévoi[ent] des mécanismes de protection des renseignements personnels qui sont utilisés ou communiqués en application de ces accords ou ententes » : *Règlement sur l'identification par les empreintes génétiques*, DORS/2000-300. [Notes omises.]

Le ministère public a également déposé la déclaration sous serment du D^r Ron Fourny, chercheur à la GRC depuis 1988 et actuel responsable de la banque de données, pour établir le fonctionnement concret de celle-ci. M. Rodgers n'a pas mis en doute l'exactitude de cet élément de preuve. Dans sa déclaration sous serment, le D^r Fourny donne des précisions sur les mesures prises pour assurer l'anonymat des échantillons et des profils, leur sécurité physique et la confidentialité en génétique médicale des particuliers. Dans l'arrêt *S.A.B.*, par. 49, la juge Arbour a dit ce qui suit au sujet d'un élément de preuve similaire :

[L']analyse génétique est faite uniquement à des fins médico-légales et elle ne révèle aucune caractéristique médicale, physique ou mentale; elle ne sert qu'à fournir des renseignements d'identification qui peuvent être comparés à un échantillon existant. Le témoignage du D^r Ron Fourny lors des *Délibérations du comité*

and Constitutional Affairs, Issue No. 43, November 25, 1998, at p. 43:46, confirms the scientific community's understanding of the DNA used for forensic analysis:

[A]s forensic scientists, we are interested in everything that does not code for anything. That is to say, we are looking at anonymous pieces of DNA. By international convention with Venice in 1993, forensic scientists all over the world agree that we will take STR markers — that is, short tandem repeat — or pieces of DNA. By convention, the only ones that we are permitted to use in forensics are those that do not predict any medical, physical or mental characteristics.

In addition to the statutory safeguards in respect of the informational privacy of individuals, the *Criminal Code* mandates a detailed procedure for collecting DNA samples. In *S.A.B.*, Arbour J. described in considerable detail the relevant provisions governing the execution of a DNA warrant obtained for investigative purposes. Most of the provisions apply equally to the taking of a DNA sample from a convicted offender for data bank purposes. The procedure is not in issue and need not be described again here. It is not disputed that the taking of DNA samples involves a minimal intrusion on the physical integrity of the offender.

Before turning to the constitutional issues, I will deal with the question of statutory interpretation and determine whether the Court of Appeal was correct in its interpretation of s. 487.055 as presumptively requiring an *inter partes* hearing.

3. The Meaning of *Ex Parte* Within Section 487.055

Section 487.055(1) reads as follows:

487.055 (1) A provincial court judge may, on *ex parte* application made in Form 5.05, authorize, in Form 5.06, the taking, from a person who

sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, fascicule n° 43, 25 novembre 1998, p. 43:46, confirme l'interprétation de la communauté scientifique quant à l'ADN qui peut être utilisé dans le cadre d'une analyse médico-légale :

[À] titre d'experts en criminalistique, nous nous intéressons à tout ce qui code pour rien. Autrement dit, nous étudions des morceaux anonymes d'ADN. De par une convention internationale adoptée à Venise en 1993, les experts en criminalistique du monde entier conviennent d'utiliser des marqueurs de STR — c'est-à-dire séquence courte répétée en tandem — ou des morceaux d'ADN. Par convention, les seuls cas permis en criminalistique sont ceux qui ne permettent pas de prédire des caractéristiques médicales, physiques ou mentales.

En sus des mesures légales de protection des renseignements personnels, le *Code criminel* prescrit les modalités de prélèvement d'un échantillon d'ADN. Dans l'arrêt *S.A.B.*, la juge Arbour a fait état avec force détails des dispositions pertinentes régissant l'exécution d'un mandat ADN obtenu aux fins d'une enquête. La plupart des dispositions s'appliquent également au prélèvement sur un condamné d'un échantillon d'ADN destiné à la banque de données. La procédure suivie n'est pas en cause et n'a pas à être décrite de nouveau en l'espèce. Nul ne conteste que le prélèvement d'un échantillon d'ADN porte minimalement atteinte à l'intégrité physique du contrevenant.

Avant de passer aux questions constitutionnelles, j'examinerai celle de l'interprétation législative et déterminerai si la Cour d'appel a eu raison de présumer que l'art. 487.055 nécessitait une audition *inter partes*.

3. Le sens de l'expression « *ex parte* » employée à l'art. 487.055

Le paragraphe 487.055(1) est libellé comme suit :

487.055 (1) Sur demande *ex parte* présentée selon la formule 5.05, le juge de la cour provinciale peut autoriser par écrit — en utilisant la formule 5.06 — le prélèvement, pour analyse génétique, du nombre d'échantillons de substances corporelles d'une personne jugé nécessaire à cette fin, dans le cas où celle-ci, selon le cas :

13

14

15

(a) before the coming into force of this subsection, had been declared a dangerous offender under Part XXIV,

(b) before the coming into force of this subsection, had been convicted of more than one murder committed at different times, or

(c) before the coming into force of this subsection, had been convicted of more than one sexual offence within the meaning of subsection (3) and, on the date of the application, is serving a sentence of imprisonment of at least two years for one or more of those offences,

for the purpose of forensic DNA analysis, of any number of samples of one or more bodily substances that is reasonably required for that purpose, by means of the investigative procedures described in subsection 487.06(1).

a) avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, avait été déclarée délinquant dangereux au sens de la partie XXIV;

b) avant cette entrée en vigueur, avait été déclarée coupable de plusieurs meurtres commis à différents moments;

c) avant cette même entrée en vigueur, avait été déclarée coupable de plus d'une des infractions sexuelles visées au paragraphe (3) et, à la date de la demande, purge une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus pour l'une ou plusieurs de ces infractions.

16 This Court in *S.A.B.* considered language to the same effect contained in s. 487.05 and held that the reference to *ex parte* proceedings is not mandatory. The authorizing judge may require that notice be given in a suitable case “to ensure reasonableness and fairness in the circumstances” (para. 56). Section 487.055 should be read in the same way. It only permits but does not require an *ex parte* proceeding.

Dans l'arrêt *S.A.B.*, notre Cour s'est penchée sur le libellé semblable de l'art. 487.05 et a conclu que le recours à la procédure *ex parte* n'était pas obligatoire. Le juge saisi de la demande d'autorisation peut exiger qu'un préavis soit donné s'il l'estime opportun « afin de garantir le caractère juste et raisonnable des procédures dans les circonstances » (par. 56). L'article 487.055 doit être interprété de la même façon. Il ne fait que permettre, sans l'exiger, l'audition *ex parte*.

17 Mr. Rodgers argues that the very discretion to proceed *ex parte* contravenes the principles of fundamental justice guaranteed under s. 7 of the *Charter*. For reasons that I will give later, I reject this contention. Doherty J.A., in writing for the Court of Appeal for Ontario, also rejected this constitutional argument finding that the power to proceed *ex parte* where circumstances warrant, in and of itself, did not contravene the principles of fundamental justice (para. 32). He upheld the constitutional validity of the provision. However, he then proceeded to incorporate s. 7 *Charter* principles in his interpretation of the meaning of *ex parte* in s. 487.055 and concluded that it should be read as presumptively requiring an *inter partes* hearing. He reasoned as follows (at paras. 33 and 45-46):

M. Rodgers prétend que le pouvoir discrétionnaire même d'entendre la demande *ex parte* contrevient aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Pour les raisons que j'expose plus loin, je rejette cette prétention. Au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Doherty a également rejeté l'allégation d'inconstitutionnalité et conclu que le pouvoir d'entendre la demande *ex parte*, lorsque les circonstances le justifient, n'est pas contraire en soi aux principes de justice fondamentale (par. 32). Il a confirmé la constitutionnalité de la disposition. Toutefois, interprétant ensuite l'expression « *ex parte* » au regard des principes de l'art. 7 de la *Charte*, il a conclu qu'il fallait présumer que l'art. 487.055 exige une audition *inter partes*. Son raisonnement a été le suivant (par. 33, 45 et 46) :

The conclusion that s. 487.055 is not unconstitutional because it permits the judge to proceed *ex parte*,

[TRANSLATION] La conclusion selon laquelle l'art. 487.055 n'est pas inconstitutionnel du fait qu'il permet

does not place the manner in which the judge exercises that discretion in an individual case beyond the pale of constitutional review. The judge must exercise that discretion in a manner which is consistent with *Charter* principles and specifically in a manner which ensures that the individual's right to liberty and security of the person will not be denied except in accordance with the principles of fundamental justice: see *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 150 C.C.C. (3d) 1, at pp. 1192-94 S.C.R., p. 53 C.C.C.

The discretion granted by s. 487.055(1) to proceed *ex parte* should be exercised in a manner that is consistent with *Charter* principles. Those principles require notice to the individual whose liberty and security of the person interests are potentially affected by the order unless the Crown can establish legitimate grounds (e.g. a real risk of flight) for proceeding without notice.

A judge hearing a s. 487.055(1) application should start from the assumption that the target of the application whose liberty and security of the person will be significantly affected if the order is granted should receive notice of the application. It is open to the Crown to rebut the presumption of notice with evidence that in the particular circumstances, notice could frustrate the process contemplated by s. 487.055. Evidence showing a real risk of flight if notice was given, would clearly justify a decision to proceed *ex parte*.

Since the material in support of the application under s. 487.055 failed to address the need to proceed *ex parte*, Doherty J.A. concluded that the authorizing judge had no jurisdiction to grant the order (at paras. 53-54):

Absent any justification for proceeding *ex parte*, the failure to give the appellants notice of the applications amounted to a denial of natural justice resulting in a loss of jurisdiction: *R. v. Compton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 163, 3 C.R. (3d) S7 (B.C.S.C.) at p. 165 C.C.C.

It is no answer to a finding that Glaude J. proceeded without jurisdiction, to argue, as the Crown does, that the orders were properly made. A "correct" result does not cure a loss of jurisdiction.

au juge d'entendre la demande *ex parte* ne met pas les modalités de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire dans un cas donné à l'abri d'un contrôle constitutionnel. Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire conformément aux principes consacrés par la *Charte* et, plus précisément, de manière qu'il ne soit porté atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale : voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 150 C.C.C. (3d) 1, p. 1192-1194 R.C.S., p. 53 C.C.C.

Le pouvoir discrétionnaire que confère le par. 487.055(1) d'entendre la demande *ex parte* doit être exercé conformément aux principes consacrés par la *Charte*. Ces principes exigent qu'un préavis soit donné à l'intéressé lorsque son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne risque d'être touché par l'autorisation, à moins que le ministère public n'établisse l'existence de motifs valables d'agir sans préavis (p. ex., un risque réel de fuite).

Il incombe au juge saisi d'une demande fondée sur le par. 487.055(1) de présumer au départ qu'un préavis doit être donné à l'intéressé lorsque l'autorisation, si elle est accordée, portera sensiblement atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Le ministère public peut réfuter cette présomption en établissant que, dans les circonstances de l'espèce, un préavis pourrait nuire à la procédure prévue à l'art. 487.055. La preuve d'un risque réel de fuite en cas de préavis justifierait clairement la décision d'entendre la demande *ex parte*.

Comme les documents produits à l'appui de la demande fondée sur l'art. 487.055 ne faisaient pas mention de la nécessité d'une audition *ex parte*, le juge Doherty a conclu que le juge n'avait pas compétence pour accorder l'autorisation (par. 53-54) :

[TRADUCTION] À défaut de motifs justifiant l'audition *ex parte*, l'omission de donner aux appelants un préavis de l'audition des demandes équivalait à un déni de justice naturelle faisant perdre sa compétence au tribunal : *R. c. Compton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 163, 3 C.R. (3d) S7 (C.S.C.-B.), p. 165 C.C.C.

Il ne suffit pas, pour repousser la conclusion que le juge Glaude a agi sans compétence, de faire valoir, à l'instar du ministère public, que les ordonnances ont été correctement rendues. Une décision « correcte » ne remédie pas à une perte de compétence.

18

In my respectful view, Doherty J.A. effectively pre-empted any judicial review of the constitutional validity of the statutory provision by infusing *Charter* principles as part of the interpretative process. In doing so, he exceeded the proper limits of *Charter* values as an interpretative tool. It has long been accepted that courts should apply and develop common law rules in accordance with the values and principles enshrined in the *Charter*: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83, at para. 86; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at paras. 17-19. However, it is equally well settled that, in the interpretation of a statute, *Charter* values as an interpretative tool can *only* play a role where there is a genuine ambiguity in the legislation. In other words, where the legislation permits two different, yet equally plausible, interpretations, each of which is equally consistent with the apparent purpose of the statute, it is appropriate to prefer the interpretation that accords with *Charter* principles. However, where a statute is not ambiguous, the court must give effect to the clearly expressed legislative intent and not use the *Charter* to achieve a different result. In *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 62, Iacobucci J., writing for a unanimous court, firmly reiterated this rule:

... to the extent this Court has recognized a “*Charter* values” interpretive principle, such principle can *only* receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations. [Emphasis in original.]

19

If this limit were not imposed on the use of the *Charter* as an interpretative tool, the application of *Charter* principles as an overarching rule of statutory interpretation could well frustrate the legislator’s intent in the enactment of the provision. Moreover, it would deprive the *Charter* of its more powerful purpose — the determination of the constitutional validity of the legislation: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 752; *Willick v.*

À mon humble avis, en intégrant au processus d’interprétation les principes consacrés par la *Charte*, le juge Doherty a anticipé tout contrôle constitutionnel de la disposition législative. Ce faisant, il n’a pas respecté le rôle que les valeurs de la *Charte* peuvent jouer en matière d’interprétation. Il est depuis longtemps admis que les tribunaux doivent appliquer et faire évoluer les règles de common law en conformité avec les valeurs et les principes consacrés par la *Charte* : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 184; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 675; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83, par. 86; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 17-19. Cependant, il est également bien établi qu’une disposition législative *ne* peut être interprétée au regard des valeurs de la *Charte* *que* si elle comporte une ambiguïté véritable. En d’autres termes, lorsque la disposition législative se prête à deux interprétations différentes, mais également plausibles et compatibles avec l’objet apparent de la loi, il convient de préférer l’interprétation qui s’harmonise avec les principes de la *Charte*. Toutefois, lorsque la disposition n’est pas ambiguë, le tribunal doit donner effet à l’intention manifeste du législateur et s’abstenir de recourir à la *Charte* pour arriver à un résultat différent. Dans l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 62, par la voix du juge Iacobucci, notre Cour l’a fermement rappelé :

... dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d’interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la *Charte* », ce principe [...] s’applique *uniquement* [...] en cas d’ambiguïté véritable, c’est-à-dire lorsqu’une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l’une que l’autre. [Souligné dans l’original.]

Si le recours à la *Charte* comme outil d’interprétation n’était pas ainsi restreint, l’application des principes qu’elle consacre, comme règle générale d’interprétation législative, pourrait bien contrecarrer l’intention du législateur. En outre, elle priverait la *Charte* de sa raison d’être plus fondamentale — la détermination de la constitutionnalité de la loi : *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 752; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670,

Willick, [1994] 3 S.C.R. 670, at pp. 679-80; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 136-42; *Bell ExpressVu*, at paras. 60-66; *Charlebois v. Saint John (City)*, [2005] 3 S.C.R. 563, 2005 SCC 74, at paras. 23-24.

There is no ambiguity here. The clear language of s. 487.055(1) indicates that Parliament intended to authorize *ex parte* applications under this section. There is no room to interpret the provision as presumptively requiring that applications be brought on notice. While the Court of Appeal was correct in stating that the judge who exercises a discretion pursuant to a constitutionally valid enactment must do so in a manner which is consistent with the *Charter* principles, that is a separate question from the question of statutory interpretation. By interpreting the provision so as to accord with its view of minimal constitutional norms, the Court of Appeal effectively trumped the constitutional analysis, rewrote the legislation, and deprived the government of the means of justifying, if need be, any infringement on constitutionally guaranteed rights.

The plain and unambiguous meaning of *ex parte* in s. 487.055(1) of the *Criminal Code* is just that — *ex parte*. The question left to be determined is whether it was constitutionally permissible for Parliament to choose this procedural route for retrospective applications.

4. Constitutional Issues

As indicated earlier, Mr. Rodgers argues that s. 487.055 is unconstitutional on three grounds: (a) it allows for an *ex parte* proceeding in the absence of any justification for denying fundamental procedural fairness contrary to s. 7 of the *Charter*; (b) it permits the seizure of a DNA sample from an individual without first establishing reasonable and probable grounds to link the individual to a particular unsolved crime contrary to s. 8 of the *Charter*; and (c) it punishes the offender again for a predicate offence and denies him the benefit of the lesser punishment in force at the time of his conviction contrary to ss. 11(h) and 11(i) of the *Charter*. The relevant *Charter* provisions read as follows:

p. 679-680; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136-142; *Bell ExpressVu*, par. 60-66; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, 2005 CSC 74, par. 23-24.

Il n'y a aucune ambiguïté en l'espèce. Suivant le libellé clair du par. 487.055(1), le législateur entendait autoriser la demande *ex parte*. On ne peut présumer que la disposition exige un préavis. La Cour d'appel a eu raison d'affirmer que le juge qui exerce un pouvoir discrétionnaire en application d'une disposition législative constitutionnelle doit le faire en conformité avec les principes consacrés par la *Charte*, mais il en va différemment lorsqu'un tribunal est appelé à interpréter une disposition législative. En interprétant la disposition de façon qu'elle s'harmonise avec sa conception des normes constitutionnelles minimales, la Cour d'appel a de fait court-circuité l'analyse constitutionnelle, reformulé la loi et privé le gouvernement de la possibilité de justifier, au besoin, une atteinte à des droits garantis par la *Charte*.

L'expression « *ex parte* » employée au par. 487.055(1) du *Code criminel* est claire et non équivoque : en l'absence d'une partie. Reste à décider si la Constitution autorisait le législateur à choisir ce mode d'audition pour une demande à l'effet rétrospectif.

4. Questions constitutionnelles

Je l'ai déjà indiqué, M. Rodgers fait valoir que l'art. 487.055 est inconstitutionnel pour trois motifs : a) il autorise l'audition *ex parte* de la demande sans que l'atteinte au droit fondamental à l'équité procédurale ne soit justifiée, contrairement à l'art. 7 de la *Charte*; b) il permet la saisie d'un échantillon de l'ADN d'une personne sans que ne soit établie au préalable l'existence de motifs raisonnables et probables de relier cette personne à un crime non résolu, contrairement à l'art. 8 de la *Charte*; c) il punit de nouveau le contrevenant pour une infraction sous-jacente et l'empêche de bénéficier de la peine la moins sévère prévue pour cette infraction au moment de sa déclaration de culpabilité, contrairement aux al. 11(h) et i) de la *Charte*. Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Charte* :

20

21

22

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

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

. . .

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

23

The Crown contends that the constitutional analysis on both grounds (a) and (b) should be conducted under s. 8, not because s. 7 is not triggered, but because s. 8 provides a more specific and complete illustration of the s. 7 right in this particular context, making any s. 7 analysis redundant. I agree. Mr. Rodgers' *ex parte* argument concerns the procedural fairness of the very process that authorizes the seizure. In these circumstances, the question is necessarily encompassed in the s. 8 assessment of reasonableness and is more properly considered in that context. As we shall see, what is fair depends entirely on the context. This Court described the rapport between s. 8 and principles of fundamental justice in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, where the interests at play were the right to make full answer and defence and the complainant's privacy right. This Court stated as follows (at para. 88):

Given that s. 8 protects a person's privacy by prohibiting unreasonable searches or seizures, and given that s. 8 addresses a particular application of the principles of fundamental justice, we can infer that a reasonable search or seizure is consistent with the principles

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

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

. . .

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

Le ministère public soutient que pour les deux premiers motifs d'inconstitutionnalité allégués (a) et b)), l'analyse devrait se fonder sur l'art. 8, non pas parce que l'art. 7 n'entre pas en jeu, mais parce que l'art. 8 illustre de manière plus précise et complète le droit garanti à l'art. 7 dans le contexte considéré en l'espèce, ce qui rend superflue toute analyse axée sur l'art. 7. Je suis de cet avis. La prétention de M. Rodgers relative à l'audition *ex parte* touche à l'équité de la procédure d'autorisation de la saisie. Partant, la question soulevée est forcément comprise dans l'appréciation du caractère abusif ou non de la mesure, suivant l'art. 8, et mieux vaut l'examiner sous cet angle. Nous le verrons, l'équité dépend entièrement du contexte. Dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, portant sur le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée de la plaignante, notre Cour a précisé le lien entre l'art. 8 et les principes de justice fondamentale (par. 88) :

Étant donné que l'art. 8 garantit le droit à la vie privée d'une personne en interdisant les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, et étant donné que cet article vise une application particulière des principes de justice fondamentale, nous pouvons en déduire qu'une

of fundamental justice. Moreover, as we have already discussed, the principles of fundamental justice include the right to make full answer and defence. Therefore, a reasonable search and seizure will be one that accommodates both the accused's ability to make full answer and defence and the complainant's privacy right.

In my view, the same reasoning applies here. I will therefore deal with grounds (a) and (b) under the s. 8 analysis and then consider s. 11.

5. Section 8

5.1 *The Right to Be Secure Against Unreasonable Search or Seizure*

There is no question that the taking of bodily samples for DNA analysis without the person's consent constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. An individual's right to be secure against search and seizure, however, is not absolute. Section 8 only protects against "unreasonable" searches or seizures. To state it in the positive, s. 8 protects reasonable expectations of privacy. This Court has held that for a search to be reasonable: (a) it must be authorized by law; (b) the law itself must be reasonable; and (c) the manner in which the search was carried out must be reasonable (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 25). We are only concerned here with the second requirement, the reasonableness of the authorizing provision itself.

The notion of what is "reasonable", by its very nature, must be assessed in context. This Court in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, reiterated the need for a flexible and purposive test. Wilson J. stated (at p. 645):

Since individuals have different expectations of privacy in different contexts and with regard to different kinds of information and documents, it follows that the standard of review of what is "reasonable" in a given context must be flexible if it is to be realistic and meaningful.

fouille, perquisition ou saisie non abusive est conforme aux principes de justice fondamentale. De plus, comme nous l'avons vu, les principes de justice fondamentale incluent le droit à une défense pleine et entière. Par conséquent, la fouille, perquisition ou saisie non abusive est celle qui tient compte à la fois de la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et du droit à la vie privée du plaignant.

À mon sens, le même raisonnement vaut en l'espèce. J'examinerai donc les motifs a) et b) au regard de l'art. 8, puis je me pencherai sur l'art. 11.

5. Article 8

5.1 *Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives*

Il ne fait aucun doute que le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique sans le consentement de l'intéressé constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Le droit d'une personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies n'est cependant pas illimité. L'article 8 ne protège que contre la fouille, la perquisition ou la saisie « abusive ». D'un point de vue positif, il protège les attentes raisonnables en matière de protection de la vie privée. Notre Cour a conclu qu'une fouille ou une perquisition n'est pas abusive lorsqu'elle satisfait à trois conditions : a) elle est autorisée par la loi, b) qui elle-même n'est pas abusive et c) elle n'est pas effectuée de manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 25). Seule la deuxième condition nous intéresse en l'espèce, soit celle du caractère non abusif de la disposition habilitante.

De par sa nature, le caractère non abusif (ou « raisonnable ») doit être apprécié dans le contexte. Dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, notre Cour a rappelé la nécessité d'un critère souple et téléologique. Voici ce que la juge Wilson a dit (p. 645) :

Puisque les attentes des gens en matière de protection de leur vie privée varient selon les circonstances et les différents genres de renseignements et de documents exigés, il s'ensuit que la norme d'examen de ce qui est « raisonnable » [non abusif] dans un contexte donné doit être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens.

24

25

26

27

Hence any assessment of reasonableness requires a balancing of the relevant competing interests. In the seminal case of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60, Dickson J. described the s. 8 test as follows:

[A]n assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

Where the constitutional line of "reasonableness" will be drawn then becomes a function of both the importance of the state objective and the degree of impact on the individual's privacy interest. As we shall see, the parties take diametrically opposed positions on where the line should be drawn, each supporting their arguments on very different views of the competing state and individual interests at stake.

5.2 *The Parties' Positions*

28

Mr. Rodgers argues that the primary purpose of the DNA data bank is narrow — it is intended to assist law enforcement authorities to link suspects to unsolved crimes. He relies more particularly on s. 4(a) of the *DNA Identification Act* which recognizes and declares that "the protection of society and the administration of justice are well served by the early detection, arrest and conviction of offenders, which can be facilitated by the use of DNA profiles". He submits that s. 487.055 was enacted in furtherance of this objective as an investigative tool used by the state to gather evidence for potential use in future criminal proceedings.

29

Mr. Rodgers relies on the well-established constitutional threshold for subordinating the interests of the individual to the interests of the state in crime investigations. Although the test admits of exceptions, this Court in *Hunter* established three criteria to which searches and seizures must generally

En conséquence, l'appréciation du caractère non abusif exige la mise en balance des intérêts concurrents en jeu. Dans l'arrêt de principe *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160, le juge Dickson a décrit le critère d'application de l'art. 8 :

[I] faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

Reste à savoir où se situe la ligne de démarcation constitutionnelle entre ce qui est abusif et ce qui ne l'est pas, ce qui dépend de l'importance de l'objectif de l'État et de l'incidence de la mesure sur le droit à la vie privée de l'intéressé. Nous le verrons, les parties défendent des thèses diamétralement opposées à cet égard, l'argumentation de chacune s'appuyant sur une conception très différente des intérêts concurrents en jeu — ceux de l'État et ceux du particulier.

5.2 *Les thèses défendues par les parties*

M. Rodgers soutient que l'objectif principal de la banque de données génétiques est restreint — aider les autorités chargées du contrôle d'application de la loi à relier des suspects à des crimes non résolus. Il invoque plus particulièrement l'al. 4a) de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, qui reconnaît et proclame que « la protection de la société et l'administration de la justice sont bien servies par la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants, lesquelles peuvent être facilitées par l'utilisation de profils d'identification génétique ». Il prétend que l'art. 487.055 a été adopté aux fins de réaliser cet objectif et de permettre à l'État de recueillir des éléments de preuve susceptibles d'être utilisés lors de poursuites criminelles ultérieures.

M. Rodgers invoque le point bien établi à partir duquel, suivant la Constitution, les droits du particulier doivent céder le pas à ceux de l'État en matière d'enquêtes criminelles. Même si la règle souffre des exceptions, dans l'arrêt *Hunter*, notre Cour a énoncé trois critères auxquels une fouille,

conform in order to meet the reasonableness standard mandated by s. 8 in that context. First, where possible, the search and seizure must have been approved by prior authorization. This “puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual” (p. 160) and thus ensures that unjustified searches will be prevented before they occur. Second, the person authorizing the search must be “capable of acting judicially” (p. 162) in assessing in a neutral and impartial fashion whether a search is appropriate in the circumstances. Finally, the interests of the individual will yield to the interests of the state where there are reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that evidence of this is to be found through the search or seizure. The Court identified this threshold as “the point where credibly-based probability replaces suspicion” (p. 167). The Court added that “[h]istory has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement” (pp. 167-68).

The first two criteria are met but Mr. Rodgers submits that s. 487.055 fails to meet the minimal constitutional norm because it does not require the establishment of reasonable and probable grounds to believe that a particular offence has been committed and that the taking of a DNA sample from the convicted offender may afford evidence of that offence. By this argument, he effectively assimilates s. 487.055 to the DNA warrant provisions contained in the *Criminal Code* that allow for DNA sampling from a suspect based on the *Hunter* credibly based probability standard. He concedes that if his argument is accepted and this norm is adopted, the entire legislative scheme allowing for the collection of DNA samples from convicted offenders for data bank purposes would become redundant. All DNA samples would have been obtained under the authority of a search warrant obtained for investigative purposes in respect of a particular offence.

une perquisition ou une saisie doit généralement satisfaisante pour ne pas être abusive au sens de l’art. 8 dans ce contexte. Premièrement, dans la mesure du possible, la fouille, la perquisition ou la saisie doit avoir été autorisée au préalable, ce qui « impose à l’État l’obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier » (p. 160) et garantit contre le risque de fouille ou de perquisition injustifiée. Deuxièmement, la personne qui autorise la fouille ou la perquisition doit être « en mesure d’agir de façon judiciaire » (p. 162) et d’apprécier de manière impartiale si les circonstances justifient la mesure. Enfin, les droits du particulier cèdent le pas à ceux de l’État lorsque, selon une déclaration sous serment, il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction a été commise et que la fouille, la perquisition ou la saisie permettra de prouver sa perpétration. Notre Cour a fait correspondre ce point au moment à partir duquel « les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité » (p. 168). Elle a ajouté que « [l]’histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de [. . .] vie privée doivent céder le pas à la nécessité d’appliquer la loi » (p. 168).

Les deux premiers critères sont remplis, mais M. Rodgers fait valoir que l’art. 487.055 ne satisfait pas à la norme constitutionnelle minimale en ce qu’il n’exige pas du demandeur qu’il établisse l’existence de motifs raisonnables et probables de croire qu’une infraction a été commise et que le prélèvement d’un échantillon de l’ADN du condamné pourrait prouver sa perpétration. M. Rodgers assimile en fait l’art. 487.055 aux dispositions du *Code criminel* relatives aux mandats ADN qui permettent le prélèvement d’échantillons de l’ADN d’un suspect selon la norme de la probabilité fondée sur la crédibilité énoncée dans l’arrêt *Hunter*. Il concède que s’il était fait droit à sa prétention et que cette norme était retenue, l’ensemble du régime législatif permettant de soumettre les condamnés au prélèvement d’échantillons d’ADN destinés à la banque de données génétiques n’aurait plus de raison d’être. Tout échantillon d’ADN devrait être obtenu en vertu d’un mandat de perquisition décerné aux fins d’une enquête sur une infraction précise.

31 Mr. Rodgers submits that there is no justification for a less exacting standard where DNA samples are sought from convicted offenders for collection in the DNA data bank. He does not dispute the fact that there is a reduced expectation of privacy after arrest and even further when serving a sentence after conviction. He argues however that this is not conclusive in this case and that offenders retain subsisting privacy rights despite the reduced expectation of privacy. Lastly, he submits that an individual's subsisting privacy interests are especially high upon completion of his or her sentence.

32 The Crown argues that the state's purpose in collecting DNA samples for inclusion in the national data bank is not focussed on a particular investigation in respect of a specific crime. The purpose of the legislative scheme is much broader and was correctly articulated by Weiler J.A. in *R. v. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (Ont. C.A.), at para. 22, who defined it as follows:

In this case, the state's interest is not simply one of law enforcement *vis-à-vis* an individual — it has a much broader purpose. The DNA data bank will: (1) deter potential repeat offenders; (2) promote the safety of the community; (3) detect when a serial offender is at work; (4) assist in solving cold crimes; (5) streamline investigations; and most importantly, (6) assist the innocent by early exclusion from investigative suspicion (or in exonerating those who have been wrongfully convicted).

The Crown submits that the appropriate analogy is not to investigative search warrants but to fingerprinting as a means of identifying offenders. The Crown relies on *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, where this Court, in a unanimous judgment, upheld the constitutional validity of the provisions of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, and the *Criminal Code* which permit the post-arrest, pre-conviction taking of fingerprints, photographs and other identification measurements as approved by regulation, without any prior judicial authorization. The Court rejected the constitutional challenge having particular regard to the

Selon M. Rodgers, rien ne justifie l'application d'une norme moins stricte à la demande de soumettre un condamné au prélèvement d'un échantillon d'ADN destiné à la banque de données génétiques. Il ne nie pas que les attentes en matière de vie privée diminuent après une arrestation, et plus encore après une déclaration de culpabilité, lorsque la personne purge sa peine d'emprisonnement. Il soutient toutefois que cela n'est pas déterminant en l'espèce et que le contrevenant conserve un certain droit à la protection de sa vie privée malgré ses attentes réduites en la matière. Enfin, il prétend que ce droit est particulièrement grand une fois sa peine purgée.

Le ministère public fait valoir que l'État ne prélève pas d'échantillons d'ADN destinés à la banque nationale de données génétiques pour les besoins d'une enquête relative à un crime en particulier. L'objectif du régime législatif, beaucoup plus général, a été énoncé avec justesse par le juge Weiler dans l'arrêt *R. c. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (C.A. Ont.), par. 22 :

[TRADUCTION] Dans le cas qui nous occupe, l'intérêt de l'État ne réside pas seulement dans l'application de la loi à un particulier — l'objectif est beaucoup plus général. La banque de données génétiques (1) dissuadera la récidive éventuelle, (2) favorisera la sécurité de la collectivité, (3) permettra de détecter la perpétration d'infractions en série, (4) contribuera à résoudre de vieux crimes jamais résolus, (5) simplifiera les enquêtes et, surtout, (6) permettra aux personnes innocentes d'être disculpées au tout début de l'enquête (ou aux victimes d'erreurs judiciaires d'être innocentes).

Le ministère public soutient que l'analogie doit être faite non pas avec le mandat de perquisition décerné dans le cadre d'une enquête, mais avec la prise des empreintes digitales pour identifier un contrevenant. Il invoque à l'appui l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, où notre Cour a confirmé à l'unanimité la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, ch. I-1, et du *Code criminel* permettant, après l'arrestation mais avant la déclaration de culpabilité, la prise d'empreintes digitales, de photographies et de mensurations conformément au règlement, sans autorisation judiciaire préalable. Notre Cour

important societal interest in identifying offenders, the arrested person's lower expectation of privacy, and the lack of any significant aggravation to the intrusion of privacy. Given that DNA profiling is just a more sophisticated, modern, efficient and reliable means of gathering identification evidence than traditional fingerprinting, the Crown takes the position that "*neither s. 7 nor s. 8 of the Charter require even prior judicial authorization, let alone a full hearing on notice, to permit the routine and minimally intrusive taking of bodily samples from the most dangerous convicted offenders in Canada, so long as such samples are used solely for identification purposes*" (appellant's factum, at para. 53 (emphasis in original)).

Mr. Rodgers strongly disputes that any such analogy is appropriate, arguing that the potential impact on the privacy of the individual is far more significant with DNA sampling than with fingerprinting. He describes the greater potential impact as follows (at para. 55 of his factum):

Fingerprints only provide evidence of the identity of a person and the unique pattern of a finger's skin. In contrast, DNA goes beyond criminal identification purposes and reveals an incredible amount of personal information about an individual including, but by no means limited to, his or her relationship to other persons, ethnic traits, physical characteristics, and medical conditions. The type of personal information that can be revealed by DNA will only expand as scientists continue their research in the area of the human genome. The fact that the DNA profiles loaded into the DNA Data Bank contain only non-coding portions of an individual's DNA is of no import since the *DNA Identification Act* mandates the permanent retention of bodily samples seized pursuant to s. 487.055. Thus, the state retains in its possession *all* genetic information that can be derived from an individual's DNA. [Emphasis in original.]

Given this significant privacy interest, Mr. Rodgers submits that, not only is the prior judicial authorization necessary but, absent individualized evidence

a rejeté la contestation constitutionnelle compte tenu, tout particulièrement, du grand intérêt qu'a la société à identifier les contrevenants, de la diminution des attentes en matière de vie privée d'une personne sous garde et de l'absence d'aggravation notable de l'atteinte à la vie privée. La technique des empreintes génétiques n'étant, par rapport à la traditionnelle prise des empreintes digitales, qu'un moyen plus perfectionné, moderne, efficace et fiable d'obtenir une preuve d'identification, le ministère public fait valoir que [TRADUCTION] « *ni l'art. 7 ni l'art. 8 de la Charte n'exigent une autorisation judiciaire préalable, et encore moins la tenue d'une audience en bonne et due forme après signification d'un préavis, pour le prélèvement usuel et peu attentatoire d'échantillons de substances corporelles sur les condamnés les plus dangereux au Canada, à condition que les échantillons ne soient utilisés qu'à des fins d'identification* » (mémoire de l'appelante, par. 53 (en italique dans l'original)).

M. Rodgers conteste fermement qu'une telle analogie soit appropriée et prétend que l'effet possible du prélèvement d'échantillons d'ADN sur la vie privée est beaucoup plus important que celui de la prise des empreintes digitales. Voici ce qu'il dit au par. 55 de son mémoire :

[TRADUCTION] Les empreintes digitales fournissent uniquement une preuve de l'identité d'une personne et les caractéristiques uniques de la peau d'un doigt. L'ADN, par contre, déborde le cadre de l'identification criminelle et révèle une quantité incroyable de renseignements sur la personne, dont sa relation avec autrui, ses traits ethniques, ses caractéristiques physiques et son état de santé. La gamme des renseignements personnels pouvant être obtenus au moyen de l'ADN ne peut que s'accroître avec la poursuite des recherches sur le génome humain. Il importe peu que les profils d'identification versés dans la banque de données génétiques ne contiennent que des parties non codantes de l'ADN de la personne puisque la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* prescrit la conservation indéfinie des échantillons de substances corporelles saisis en application de l'art. 487.055. L'État reste donc en possession de *toutes* les données génétiques obtenues à partir d'un échantillon d'ADN. [Souligné dans l'original.]

Vu l'importance du droit à la vie privée qui est en jeu, M. Rodgers prétend non seulement qu'une autorisation judiciaire préalable est nécessaire,

that the subject will either flee or that evidence will be destroyed, there can be no justification for hearing s. 487.055 applications *ex parte*. Unlike the situation with investigative applications for a DNA warrant, surprise and secrecy are not essential — the subject of the application is either in prison or, if under some form of release, will be compelled by summons to attend for sampling. Further, the time and resources needed to litigate an *inter partes* hearing is not a significant factor and cannot amount to a justification for denying the offender the right to be heard. Mr. Rodgers therefore takes the position that the procedure contemplated under s. 487.055 is fundamentally unfair contrary to s. 7 of the *Charter*.

34 For reasons that follow, I am unable to accept Mr. Rodgers' position.

5.3 *The Hunter Criteria Not Applicable*

35 There is no question that, absent exceptional circumstances, where the government has embarked upon a criminal investigation and is seeking evidence to substantiate an investigative theory, the individualized credibly based probability standard established in *Hunter* will be the constitutional norm. The fact that the suspect is a convicted offender may form part of the reasonable and probable grounds advanced in support of the authorization, but it does not change the threshold that must be met. It is important to note, however, that this Court in *Hunter* itself recognized that this individualized credibly based probability standard may vary depending on the context (p. 168). Even within the narrow compass of criminal investigative activity, exceptions to the requirements of reasonable grounds to believe and prior judicial authorization have been recognized. For example, in the context of customs border searches, this Court concluded that the *Hunter* criteria for assessing the reasonableness of a search for the purposes of s. 8 were inapplicable: see *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652. See also *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, on the common law power to search incidental to arrest, and *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R.

mais aussi qu'à défaut d'une preuve que l'intéressé se soustraira à la justice ou que des éléments de preuve seront détruits, rien ne peut justifier que la demande visée à l'art. 487.055 soit entendue *ex parte*. Contrairement à la demande d'un mandat ADN pour les besoins d'une enquête, la surprise et le secret ne sont pas essentiels : la personne visée par la demande est en prison ou, si elle bénéficie d'une mise en liberté, elle sera sommée de se présenter pour subir le prélèvement. De plus, le temps et les ressources nécessaires à la tenue d'une audience *inter partes* importent peu et ne sauraient priver le contrevenant du droit d'être entendu. M. Rodgers est donc d'avis que la procédure prévue à l'art. 487.055 est fondamentalement inéquitable, contrairement à l'art. 7 de la *Charte*.

Pour les motifs qui suivent, je ne peux faire droit aux prétentions de M. Rodgers.

5.3 *Inapplicabilité des critères de l'arrêt Hunter*

Il est indubitable que, sauf circonstances exceptionnelles, lorsque l'État a ouvert une enquête criminelle et qu'il tente d'obtenir des éléments de preuve confirmant ses soupçons, le critère individuel de la probabilité fondée sur la crédibilité, établi dans l'arrêt *Hunter*, correspond à la norme constitutionnelle. Le fait que le suspect est un condamné peut faire partie des motifs raisonnables et probables invoqués à l'appui de la demande d'autorisation, mais cela ne change rien au critère auquel il faut satisfaire. Signalons toutefois que, dans l'arrêt *Hunter*, notre Cour a reconnu elle-même que ce critère individuel de la probabilité fondée sur la crédibilité pouvait varier selon les circonstances (p. 168). Même dans le contexte restreint d'une enquête criminelle, des exceptions à l'exigence de motifs raisonnables de croire et à celle d'une autorisation judiciaire préalable ont été admises. Dans le contexte d'une fouille à un poste-frontière, par exemple, notre Cour a conclu à l'inapplicabilité des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* pour apprécier le caractère abusif ou non de la mesure au sens de l'art. 8 : voir *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652. Voir également *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S.

223, on warrantless searches in circumstances of urgency. As I will explain, the *Hunter* criteria are not applicable in this context either.

The DNA *warrant* provisions are akin to the other warrant provisions contained in the *Criminal Code*. They allow for the gathering of evidence from a suspected offender in respect of an investigation into a specific offence. Those provisions fall clearly within the scope of the *Hunter* paradigm. The subject of the proposed search and seizure, whether or not he or she is a convicted offender, has the constitutional right to be left alone by law enforcement authorities unless and until there are reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found by means of the DNA sampling and analysis. The constitutional validity of these provisions was reviewed and upheld by this Court in *S.A.B.*

Unlike the warrant provisions, the DNA *data bank* provisions do not target suspected offenders in respect of particular offences. Rather, they target offenders who have been convicted of different categories of offences. They do not provide for the gathering of evidence for use in a specific prosecution. Rather, they provide for the collection of samples solely for the purpose of creating DNA profiles for inclusion in the data bank. In any future investigation, a comparison between DNA evidence obtained at a crime scene and the data bank DNA profile will either serve to exonerate or identify a suspect. However, if a crime scene DNA profile matches an existing profile in the data bank, the sample is not released. Usual investigative methods, including DNA warrants, must be resorted to in order to gather evidence in pursuit of the investigation. Dr. Fourney describes the procedure as follows:

51, quant au pouvoir conféré par la common law d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation, et *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, relativement à la perquisition sans mandat en situation d'urgence. Comme je l'explique plus loin, les critères de l'arrêt *Hunter* ne s'appliquent pas dans le présent contexte non plus.

Les dispositions régissant le *mandat* ADN s'apparentent aux autres dispositions du *Code criminel* sur les mandats de perquisition. Elles permettent d'obtenir d'un suspect des éléments de preuve pour les besoins d'une enquête sur une infraction donnée. Le modèle de l'arrêt *Hunter* s'applique clairement à ces dispositions. La personne visée par la fouille, la perquisition ou la saisie projetée, qu'elle soit ou non un condamné, a le droit constitutionnel de ne pas être importunée par les autorités chargées du contrôle d'application de la loi, sauf motifs raisonnables et probables de croire, selon une déclaration sous serment, qu'une infraction a été commise et que le prélèvement d'échantillons d'ADN et leur analyse fourniront des éléments de preuve. Dans l'arrêt *S.A.B.*, notre Cour a confirmé la constitutionnalité de ces dispositions.

Contrairement aux dispositions sur les mandats de perquisition, celles relatives au prélèvement d'échantillons destinés à la *banque de données* génétiques ne visent pas les personnes soupçonnées d'une infraction, mais bien celles déclarées coupables de différentes catégories d'infractions. Elles ne permettent pas l'obtention d'éléments de preuve pour les besoins d'une poursuite. Elles prévoient plutôt le prélèvement d'échantillons à la seule fin d'établir des profils d'identification génétique destinés à la banque de données. Lors d'une enquête ultérieure, la comparaison des éléments de preuve génétique recueillis sur le lieu du crime avec les profils d'identification génétique contenus dans la banque de données permettra de disculper ou d'identifier un suspect. Toutefois, lorsqu'il y a correspondance, l'échantillon ne sera pas remis aux enquêteurs. Il leur faudra recourir aux méthodes habituelles, dont l'obtention d'un mandat ADN, pour recueillir des éléments de preuve et faire progresser l'enquête. Le D^r Fourney décrit la procédure comme suit :

36

37

14. Whenever a new DNA profile is entered into one of the indices, the data bank looks to see if it matches an existing profile in either of the indices. Where there is a match or “hit”, the data bank notifies the Canadian Police Services Information Centre (CPSIC) who can then match the SUN with the identity of the donor. CPSIC has no access to the DNA profile, but has the ability to decode the SUN to determine the identity of the donor. When there is a “hit” CPSIC informs the laboratory that generated the crime scene profile that there has been a match between that crime scene sample and a particular individual. At no time is the sample or profile released to anyone outside the data bank. Instead, local investigators use traditional investigative methods, including DNA warrants, to further their investigation. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] 14. Lorsqu’un nouveau profil d’identification génétique est introduit dans l’un des fichiers, une recherche est lancée pour vérifier s’il correspond à un profil contenu dans l’un ou l’autre des fichiers. Le cas échéant, un avis est transmis au Centre d’information des services canadiens de police (CISCP), qui peut alors établir une correspondance entre le SUN et l’identité du donneur. Le CISCP n’a pas accès au profil d’identification génétique, mais il peut décoder le SUN pour déterminer l’identité du donneur. Le CISCP informe le laboratoire qui a établi le profil à partir d’un échantillon prélevé sur le lieu du crime qu’une correspondance a été établie entre cet échantillon et une personne en particulier. La banque de données ne remet jamais l’échantillon ou le profil à une personne de l’extérieur. Les enquêteurs chargés du dossier doivent plutôt avoir recours aux méthodes d’enquête traditionnelles, y compris le mandat ADN, pour faire progresser l’enquête. [Je souligne.]

38

In my view, in considering the purpose of the DNA data bank provisions, the appropriate analogy is to fingerprinting and other identification measures taken for law enforcement purposes. The purpose of the legislative scheme is expressly set out in s. 3 of the *DNA Identification Act* — “to help law enforcement agencies identify persons alleged to have committed designated offences, including those committed before the coming into force of this Act”. The DNA data bank provisions contained in the *DNA Identification Act* and the *Criminal Code* are intended to put modern DNA technology to use in the identification of potential and known offenders. The *DNA Identification Act* is a modern supplement to the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1985, c. I-1, which provides as follows:

2. (1) The following persons may be fingerprinted or photographed or subjected to such other measurements, processes and operations having the object of identifying persons as are approved by order of the Governor in Council:

Section 2 goes on to identify classes of persons charged and convicted of particular offences who are subject to the identification process. It is beyond

Vu l’objet des dispositions relatives à la banque de données génétiques, j’estime que l’analogie doit se faire avec la prise des empreintes digitales et les autres mesures d’identification liées à l’application de la loi. L’objet du régime législatif est expressément énoncé à l’art. 3 de la *Loi sur l’identification par les empreintes génétiques* — « aider les organismes chargés du contrôle d’application de la loi à identifier les auteurs présumés d’infractions désignées, y compris de celles commises avant l’entrée en vigueur de la présente loi ». Les dispositions relatives à la banque de données génétiques de la *Loi sur l’identification par les empreintes génétiques* et du *Code criminel* visent à mettre les nouvelles techniques d’analyse génétique au service de l’identification des contrevenants connus ou éventuels. La *Loi sur l’identification par les empreintes génétiques* se veut le complément moderne de la *Loi sur l’identification des criminels*, L.R.C. 1985, ch. I-1, qui prévoit ce qui suit :

2. (1) Est autorisée la prise des empreintes digitales, des photographies et de toute autre mensuration — ainsi que toute autre opération anthropométrique approuvée par décret du gouverneur en conseil — sur les personnes suivantes :

L’article 2 définit ensuite les catégories de personnes inculpées ou déclarées coupables d’infractions auxquelles s’appliquent les mesures

dispute that DNA sampling is a far more powerful identification tool than fingerprinting. Therein lies the heightened societal interest in adding this modern technology to the arsenal of identification tools.

I am also of the view that a useful analogy can be drawn between DNA sampling and fingerprinting in considering the impact on the privacy interest of the concerned individuals. DNA sampling impacts on the privacy interest of the subject in two ways: it interferes with the bodily integrity of the person and it engages the informational component of privacy. With respect to the first, it is not disputed that the degree of offence to the physical integrity of the person is relatively modest and Mr. Rodgers takes no serious issue with this component of the privacy interest. The impact of DNA sampling on the physical security of the person was considered fully in *S.A.B.* and, the Court concluded that “the statutory framework alleviates any concern that the collection of DNA samples pursuant to a search warrant under ss. 487.04 to 487.09 of the *Criminal Code* constitutes an intolerable affront to the physical integrity of the person” (para. 47). The same statutory framework governs the taking of samples pursuant to DNA data bank orders and raises no greater constitutional concern in respect of the physical security of the person than does fingerprinting or the other identification procedures considered in *Beare*.

The potential impact on the informational component of privacy, however, is far more significant. It was also discussed in *S.A.B.* and the Court recognized that “[t]here is undoubtedly the highest level of personal and private information contained in an individual’s DNA” (para. 48). It is mainly for that reason that Mr. Rodgers submits that the analogy to fingerprinting does not assist in assessing the constitutionality of the DNA data bank regime. Mr. Rodgers correctly notes that DNA can reveal personal information that goes far beyond the identity of the person. However, his argument ignores

d’identification. Il est incontestable que l’analyse génétique est un moyen d’identification beaucoup plus performant que la comparaison des empreintes digitales, d’où le plus grand intérêt de la société à l’ajouter aux outils dont elle dispose en la matière.

Je suis également d’avis qu’une analogie peut être faite entre le prélèvement d’échantillons d’ADN et la prise des empreintes digitales au regard des effets sur le droit à la vie privée des intéressés. Le prélèvement d’échantillons d’ADN a deux effets : il porte atteinte à l’intégrité physique de la personne et il met en jeu la protection des renseignements personnels. En ce qui concerne le premier effet, nul ne conteste que l’atteinte à l’intégrité physique est relativement minime, et M. Rodgers ne s’élève pas vraiment contre le non-respect de cet élément de son droit à la vie privée. L’incidence du prélèvement d’échantillons d’ADN sur la sécurité physique de la personne a été dûment considérée dans l’arrêt *S.A.B.*, où notre Cour a conclu que « le cadre législatif dissipe toute crainte que le prélèvement d’échantillons d’ADN en application d’un mandat de perquisition décerné sous le régime des art. 487.04 à 487.09 du *Code criminel* constitue une atteinte intolérable à l’intégrité physique de la personne » (par. 47). Le prélèvement d’échantillons d’ADN en application de l’autorisation considérée en l’espèce est régi par le même cadre législatif et sa constitutionnalité n’est pas davantage sujette à caution que celle de la prise des empreintes digitales ou de quelque autre mesure d’identification considérée dans l’arrêt *Beare* pour ce qui est de la sécurité physique de la personne.

Par contre, l’effet possible sur les renseignements personnels est beaucoup plus important. Il en a aussi été question dans l’arrêt *S.A.B.*, et notre Cour a reconnu qu’« [i]l ne fait aucun doute que l’ADN d’une personne renferme, au plus haut degré, des renseignements personnels et privés » (par. 48). C’est principalement pour cette raison, selon M. Rodgers, que l’analogie avec la prise des empreintes digitales ne permet aucunement d’apprécier la constitutionnalité des dispositions relatives à la banque de données génétiques. M. Rodgers a raison de signaler que l’ADN peut révéler des

39

40

the legislative provisions enacted in furtherance of the statement of principle contained in s. 4 of the *DNA Identification Act* where Parliament expressly recognizes and declares that safeguards must be placed to protect the privacy of individuals. These safeguards, described earlier in this judgment, strictly limit the use that can be made of samples obtained for inclusion in the data bank to the comparison of offender profiles with crime scene profiles for *identification* only.

41

Given this analogy between DNA sampling and fingerprinting, I agree with the Crown that this Court's analysis in *Beare* is instructive. Similar arguments to those raised on this appeal were made in *Beare* where the requirement that a person appear for fingerprinting under the *Identification of Criminals Act* following a charge but before conviction was challenged on the ground that it contravened ss. 7, 8, 9, 10, 11(c) and 11(d) of the *Charter*. The impact on the privacy interest of the person resulting from being subjected to fingerprinting, observation, photographing, and other measurements was considered as part of the Court's s. 7 analysis. The Court rejected the constitutional challenge based, in part, on the following reasoning (at p. 413):

It seems to me that a person who is arrested on reasonable and probable grounds that he has committed a serious crime, or a person against whom a case for issuing a summons or warrant, or confirming an appearance notice has been made out, must expect a significant loss of personal privacy. He must expect that incidental to his being taken in custody he will be subjected to observation, to physical measurement and the like. Fingerprinting is of that nature. While some may find it distasteful, it is insubstantial, of very short duration, and leaves no lasting impression. There is no penetration into the body and no substance is removed from it.

renseignements personnels qui vont bien au-delà de l'identité de la personne. Sa prétention ne tient cependant pas compte des dispositions législatives adoptées pour donner effet à l'énoncé de principe figurant à l'art. 4 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*. Le législateur y reconnaît et y proclame expressément que la vie privée des particuliers doit faire l'objet de protections. Décrites précédemment, les mesures de protection établies font en sorte que les échantillons destinés à la banque de données servent uniquement à la comparaison du profil d'un contrevenant avec ceux contenus dans le fichier de criminalistique, aux fins d'*identification* seulement.

Vu cette analogie entre le prélèvement d'échantillons d'ADN et la prise des empreintes digitales, je conviens avec le ministère public de la pertinence de l'analyse à laquelle s'est livrée notre Cour dans l'arrêt *Beare*. Dans cette affaire, les prétentions des parties s'apparentaient à celles formulées en l'espèce. L'obligation d'une personne de se présenter pour que soient prises ses empreintes digitales en application de la *Loi sur l'identification des criminels*, après sa mise en accusation, mais avant sa déclaration de culpabilité, y était contestée sur le fondement des art. 7, 8, 9 et 10 de la *Charte* et de ses al. 11(c) et d). L'effet sur la vie privée de la mise sous observation ainsi que de la prise des empreintes digitales, de photographies et de toute autre mensuration a été considéré au regard de l'art. 7. Notre Cour a rejeté la contestation constitutionnelle, et son raisonnement a en partie été le suivant (p. 413) :

Il me semble que, lorsqu'une personne est arrêtée parce qu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle a commis un crime grave ou lorsqu'il a été démontré qu'il y a lieu de délivrer une sommation ou un mandat d'arrestation ou de confirmer une citation à comparaître, l'intéressé doit s'attendre à une atteinte importante à sa vie privée. Il doit s'attendre à ce qu'en corollaire à sa mise sous garde, il sera mis sous observation et devra se soumettre à la prise de mensurations, etc. La prise des empreintes digitales est de cette nature. Certains peuvent évidemment trouver le procédé déplaisant, mais il est anodin, ne prend que très peu de temps et ne laisse aucune séquelle durable. Rien n'est introduit dans le corps et il n'en est prélevé aucune substance.

I am unable to accept that a provision providing for fingerprinting as an incident of being taken into custody for a serious crime violates the principles of fundamental justice. While a search of one's premises requires a prior authorization based on reasonable and probable grounds to believe both that the offence has been committed and that evidence will be found, the custodial fingerprinting process is entirely different. It involves none of the probing into an individual's private life and effects that mark a search.

Apart from this, the invasion of privacy on arrest on reasonable and probable grounds is a far more serious violation of the right to privacy. It is not significantly aggravated by the taking of the fingerprints of the person in custody. As already mentioned, there are many cases where the United States courts, including the Supreme Court, have refused to accord constitutional protection against a general discretion in the police to take fingerprints from persons in custody; see Moenssens, *supra*, at pp. 62-70.

The Court specifically rejected the Court of Appeal's opinion in that case that the legislation was constitutionally deficient because it did not require that reasonable and probable grounds linking the fingerprinting to the particular offence be established. La Forest J., writing for the Court, summarized the reasoning of the Court of Appeal as follows (at p. 411):

The judges in the Court of Appeal thought their objections to the discretionary features of the legislation could be met if the following conditions were satisfied: a peace officer, in addition to having reasonable and probable grounds for believing the accused had committed an offence, had reasonable and probable grounds for believing that fingerprinting would likely provide evidence relating to the offences, or reasonably doubted the identity of the accused, or believed on reasonable and probable grounds that fingerprinting would provide evidence of the subject's identity.

La Forest J. rejected this approach stating that it ignored "the wide variety of reasons for which fingerprints may legitimately be used" (p. 411). In the same way, I am of the view that Mr. Rodger's main argument on s. 8 ignores the distinct purpose of

Je ne puis admettre qu'une disposition prévoyant la prise des empreintes digitales, en corollaire d'une mise sous garde, dans le cas d'un crime grave, viole les principes de justice fondamentale. Certes la perquisition d'un domicile requiert une autorisation préalable, fondée sur des motifs raisonnables et probables de croire à la fois qu'il y a eu infraction et que l'on pourra y trouver des éléments de preuve, cependant la procédure de prise d'empreintes digitales en détention est totalement différente. Elle ne comporte pas cette immixtion dans la vie privée et les biens d'un individu qui caractérise une perquisition.

Cela mis à part, l'atteinte à la vie privée que constitue l'arrestation fondée sur des motifs raisonnables et probables, est une violation beaucoup plus grave du droit à la vie privée. Elle n'est guère aggravée par la prise des empreintes digitales du détenu. Comme je l'ai déjà mentionné, une jurisprudence fort abondante aux États-Unis, y compris certains arrêts de la Cour suprême, refuse d'accorder une protection constitutionnelle contre le pouvoir discrétionnaire général de la force policière de prendre les empreintes digitales des personnes sous garde; voir Moenssens, précité, aux pp. 62 à 70.

Dans cette affaire, notre Cour a expressément rejeté l'avis de la Cour d'appel selon lequel la disposition législative était inconstitutionnelle parce qu'elle n'exigeait pas de motifs raisonnables et probables de relier les empreintes digitales à l'infraction en cause. Au nom de notre Cour, le juge La Forest a résumé le raisonnement de la Cour d'appel (p. 411) :

Les juges de la Cour d'appel pensent qu'on peut répondre à leurs objections concernant les aspects discrétionnaires de la législation en imposant les conditions suivantes : un agent de la paix, en plus d'avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'inculpé a commis l'infraction, a également des motifs raisonnables et probables de croire que le prélèvement des empreintes permettra de découvrir des preuves relatives aux infractions, ou a un doute raisonnable sur l'identité de l'inculpé, ou encore a des motifs raisonnables et probables de croire que le prélèvement des empreintes apportera des éléments de preuve sur l'identité du sujet.

Le juge La Forest a rejeté cette approche au motif qu'elle ne tenait pas compte de « la grande variété de raisons pour lesquelles on peut légitimement prendre les empreintes digitales » (p. 411). De la même façon, j'estime que le principal argument de

establishing a national DNA data bank for identification purposes and the variety of reasons for which DNA profiles may legitimately be used. In assessing the reasonableness of the legislation, it is this societal interest which must be balanced against the privacy interests of the individual.

42 Mr. Rodgers correctly concedes that, as a person who has been convicted and is serving a sentence, his expectation of privacy is greatly reduced: see *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, at p. 877; *Stillman*, at para. 61. As Weiler J.A. aptly put it in *Briggs* in the context of assessing the impact of the DNA data bank legislation (at para. 34):

A person convicted of a crime has a lesser expectation of privacy not because that person's worth as a human being is less, but because the person's right to make choices about his or her life is curtailed.

Mr. Rodgers unquestionably has a residual privacy interest in the information contained in his DNA samples. However, in restricting the use of DNA sampling for data bank purposes to an *identification tool only*, Parliament has adequately answered any heightened concern about the potentially powerful impact that DNA sampling has on the informational privacy interests of the individual. The relevant question then becomes whether Mr. Rodgers has any reasonable expectation of privacy in respect of his *identity*.

43 The class of persons against whom a DNA data bank authorization may be granted is confined to offenders who have been convicted of designated offences. As stated earlier, designated offences, as defined under s. 487.04 of the *Criminal Code*, may generally be described as the more serious offences under the *Code* and offences in respect of which it may reasonably be expected that DNA may be left behind by the offender. Section 487.055 targets

M. Rodgers fondé sur l'art. 8 ne tient compte ni de l'objectif distinct de l'établissement d'une banque de données génétiques à des fins d'identification ni de la variété de raisons pour lesquelles on peut légitimement établir un profil d'identification génétique. Pour déterminer si la disposition législative est abusive ou non, c'est ce droit de la société qui doit être mis en balance avec le droit du particulier au respect de sa vie privée.

M. Rodgers convient avec raison qu'en tant que personne déclarée coupable d'infractions et purgeant une peine d'emprisonnement, ses attentes en matière de vie privée sont considérablement réduites : voir les arrêts *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, p. 877, et *Stillman*, par. 61. Dans l'arrêt *Briggs*, le juge Weiler a dit avec justesse au sujet de l'incidence des dispositions relatives à la banque de données génétiques (par. 34) :

[TRADUCTION] La personne déclarée coupable d'un crime a des attentes moins grandes en matière de vie privée, non pas parce que sa valeur en tant qu'être humain est moindre, mais parce que son droit de faire des choix concernant sa vie est restreint.

Certes, M. Rodgers a encore droit à la protection des renseignements que renferment ses échantillons d'ADN. Toutefois, en ne permettant l'utilisation des échantillons d'ADN destinés à la banque de données *qu'à des fins d'identification*, le législateur a dûment tenu compte de l'inquiétude accrue suscitée par l'incidence considérable qu'a le prélèvement d'échantillons d'ADN sur la protection des renseignements personnels. La question est donc de savoir si M. Rodgers a des attentes raisonnables en matière de vie privée en ce qui concerne son *identité*.

L'autorisation de prélèvement pour analyse génétique ne peut être accordée qu'à l'égard de contrevenants reconnus coupables d'infractions désignées. Je rappelle que les infractions désignées, au sens de l'art. 487.04 du *Code criminel*, correspondent généralement aux actes criminels les plus graves et dont on peut raisonnablement s'attendre à ce que la perpétration laisse des traces d'ADN. L'article 487.055 vise les condamnés les plus

the most dangerous convicted offenders — Mr. Rodgers falls in that class. Can persons convicted of designated offences, in particularly the category of offender targeted under s. 487.055, reasonably expect to retain any degree of anonymity *vis-à-vis* law enforcement authorities after their conviction? Bateman J.A. in *R. v. Murrins* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), concluded that the reasonable expectancy of a person convicted of a designated offence would be the opposite (at para. 41):

A person convicted of a designated offence would reasonably expect the authorities to gather and retain identifying information, such as fingerprints, distinctive body markings, or eye color. The bodily sample here is simply another form of identification.

I agree. In my view, Mr. Rodgers' identity as a multiple sex offender has become a matter of state interest and he has lost any reasonable expectation of privacy in the *identifying information* derived from DNA sampling in the same way as he has lost any expectation of privacy in his fingerprints, photograph or any other identifying measure taken under the authority of the *Identification of Criminals Act*.

Having regard to the competing interests at play, I conclude that there is no constitutional requirement to link the convicted offender, on reasonable and probable grounds, to any particular investigation. The data bank provisions strike an appropriate balance between the public interest in the effective identification of persons convicted of serious offences and the rights of individuals to physical integrity and the right to control the release of information about themselves.

5.4 *Procedural Fairness*

The remaining question is whether the making of s. 487.055 orders without requiring notice to and participation by the convicted offender breaches fundamental fairness. (Sections 487.051 and 487.052 which target convicted offenders whose

dangereux, une catégorie dont fait partie M. Rodgers. Une personne déclarée coupable d'une infraction désignée, y compris un contrevenant visé à l'art. 487.055, peut-elle raisonnablement s'attendre à conserver un certain anonymat vis-à-vis des autorités chargées du contrôle d'application de la loi? Dans l'arrêt *R. c. Murrins*, (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), le juge Bateman a répondu par la négative (par. 41) :

[TRADUCTION] La personne déclarée coupable d'une infraction désignée peut raisonnablement s'attendre à ce que les autorités recueillent et conservent des renseignements permettant son identification, comme ses empreintes digitales, ses marques corporelles distinctives ou la couleur de ses yeux. Dans ce cas, l'échantillon de substances corporelles n'offre qu'un autre moyen d'identification.

Je suis d'accord. À mon avis, parce que M. Rodgers a été déclaré coupable de plusieurs infractions sexuelles, son identité intéresse désormais l'État et il n'a plus d'attentes raisonnables en matière de vie privée à l'égard des *renseignements d'identification* tirés des échantillons d'ADN, non plus qu'à l'égard de ses empreintes digitales, des ses photographies ou des autres mensurations prises sous le régime de la *Loi sur l'identification des criminels*.

Vu les intérêts concurrents en jeu, je conclus qu'il n'y a pas d'obligation constitutionnelle d'établir l'existence de motifs raisonnables et probables de relier le condamné à une enquête en particulier. Les dispositions relatives à la banque de données génétiques établissent un juste équilibre entre l'intérêt qu'a la société à ce que soient dûment identifiées les personnes déclarées coupables d'infractions graves et le droit du particulier à l'intégrité physique et à la communication à son gré de renseignements le concernant.

5.4 *Équité procédurale*

Reste une question à trancher. Accorder l'autorisation visée à l'art. 487.055 sans avoir exigé de préavis et en l'absence du condamné porte-t-il atteinte au droit fondamental à l'équité de la procédure? (Les articles 487.051 et 487.052, qui s'appliquent

44

45

cases are still before the court for sentencing are silent on the question of notice. Given that orders under those provisions are routinely made at the time of sentencing, the offender is usually present at the hearing.)

46

Mr. Rodgers submits that *ex parte* hearings are exceptional and limited in their use where some harm could result from the giving of notice. In support of his argument, he relies on the following words of Arbour J. in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at paras. 25 and 38:

Ex parte, in a legal sense, means a proceeding, or a procedural step, that is taken or granted at the instance of and for the benefit of one party only, without notice to or argument by any adverse party: *Attorney General of Manitoba v. National Energy Board*, [1974] 2 F.C. 502 (T.D.). The circumstances in which a court will accept submissions *ex parte* are exceptional and limited to those situations in which the delay associated with notice would result in harm or where there is a fear that the other party will act improperly or irrevocably if notice were given. For instance, temporary injunctions are often issued *ex parte* in order to preserve the *status quo* for a short period of time before both parties can be heard (to prevent the demolition of a building, for example).

It remains to determine whether the requirement in s. 51(3) that a court accept *ex parte* submissions on request of the government institution refusing to disclose information is contrary to the principles of fundamental justice. As I have already noted, the circumstances in which a court will accept *ex parte* submissions are exceptional. The circumstances in which a court will be obliged to hear *ex parte* submissions at the request of one party are even more exceptional. [Emphasis added.]

47

I will return later to the circumstances and the conclusion of the Court in *Ruby*. However, it is important to note at the outset that the fallacy in Mr. Rodgers' argument is that it presupposes that notice and participation are themselves principles of fundamental justice, any departure from which must be justified in order to meet the minimal

aux contrevenants déclarés coupables mais dont la peine n'a pas encore été déterminée, ne font pas mention d'un avis. Comme l'ordonnance fondée sur ces dispositions est habituellement rendue lors de la détermination de la peine, le contrevenant est généralement présent à l'audience.)

M. Rodgers soutient que l'audition *ex parte* est une mesure exceptionnelle à laquelle on ne peut recourir que lorsqu'un préavis pourrait être préjudiciable. Il invoque à l'appui l'extrait suivant des motifs de la juge Arbour dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 25 et 38 :

En droit, l'expression *ex parte* (« en l'absence d'une partie ») s'entend d'une procédure ou d'une étape de la procédure qui se déroule à la demande et au bénéfice d'une seule partie, sans avis à la partie adverse ou présentation d'arguments de sa part : *Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1974] 2 C.F. 502 (1^{re} inst.). Les tribunaux n'entendent des arguments de cette façon qu'à titre exceptionnel, lorsque le délai occasionné par la signification d'un avis serait préjudiciable ou que l'on craint que l'autre partie n'agisse de façon irrégulière ou irrévocable si un avis lui est donné. Par exemple, il arrive souvent qu'une injonction provisoire soit décernée en l'absence de l'autre partie afin de maintenir brièvement le statu quo, jusqu'à ce que les deux parties puissent être entendues (afin de prévenir la démolition d'un immeuble par exemple).

Reste la question de savoir si l'obligation qu'a le tribunal, aux termes du par. 51(3), d'entendre sur demande les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie est contraire aux principes de justice fondamentale. Comme je l'ai signalé précédemment, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tribunal entend des arguments en l'absence d'une partie. Les cas dans lesquels un tribunal est tenu de le faire à la demande de l'une des parties sont encore plus rares. [Je souligne.]

Je reviendrai sur les faits de cette affaire et sur la conclusion de notre Cour. Il importe de signaler d'abord que la prétention de M. Rodgers ne tient pas la route en ce qu'elle présuppose que le préavis et la participation sont en eux-mêmes des principes de justice fondamentale auxquels toute dérogation doit être justifiée pour satisfaire à la norme

constitutional norm. As I read his reasons, Fish J. adopts the same reasoning. With respect, it is my view that this is not the proper approach. The constitutional norm, rather, is procedural fairness. Notice and participation may or may not be required to meet this norm — it is well settled that what is fair depends entirely on the context: see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 99; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 744; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 225; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 540; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743; *Ruby*, at para. 39.

The extent to which context is all important on questions of procedural fairness is plain from an analysis of *Ruby* itself. The ending words to para. 38 quoted above, not relied upon by Mr. Rodgers, read as follows:

The question is whether, in the context of this case, such a provision is consistent with the principles of fundamental justice. I believe that it is. [Emphasis added.]

In *Ruby* the Court was assessing the procedural fairness of a mandatory *ex parte in camera* proceeding held in response to an access to information request by Mr. Ruby under the federal *Privacy Act*. The request was challenged by the government who claimed the benefit of certain exemptions under the Act. The Court reiterated the well-established principle that what is fair will depend on the context. The Court then explained why fairness, as a general rule, will require notice and participation (at para. 40):

constitutionnelle minimale. Dans ses motifs, le juge Fish paraît partager ce point de vue. J'estime en toute déférence que ce raisonnement est erroné. La norme constitutionnelle applicable est plutôt celle de l'équité procédurale. Son respect peut exiger ou non un préavis et la présence à l'audience — il est bien établi que l'équité dépend entièrement du contexte : voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 99; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 744; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, p. 225; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 540; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743; *Ruby*, par. 39.

L'importance du contexte pour trancher en matière d'équité procédurale ressort de l'arrêt *Ruby* lui-même. Voici la suite du par. 38 précité, non invoquée par M. Rodgers :

La question qui se pose est de savoir si, dans le contexte de la présente affaire, la disposition prescrivant une telle obligation est compatible avec les principes de justice fondamentale. Je crois que oui. [Je souligne.]

Dans *Ruby*, notre Cour devait se prononcer sur le caractère équitable d'une audience tenue à huis clos en l'absence d'une partie pour donner suite à la demande de communication de renseignements présentée par M. Ruby en application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, une loi fédérale. Invoquant certaines exceptions prévues par la Loi, l'État s'était opposé à la communication. Notre Cour a rappelé le principe bien établi que c'est en fonction du contexte qu'est déterminé ce qui est équitable ou non. Elle a ensuite expliqué pourquoi l'équité exige généralement la signification d'un préavis et la présence des parties (par. 40) :

As a general rule, a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position

The Court accepted that, in the case at hand, the exclusion of the appellant from the government's submissions was an exceptional departure from this general rule because it left him "in an informational deficit when trying to challenge the legitimacy of the exemptions claimed by the government" (para. 40). Notwithstanding this impact on Mr. Ruby, the Court recognized that "the general rule does tolerate certain exceptions" (para. 40). Following its contextual analysis, the Court concluded as follows, at para. 51, on the question of procedural fairness:

In this case, given the statutory framework, the narrow basis of the appellant's constitutional challenge and the significant and exceptional state and social interest in the protection of information involved, I find that the mandatory *ex parte* and *in camera* provisions do not fall below the level of fairness required by s. 7. [Emphasis added.]

49

The particular circumstances that informed the Court's conclusion are not relevant to this case and need not be reviewed in any greater detail. However, the analysis in *Ruby*, as in several other cases cited earlier, is very instructive. This Court has made it clear, not only that what is fair in a particular case depends entirely on the context, but that the constitutional question is referable to the *minimal* standard mandated by the *Charter*. Parliament and the legislatures can, and often do, legislate beyond minimal constitutional requirements on matters engaging constitutionally guaranteed rights and freedoms. It would be an unfortunate result if legislators became hesitant to do so for fear of expanding their constitutional obligations. This point was made in *Chiarelli*, at p. 742. The Court held that s. 7 of the *Charter* did not give a non-citizen who was otherwise deportable for criminality a right to an appeal hearing based on compassionate grounds. The Court then

En règle générale, le droit d'une partie à une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci . . .

Notre Cour a convenu que, dans cette affaire, l'exclusion de l'appelant pendant l'audition de certains arguments de l'État constituait une dérogation exceptionnelle à cette règle générale, car l'appelant était « de ce fait désavantagé, étant privé de données susceptibles de servir à contester la légitimité des exceptions invoquées » (par. 40). Malgré cette conséquence pour M. Ruby, notre Cour a reconnu que « la règle générale souffre certaines exceptions » (par. 40). À l'issue de l'analyse contextuelle, elle a tiré la conclusion suivante au sujet de l'équité procédurale (par. 51) :

Dans la présente affaire, vu le cadre législatif applicable, la portée restreinte de la question constitutionnelle soulevée par l'appelant, de même que l'intérêt à la fois important et exceptionnel de l'État et de la société dans la protection des renseignements concernés, j'estime que les dispositions impératives requérant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de l'art. 7 de la *Charte*. [Je souligne.]

Les circonstances particulières qui ont amené notre Cour à conclure en ce sens ne sont pas pertinentes en l'espèce, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en faire état. Cependant, son analyse, tout comme celle à laquelle elle s'est livrée dans plusieurs des autres affaires précitées, est très instructive. Notre Cour a clairement dit non seulement que ce qui est équitable dans un cas donné dépend entièrement du contexte, mais aussi que la question constitutionnelle se rapporte à la norme *minimale* imposée par la *Charte*. Le Parlement et les législatures peuvent — et ils le font souvent — légiférer en surpassant les exigences constitutionnelles minimales sur des sujets qui mettent en jeu les droits et les libertés garantis par la Constitution. Il serait regrettable qu'ils hésitent à le faire de crainte d'accroître la portée de leurs obligations constitutionnelles. L'arrêt *Chiarelli* constitue un bon exemple à cet égard (p. 742). Notre Cour y a conclu que l'art. 7 de la *Charte*

stated the following in respect of alleged constitutional deficiencies in the hearing that was provided by statute (at p. 742):

It is entirely within the discretion of Parliament whether an appeal on this basis is provided. Accordingly, Parliament could have simply provided that a certificate could issue without any hearing. Does the fact that Parliament has legislated beyond its constitutional requirement to provide that a hearing will be held enable the respondent to complain that the hearing does not comport with the dictates of fundamental justice? It could be argued that the provision of a hearing *ex gratia* does not expand Parliament's constitutional obligations. I need not resolve this issue in this case because I have concluded that, assuming that proceedings before the Review Committee were subject to the principles of fundamental justice, those principles were observed.

The Crown argues that this is a case where Parliament, in requiring prior judicial authorization under s. 487.055, has chosen to exceed minimal constitutional norms. The Crown therefore submits that the *ex parte* nature of the application cannot be constitutionally infirm because Parliament could have passed constitutionally valid legislation requiring the mandatory taking of bodily samples for DNA data bank purposes from s. 487.055 offenders *in the complete absence of any prior judicial authorization*. The Crown notes that, significantly, American appellate courts have consistently and uniformly upheld the constitutional validity of a variety of state and federal legislative initiatives requiring the compulsory DNA profiling of certain convicted offenders, without prior judicial authorization and without requiring any degree of individualized suspicion of a crime by the target. The courts have held that such legislation does not offend the Fourth Amendment right against “unreasonable searches and seizures”. In its leading decision on this point, the 9th Circuit of the U.S. Court of Appeals in *United States v. Kincaid*,

ne conférerait pas à un non-citoyen par ailleurs passible d'expulsion pour criminalité le droit à l'audition d'un appel fondé sur des motifs de compassion. Au sujet des vices constitutionnels allégués de l'audience prévue par la loi, elle a ajouté (p. 742) :

La décision de prévoir ou de ne pas prévoir un appel sur ce fondement relève exclusivement du pouvoir discrétionnaire du législateur fédéral. Le Parlement aurait donc pu prévoir simplement la délivrance d'une attestation sans la tenue d'une audience. Mais le fait que le Parlement, ne se contentant pas de satisfaire aux exigences que lui impose la Constitution, a prévu la tenue d'une audience, permet-il à l'intimé de se plaindre de ce que cette audience ne respecte pas les principes de justice fondamentale? On pourrait soutenir que le Parlement n'a pas élargi la portée de ses obligations constitutionnelles en prévoyant à titre gracieux la tenue d'une audience. C'est toutefois là une question qu'il n'est pas nécessaire de trancher en l'espèce vu ma conclusion que, dans l'hypothèse où les procédures devant le comité de surveillance seraient assujetties aux principes de justice fondamentale, ceux-ci ont été respectés.

Le ministère public prétend qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où, en exigeant une autorisation judiciaire préalable à l'art. 487.055, le législateur a décidé de surpasser les normes constitutionnelles minimales. Il fait donc valoir que le caractère *ex parte* de la demande ne peut être tenu pour inconstitutionnel puisque le législateur aurait pu adopter une disposition législative, parfaitement constitutionnelle, obligeant les contrevenants visés à l'art. 487.055 à se soumettre au prélèvement d'échantillons de substances corporelles destinés à la banque de données génétiques *sans qu'une autorisation judiciaire ne doive être obtenue au préalable*. Qui plus est, les tribunaux d'appel américains ont toujours confirmé la constitutionnalité des diverses mesures législatives fédérales et étatiques soumettant certains condamnés à la prise des empreintes génétiques sans autorisation judiciaire préalable et sans que ne pèsent sur les intéressés de soupçons précis quant à la commission d'un crime. Les tribunaux ont conclu que ces mesures ne portaient pas atteinte au droit à la protection contre [TRADUCTION] « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » reconnu par le Quatrième amendement. Dans son arrêt de

379 F.3d 813 (2004), concluded as follows, at para. 3:

In light of conditional releasees' substantially diminished expectations of privacy, the minimal intrusion occasioned by blood sampling, and the overwhelming societal interests so clearly furthered by the collection of DNA information from convicted offenders, we must conclude that compulsory DNA profiling of qualified federal offenders is reasonable under the totality of the circumstances. Therefore, we today realign ourselves with every other state and federal appellate court to have considered these issues—squarely holding that the DNA Act satisfies the requirements of the Fourth Amendment. [Footnote omitted.]

The vast majority of state statutes also have a mandatory retrospective aspect in respect of offenders who were serving sentences for enumerated offences at the time the legislation was proclaimed in force, often as a condition of parole. By way of example, see the following statutes: Cal. Penal Code § 296.1 (West Supp. 2005); Mich. Comp. Laws Serv. §§ 28.171 to 28.176 (LexisNexis 2001 & Supp. 2003); Va. Code Ann. § 19.2-310.2 (Supp. 2005); N.Y. Exec. Law § 995 (Consol. 1995 & Supp. 2004); Fla. Stat. Ann. § 943.325 (West Supp. 2005); N.J. Stat. Ann. §§ 53:1-20.17 to 53:1-20.30 (West 2001 & Supp. 2004); Ohio Rev. Code Ann. § 2901.07 (LexisNexis Supp. 2005); Ga. Code Ann. §§ 24-4-60 to 24-4-65 (Supp. 2005); Mass. Ann. Laws ch. 22E, §§ 1-15 (LexisNexis 2003 & Supp. 2005).

51

It is not necessary to decide in this case whether a similar legislative scheme would be constitutionally valid in Canada. Parliament has not chosen this route — it has provided for prior judicial authorization. Given the potential impact on the informational component of a person's right to privacy, this additional safeguard, coupled with the legislative restrictions placed on the use that can be made of collected samples for identification purposes only, may well be a wise choice — whether or not it exceeds Parliament's constitutional obligations. The determinative question becomes whether, in all the circumstances, Parliament's choice of a

principe sur le sujet, *United States c. Kincaide*, 379 F.3d 813 (2004), la Cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, a conclu ce qui suit (par. 3) :

[TRADUCTION] Vu les attentes sensiblement réduites qu'ont les libérés sous condition en matière de vie privée, l'atteinte minimale associée au prélèvement sanguin et le grand intérêt qu'a clairement la société à recueillir des données génétiques sur les condamnés, il nous faut conclure que l'obligation faite aux condamnés fédéraux désignés de subir un prélèvement d'échantillons d'ADN n'est pas abusive au regard de toutes les circonstances. Nous nous rangeons donc à l'avis des autres tribunaux d'appel fédéraux et étatiques qui ont examiné ces questions et nous concluons catégoriquement que la loi en cause satisfait aux exigences du Quatrième amendement. [Note omise.]

La plupart des lois des États ont également un caractère impératif et rétrospectif à l'égard des contrevenants qui purgeaient une peine pour une infraction énumérée lors de l'entrée en vigueur des dispositions, la soumission au prélèvement faisant souvent partie des conditions de la libération conditionnelle; voir, par exemple, Cal. Penal Code § 296.1 (West Supp. 2005); Mich. Comp. Laws Serv. §§ 28.171 à 28.176 (LexisNexis 2001 & Supp. 2003); Va. Code Ann. § 19.2-310.2 (Supp. 2005); N.Y. Exec. Law § 995 (Consol. 1995 & Supp. 2004); Fla. Stat. Ann. § 943.325 (West Supp. 2005); N.J. Stat. Ann. §§ 53:1-20.17 à 53:1-20.30 (West 2001 & Supp. 2004); Ohio Rev. Code Ann. § 2901.07 (LexisNexis Supp. 2005); Ga. Code Ann. §§ 24-4-60 à 24-4-65 (Supp. 2005); Mass. Ann. Laws ch. 22E, §§ 1-15 (LexisNexis 2003 & Supp. 2005).

Pour les besoins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de décider si un tel régime législatif serait jugé constitutionnel au Canada. Le législateur n'a pas choisi cette voie — il a prévu une autorisation judiciaire préalable. Vu l'effet possible sur la protection des renseignements personnels, cette garantie supplémentaire, jumelée au fait que la loi permet l'utilisation des échantillons à des fins d'identification seulement, pourrait bien constituer un choix judicieux — qu'elle surpasse ou non les exigences constitutionnelles. La question déterminante qui se pose dès lors est de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances, le choix présumé d'une audience

presumptively *ex parte* hearing is fundamentally unfair. In my view, it is not. Keeping in mind that there is no constitutional guarantee to the most favourable procedure available, it is important to note that the chosen procedure in this case does provide the offender with the following safeguards:

(1) prior judicial authorization must be obtained on written application to a provincial court judge: s. 487.055(1);

(2) the applicant must establish that the targeted offender falls within one of the designated categories of offenders;

(3) the judge has the discretion to give notice to the offender affected by the application;

(4) the judge has the discretion not to order DNA sampling;

(5) in deciding whether to grant the authorization, the judge is statutorily required to “consider the person’s criminal record, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission and the impact such an authorization would have on the privacy and security of the person”: s. 487.055(3.1);

(6) the judge may require conditions to ensure that “the taking of the samples . . . is reasonable in the circumstances”: s. 487.06(2); and

(7) the police must report back in writing to the provincial court judge: s. 487.057(1).

Further, although there is no appeal from a s. 487.055 order, the decision of the judge is reviewable on *certiorari*. Without doubt, errors in the record can be made. However, giving the offender notice and an opportunity to be heard is not the only procedure by which any error could be corrected. It is not as if DNA samples can be taken surreptitiously without the knowledge of the targeted person. Before taking any samples, the person acting under the authority of a DNA warrant, order or authorization, has the duty to inform the subject, among other matters, of the contents of the

ex parte est fondamentalement inéquitable. À mon avis, ce n’est pas le cas. Sans oublier qu’il n’existe aucun droit constitutionnel à la procédure la plus favorable, il importe de souligner que la procédure retenue en l’espèce par le législateur offre les garanties suivantes au contrevenant :

(1) une autorisation judiciaire préalable doit être obtenue sur demande écrite présentée à un juge de la cour provinciale : par. 487.055(1);

(2) le demandeur doit établir que l’intéressé appartient à l’une des catégories de contrevenants visées;

(3) le juge a le pouvoir discrétionnaire de donner un préavis à l’intéressé;

(4) il a le pouvoir discrétionnaire de ne pas ordonner le prélèvement d’échantillons d’ADN;

(5) pour décider d’accorder ou non l’autorisation, le juge est légalement tenu de « prend[re] en compte l’effet qu’elle aurait sur la vie privée de l’intéressé et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l’infraction et les circonstances de sa perpétration » : par. 487.055(3.1);

(6) le juge peut fixer des modalités pour assurer « le caractère raisonnable du prélèvement dans les circonstances » : par. 487.06(2);

(7) l’agent de la paix doit rédiger un rapport et le faire déposer auprès du juge de la cour provinciale : par. 487.057(1).

En outre, bien qu’il n’existe aucun droit d’en appeler de l’autorisation visée à l’art. 487.055, la décision du juge est susceptible de révision par voie de *certiorari*. Une erreur peut sans doute se glisser dans le dossier, mais donner au contrevenant un avis et la possibilité de se faire entendre n’est pas le seul moyen d’y remédier. Ce n’est pas comme si les échantillons d’ADN pouvaient être prélevés subrepticement, sans que l’intéressé le sache. Avant tout prélèvement, la personne munie d’un mandat, d’une ordonnance ou d’une autorisation est tenue de communiquer à l’intéressé la teneur du document et le

authorizing document and the purpose of taking the samples: s. 487.07 of the *Criminal Code*. Hence, the offender will be apprised of the basis for obtaining the order. As the absence of a precondition to the making of the order would go to jurisdiction, any such error would be reviewable on *certiorari*.

53

Finally, in determining whether the chosen procedure meets minimal constitutional imperatives of procedural fairness, the *ex parte* nature of the proceeding must be considered in the context of what is truly at stake on a s. 487.055 application. As noted earlier, any person whose conduct has earned a s. 487.055 classification cannot reasonably expect that his or her identity will remain private *vis-à-vis* law enforcement authorities. Indeed, the offender, by reason of his criminal conduct, is already known to law enforcement authorities and, depending on the circumstances, may be a logical suspect in future investigations regardless of any s. 487.055 order. What an offender therefore stands to lose on a s. 487.055 application is to have his DNA profile made available to the state *for identification purposes only*. The inclusion of the DNA profile in the data bank can serve to effectively eliminate him as a potential suspect in future investigations, or it can serve to identify him as a person connected to the crime under investigation. If the latter, his procedural rights with respect to any potential use of the DNA data bank profile in that investigation are far from exhausted. If a “hit” is generated in the DNA data bank, and the offender’s DNA is subsequently gathered by way of a DNA warrant, it will be open to the offender to challenge the admissibility of any DNA evidence at trial on the basis that he or she was illegally included in the data bank itself, if that be the case. Where the “hit” constituted the basis of the DNA search warrant, illegal inclusion in the data bank itself may provide grounds for quashing the warrant. A warrantless search would thereafter be considered *prima facie* unreasonable and may provide ground for *Charter* relief at trial. The admissibility of the evidence will also remain subject to all the usual rules of evidence.

but du prélèvement, entre autres choses : art. 487.07 du *Code criminel*. Le contrevenant est donc informé des motifs qui ont permis l’obtention de l’autorisation. Comme le non-respect d’une condition préalable à celle-ci mettrait en cause la compétence du juge, une telle erreur serait susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Enfin, pour déterminer si la procédure choisie satisfait aux impératifs constitutionnels minimaux d’équité procédurale, le caractère *ex parte* de l’instance doit être apprécié en fonction de ce que met vraiment en jeu la demande fondée sur l’art. 487.055. Je le répète, la personne dont le comportement lui a valu d’être visée par cet article ne peut raisonnablement s’attendre à ce que son identité demeure inconnue des autorités chargées du contrôle d’application de la loi. En effet, à cause de son comportement criminel, le contrevenant est déjà connu de celles-ci et, selon les circonstances, il pourrait logiquement faire l’objet de soupçons lors d’une enquête ultérieure, indépendamment de toute autorisation fondée sur l’art. 487.055. Pour le contrevenant visé par une demande, l’enjeu est la mise à la disposition de l’État de son profil d’identification génétique *à des fins d’identification seulement*. La présence de son profil dans la banque de données peut permettre de l’écarter définitivement des suspects éventuels lors d’une enquête ultérieure, ou de le relier au crime en cause. Dans ce dernier cas, ses recours quant à la possibilité d’une telle utilisation du profil contenu dans la banque de données sont loin d’être épuisés. Si une correspondance est établie avec le profil versé dans la banque de données génétiques et que l’ADN du contrevenant est ensuite prélevé en exécution d’un mandat, au procès, l’intéressé pourra toujours contester l’admissibilité de toute preuve génétique en faisant valoir que son profil génétique a été illégalement versé dans la banque de données. Si le mandat de perquisition ADN a été décerné sur le fondement de la correspondance, l’inclusion illégale dans la banque de données pourra justifier son annulation. Une perquisition sans mandat sera alors abusive *prima facie* et, au procès, elle pourra donner ouverture à une réparation fondée sur la *Charte*. L’admissibilité de la preuve demeure également assujettie à toutes les règles habituelles.

Because of the retrospective nature of the application, offenders targeted by s. 487.055 are finite in number but they are nonetheless numerous. As noted by the intervener the Attorney General of British Columbia, the National DNA Data Bank website statistics show that in excess of 1,900 samples have been obtained through this *ex parte* process. The offenders, although still under sentence at the time of the application, are no longer before the courts. Some are the most dangerous and violent criminals in Canadian prisons. The Crown submits that requiring their attendance at full *inter partes* hearings would create a significant risk to public safety and cause a substantial expenditure of public resources. While these factors alone could not justify a breach of fundamental fairness, I find no such breach in this case. In light of the interests at stake and the panoply of procedural safeguards that are in place, I conclude that a presumptively *ex parte* hearing is a constitutionally valid legislative option.

For these reasons, I conclude that the DNA data bank legislative scheme meets the constitutional requirements of s. 8 of the *Charter*.

6. Sections 11(h) and 11(i)

Finally, Mr. Rodgers contends that s. 487.055 infringes both ss. 11(h) and 11(i) of the *Charter* “because it inevitably punishes the offender again for a predicate offence and denies the offender the benefit of the lesser punishment”. For convenience, I again reproduce ss. 11(h) and 11(i):

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and

En raison du caractère rétrospectif de la demande, le nombre de contrevenants visés à l’art. 487.055 n’est pas infini, bien qu’il soit élevé. Comme l’a fait remarquer l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique, selon les statistiques du site Internet de la Banque nationale de données génétiques, plus de 1 900 échantillons ont été obtenus à l’issue d’une audience *ex parte*. Même si les contrevenants purgeaient toujours leur peine au moment de la demande, leur cause n’était plus en instance. Certains d’entre eux figurent parmi les criminels les plus dangereux et les plus violents détenus au Canada. Selon le ministère public, exiger qu’ils prennent dûment part à une audience *inter partes* exposerait la sécurité publique à un risque important et occasionnerait des dépenses considérables à l’État. Ces facteurs ne peuvent à eux seuls justifier une atteinte au droit fondamental à l’équité procédurale, mais je ne constate pas une telle atteinte en l’espèce. Compte tenu des intérêts en jeu et des nombreuses garanties procédurales, j’estime que le choix d’une audition de prime abord *ex parte* est un choix législatif valable sur le plan constitutionnel.

Pour ces motifs, je conclus que le régime législatif relatif à la banque de données génétiques satisfait aux exigences constitutionnelles de l’art. 8 de la *Charte*.

6. Alinéas 11(h) et i)

En dernier lieu, M. Rodgers soutient que l’art. 487.055 viole les al. 11(h) et i) de la *Charte* [TRADUCTION] « parce qu’il punit forcément le contrevenant de nouveau pour une infraction sous-jacente et l’empêche de bénéficier de la peine la moins sévère ». Pour faciliter leur consultation, voici à nouveau le texte des al. 11(h) et i) :

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

h) d’une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d’autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

54

55

56

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

57

Mr. Rodgers first raised this constitutional argument before the Court of Appeal and, in that court, only in respect of s. 11(i). He now relies on both ss. 11(h) and 11(i). However, his argument is still entirely focussed on whether the imposition of a DNA sampling and analysis order amounts to a “punishment” within the meaning of s. 11. The Court of Appeal summarily dismissed Mr. Rodgers’ s. 11 argument stating that “the taking of the sample is not a punishment anymore than would be the taking of fingerprints or the taking of a photograph of a convicted person: *R. v. Briggs, supra*, at p. 446 O.R., p. 72 C.C.C.; *R. v. Murrins* (2002), 162 C.C.C. (3d) 412, 92 C.R.R. (2d) 285 (N.S.C.A.) at pp. 442-48 C.C.C.” (para. 28). Mr. Rodgers appeals from that finding.

C’est en Cour d’appel que M. Rodgers a soulevé cet argument constitutionnel pour la première fois et il n’a alors invoqué que l’al. 11*i*. Il s’appuie maintenant sur les al. 11*h*) et *i*). Toutefois, son argument demeure entièrement axé sur la question de savoir si l’imposition d’un prélèvement d’échantillons d’ADN pour analyse génétique équivaut à une « peine » au sens de l’art. 11. La Cour d’appel a rejeté sommairement la thèse de M. Rodgers fondée sur cet article en affirmant que [TRADUCTION] « le prélèvement d’un échantillon ne constitue pas davantage une peine que la prise des empreintes digitales ou la photographie d’une personne déclarée coupable d’une infraction : *R. c. Briggs*, précité, p. 446 O.R., p. 72 C.C.C.; *R. c. Murrins* (2002), 162 C.C.C. (3d) 412, 92 C.R.R. (2d) 285 (C.A.N.-É.), p. 442-448 C.C.C. » (par. 28). M. Rodgers en appelle de cette conclusion.

58

First, it is necessary to consider whether s. 11 applies at all to a s. 487.055 application. As the introductory words of the section make it plain, the protection extended by s. 11 can only be invoked when “[a] person [is] charged with an offence”. Therefore, in and of itself, the application for a DNA order does not at all engage s. 11. It cannot be contended that Mr. Rodgers is “charged with an offence” on any reasonable meaning of the term and, as I understood his argument, he is not claiming the protection of s. 11 on that basis. He relies, rather, on the charges that were brought in respect of the index offences — namely the multiple sex offences in respect of which he was convicted and which form the basis of the application for a DNA data bank order. There is no doubt that s. 11 applies to those criminal proceedings and the question then becomes whether the imposition of a s. 487.055 order constitutes further “punishment” for those offences.

D’abord, il faut se demander si même l’art. 11 s’applique à la demande visée à l’art. 487.055. Il ressort de l’énoncé liminaire de l’art. 11 que la protection offerte ne peut être invoquée que lorsqu’une personne est « inculpé[e] ». Ainsi, comme telle, la demande d’autorisation de prélever un échantillon d’ADN ne met pas du tout en jeu l’art. 11. On ne saurait raisonnablement prétendre que M. Rodgers est « inculpé » et, si je comprends bien, ce n’est pas en cette qualité qu’il ne demande à bénéficier de la protection offerte par l’art. 11. Il invoque plutôt les infractions dont il a été accusé selon le fichier — soit les infractions sexuelles dont il a été déclaré coupable et qui fondent la demande d’autorisation. Il ne fait aucun doute que l’art. 11 s’applique aux instances criminelles y afférentes, et la question qui se pose dès lors est de savoir si le prélèvement autorisé en application de l’art. 487.055 constitue une « peine » supplémentaire pour la perpétration de ces infractions.

59

What constitutes a “punishment” under s. 11 has yet to be fully explored. The Crown, in part, relies on *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, and submits that this Court, in the context of a

La notion de « peine » au sens de l’art. 11 n’est pas encore parfaitement circonscrite. Le ministère public s’appuie en partie sur l’arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, et soutient

complaint about “double jeopardy”, described “punishment” as the imposition of “true penal consequences” such as “imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large . . .” (p. 561). The test in *Wigglesworth* was also applied in *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3, at pp. 21-23, and in *Martineau v. M.N.R.*, [2004] 3 S.C.R. 737, 2004 SCC 81, at para. 57. It is important to put the *Wigglesworth* test in context. As I will explain, it applies to determine whether s. 11 is triggered but does not purport to restrict the meaning of “punishment” in the context of a criminal proceeding to encompass only imprisonment and heavy fines.

In *Wigglesworth*, the question before the Court was whether the s. 11(h) protection against double jeopardy extended to police disciplinary proceedings so as to preclude a subsequent criminal trial based on the same conduct for which the police officer had been internally disciplined. A similar question was raised in *Shubley* in respect of internal prison disciplinary proceedings. In *Martineau*, the question was whether the s. 11(c) right against self-incrimination could be invoked in the context of forfeiture proceedings commenced under the *Customs Act*. In each case, the Court applied the two-prong test established in *Wigglesworth* to determine whether the proceeding in question came within the purview of s. 11 — a person charged with an offence can claim the protection of s. 11 if either (1) the proceedings are, by their very nature, criminal proceedings; or (2) the punishment invoked involves the imposition of “true penal consequences”. It is in this context that the Court explained, at p. 561, what it meant by “true penal consequences”:

In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity.

The Court made it clear however that, under the first branch of the test, “all prosecutions for

que dans le contexte d’une allégation de « double péril », notre Cour a assimilé la « peine » à l’imposition de « véritables conséquences pénales », tels « l’emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général . . . » (p. 561). Ce critère a été repris dans les arrêts *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3, p. 21-23, et *Martineau c. M.R.N.*, [2004] 3 R.C.S. 737, 2004 CSC 81, par. 57. Il importe de mettre ce critère en contexte. Comme je l’explique plus loin, il permet de déterminer si l’art. 11 entre en jeu, mais il ne vise pas à restreindre, dans une instance criminelle, le sens du terme « peine » de sorte qu’il n’englobe que l’emprisonnement et l’amende substantielle.

Dans l’arrêt *Wigglesworth*, notre Cour était appelée à décider si la protection contre le double péril prévue à l’al. 11h) s’appliquait à l’instance disciplinaire et empêchait une poursuite criminelle subséquente pour les mêmes actes lorsque le policier avait fait l’objet de mesures disciplinaires. La même question s’est posée dans l’affaire *Shubley* à l’égard de la procédure disciplinaire interne d’une prison. Dans l’arrêt *Martineau*, il s’agissait de savoir si le droit à la protection contre l’auto-incrimination garanti à l’al. 11c) pouvait être invoqué dans une instance de confiscation engagée en application de la *Loi sur les douanes*. Dans chacun des cas, notre Cour a appliqué le critère à deux volets de l’arrêt *Wigglesworth* pour décider si l’instance était assujettie ou non à l’art. 11 — une personne inculpée peut bénéficier de la protection de l’art. 11 (1) lorsque, par sa nature, l’instance est criminelle ou (2) que la peine invoquée emporte l’imposition de « véritables conséquences pénales ». C’est dans ce contexte que notre Cour a expliqué ce qu’elle entendait par de « véritables conséquences pénales » (p. 561) :

À mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l’application de l’art. 11 est l’emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l’intérieur d’une sphère d’activité limitée.

Or, notre Cour a clairement indiqué que suivant le premier volet du critère, « toutes les

criminal offences under the *Criminal Code* and for quasi-criminal offences under provincial legislation are automatically subject to s. 11” (p. 560). Under the second branch of the test, a proceeding that is *not* criminal or quasi-criminal in nature but attracts a “true penal consequence” (such as imprisonment or a fine of a certain magnitude) will be equated to a criminal or quasi-criminal proceeding for s. 11 purposes. However, what constitutes a “punishment” within a criminal proceeding is not limited to those two sanctions. Such an interpretation would not accord with the liberal and purposive approach that must be taken in interpreting *Charter* rights. For example, if an offender is charged with a criminal offence, tried, convicted and sentenced to a term of probation or a small fine, it could not be argued that the protection of s. 11(h) would not extend to second criminal proceedings commenced in respect of the same offence because the probation or the small fine did not constitute “punishment” for his crime. Likewise, if the punishment for an offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing so as to abolish the availability of a conditional discharge for that offence, it could not be argued that the conditional discharge did not constitute a “punishment” within the meaning of the s. 11(i) protection. The accused would be entitled to the benefit of the less severe sanction in force at the time of commission of the offence.

poursuites relatives à des infractions criminelles aux termes du *Code criminel* et à des infractions quasi criminelles que prévoient les lois provinciales sont automatiquement assujetties à l’art. 11 » (p. 560). Suivant le deuxième volet, l’instance qui n’est pas en soi criminelle ou quasi criminelle, mais qui a de « véritables conséquences pénales » (comme l’emprisonnement ou l’amende substantielle) est assimilée à une instance criminelle ou quasi criminelle pour les besoins de l’art. 11. Toutefois, dans le contexte d’une instance criminelle, la « peine » ne s’entend pas que de ces deux sanctions. Une telle interprétation serait incompatible avec l’interprétation libérale et téléologique qui s’impose à l’égard des droits garantis par la *Charte*. Par exemple, dans le cas d’un contrevenant inculpé d’une infraction criminelle, puis jugé, déclaré coupable et condamné à une probation ou à une amende minimale, on ne saurait prétendre que la protection offerte par l’al. 11h) ne s’applique pas à la seconde instance criminelle engagée pour la même infraction sous prétexte que la probation ou l’amende minimale ne constituait pas une « peine ». De même, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction a été modifiée entre le moment de la perpétration et celui de la détermination de la peine de manière à écarter toute possibilité de libération conditionnelle, on ne saurait prétendre que cette libération conditionnelle ne constituait pas une « peine » au sens de l’al. 11i). L’accusé aurait le droit de bénéficier de la peine la moins sévère en vigueur au moment de la perpétration de l’infraction.

62

In its ordinary sense, “punishment” refers to the arsenal of sanctions to which an accused may be liable upon conviction for a particular offence. The *Criminal Code* uses the words “punishment” or “punishable” to describe the range of sanctions available on sentencing. For example, an offence will be described as “punishable” on summary conviction and the offender will be “liable to a fine . . . or [a term of] imprisonment”: s. 787(1). Section 718.3(1) provides that “[w]here an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the

Suivant son sens ordinaire, « peine » s’entend des sanctions dont est passible l’accusé déclaré coupable d’une infraction. Les mots « peine » ou « punissable » qu’emploie le *Code criminel* renvoient aux sanctions pouvant être infligées lors de la détermination de la peine. Par exemple, une infraction est « punissable » sur déclaration de culpabilité par voie sommaire, et le contrevenant est « passible d’une amende [. . . ou] d’un emprisonnement » : par. 787(1). Le paragraphe 718.3(1) précise que « [l]orsqu’une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l’égard d’une infraction, la punition [la « peine »] à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du

offence”. The words “sentence” and “sanction” are also used interchangeably: see for example s. 718.2.

This does not mean, however, that “punishment” under ss. 11(h) and 11(i) necessarily encompasses every potential consequence of being convicted of a criminal offence, whether that consequence occurs at the time of sentencing or not. A number of orders can be made by a sentencing court, for example an order for forfeiture, a firearm prohibition, a driving prohibition, or an order for restitution. It is beyond the purview of this appeal to determine whether or not any of these consequences constitutes a punishment. As a general rule, it seems to me that the consequence will constitute a punishment when it forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence and the sanction is one imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. In this respect, the protection afforded by s. 11 must be contrasted with s. 12 of the *Charter* that protects against cruel and unusual “treatment” or punishment. For example, DNA sampling, ordered as a consequence of conviction, would undoubtedly constitute a “treatment” and, if the physical method for obtaining a DNA sample were cruel and unusual, redress could be obtained under s. 12.

However, I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal and find that the imposition of a s. 487.055 order, although a consequence of the convictions on the index offences, does not constitute a punishment within the meaning of s. 11. I find none of Mr. Rodgers’ arguments persuasive. First, his concern about the potential dangers of equating the taking of DNA samples to fingerprinting is a matter for consideration under s. 8, not s. 11. Second, the fact that the DNA order may have a deterrent effect on the offender does not make it a punishment. As aptly noted by Bateman J.A. in *Murrins*:

tribunal qui condamne l’auteur de l’infraction ». Aussi, les mots « peine », « punition » et « sanction » sont interchangeables : voir, par exemple, l’art. 718.2.

Cependant, cela ne signifie pas que la « peine » à laquelle renvoient les al. 11(h) et i) englobe nécessairement toute conséquence pouvant découler du fait d’être déclaré coupable d’une infraction criminelle, que cette conséquence survienne ou non au moment de la détermination de la peine. Un certain nombre d’options s’offrent au tribunal qui détermine la peine : il peut notamment ordonner la confiscation, interdire la possession d’une arme à feu, interdire la conduite automobile ou ordonner la restitution. Il n’appartient pas à notre Cour de déterminer, en l’espèce, si l’une ou l’autre de ces conséquences constitue ou non une peine. En règle générale, il me semble que la conséquence constitue une peine lorsqu’elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu’elle est conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. À cet égard, il faut distinguer entre la protection offerte par l’art. 11 et celle que prévoit l’art. 12 de la *Charte* contre tous « traitements » ou peines cruels et inusités. Ainsi, le prélèvement d’un échantillon d’ADN par suite d’une déclaration de culpabilité constitue sans aucun doute un « traitement », et si le mode de prélèvement est cruel et inusité, une réparation pourra être obtenue en application de l’art. 12.

Je suis toutefois d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel et j’estime que l’autorisation visée à l’art. 487.055, même si elle résulte des déclarations de culpabilité prononcées à l’égard des infractions inscrites au fichier, ne constitue pas une peine au sens de l’art. 11. Aucun des arguments de M. Rodgers ne me convainc. D’abord, sa crainte concernant le danger possible d’assimiler le prélèvement d’échantillons d’ADN à la prise des empreintes digitales doit être examinée au regard de l’art. 8, et non de l’art. 11. Ensuite, le fait que l’autorisation de prélèvement puisse avoir un effet dissuasif sur le contrevenant n’en fait pas une peine pour autant. Le juge Bateman a justement dit dans l’arrêt *Murrins* :

63

64

The fact that the existence of a DNA profile may deter offenders from committing future crimes is a residual benefit but does not bring the order into the category of a punishment. The order is in furtherance of the legitimate state interest in solving crime rather than its interest in sanctioning the offender. [para. 102]

As stated by the Crown in its factum, “[w]hile it is true that many punishments are aimed at having a deterrent effect, that does not mean that every deterrent measure is, by definition, ‘punishment’. For example, random traffic stops to check for alcohol consumption hopefully have the effect of deterring people from drinking and driving, but no one could properly characterize a R.I.D.E. stop as ‘punishment’.” Finally, the argument that there is a definite stigma attached to the taking of a DNA sample is not persuasive. Other than a notation on the records of the Canadian Police Services Information Centre, there is no information that a person’s DNA sample is in the data bank. If there is any stigma, surely it flows from the convictions upon which the order is based. In any event, the fact that a treatment may occasion a certain stigma does not turn it into a punishment. Stigma may be occasioned by the simple fact of being arrested and charged with a criminal offence.

65 The DNA sampling and analysis is no more part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence than the taking of a photograph or fingerprints. I therefore conclude that ss. 11(h) and 11(i) have no application to this case.

7. Disposition

66 For these reasons, I would answer the constitutional questions in the negative. Section 487.055(1) of the *Criminal Code* does not infringe ss. 7, 8, 11(h) and 11(i) of the *Charter*. I would also conclude that there is no reason to interfere with the authorization judge’s discretion to proceed with the s. 487.055(1) application on an *ex parte* basis. He was statutorily authorized to do so and no suggestion has been made that, if indeed so authorized, he

[TRADUCTION] La possibilité que l’existence d’un profil d’identification génétique décourage la récidive est un avantage secondaire qui ne fait cependant pas de l’autorisation une peine. L’intérêt légitime de l’État que sert l’autorisation est celui de résoudre les crimes et non celui de sanctionner les contrevenants. [par. 102]

Comme le dit le ministère public dans son mémoire, [TRADUCTION] « [i]l est vrai que de nombreuses peines visent la dissuasion, mais il ne s’ensuit pas que chaque mesure ayant un effet dissuasif constitue, par définition, une “peine”. Par exemple, les contrôles routiers inopinés pour vérifier l’alcoolémie des automobilistes ont pour effet, espère-t-on, de dissuader la conduite en état d’ébriété, mais on ne saurait qualifier de “peine” une mesure de répression générale de l’alcool au volant. » Enfin, l’argument voulant qu’une stigmatisation certaine se rattache au prélèvement d’un échantillon d’ADN n’est pas convaincant. À part l’inscription dans les registres du Centre d’information des services canadiens de police, rien ne permet de savoir que l’échantillon d’ADN d’une personne se trouve dans la banque de données. La stigmatisation, si elle existe, résulte assurément des déclarations de culpabilité à l’origine de l’autorisation. Quoi qu’il en soit, le fait qu’il puisse stigmatiser jusqu’à un certain point ne fait pas d’un traitement une peine. Le simple fait d’être arrêté et accusé d’une infraction criminelle peut être infamant.

Le prélèvement d’échantillons d’ADN pour analyse génétique ne fait pas davantage partie des sanctions dont est passible la personne accusée d’une infraction donnée que la prise de photographies ou des empreintes digitales. Je conclus donc que les al. 11(h) et i) ne s’appliquent pas en l’espèce.

7. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d’avis de répondre par la négative aux questions constitutionnelles. Le paragraphe 487.055(1) du *Code criminel* ne contrevient ni aux art. 7 et 8 de la *Charte* ni à ses al. 11(h) et i). Je conclus également qu’il n’y a aucun motif de réformer la décision du juge d’entendre *ex parte* la demande visée au par. 487.055(1). La loi autorisait le juge à le faire et aucune partie n’a laissé entendre que, même s’il y était autorisé, il n’a pas bien

did not exercise his discretion judicially. I would therefore allow the Crown's appeal, set aside the decision of the Court of Appeal for Ontario, dismiss Mr. Rodgers' cross-appeal and dismiss his *Charter* and *certiorari* applications.

The reasons of Binnie, Deschamps and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

Overview

I agree with two of Justice Charron's principal findings. With respect, however, they lead me to a different conclusion.

First, I agree that s. 487.055(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with which we are concerned here, cannot pass constitutional muster unless it complies with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In Charron J.'s words, "[t]here is no question that the taking of bodily samples for DNA analysis without the person's consent constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*" (para. 25). Section 8 of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure."

Accordingly, the outcome of this appeal depends on whether the impugned provision is reasonable within the meaning of s. 8.

Second, I agree with Charron J. that s. 487.055(1) contemplates discretionary judicial orders without notice to the persons against whom those orders are made. I should think it obvious that this discretion must be exercised in accordance with the relevant factors explicitly set out in s. 487.055(3.1) of the *Criminal Code* and any other factors that are implicitly relevant.

Accordingly, it seems to me that the core issue on this appeal is whether there is any

exercé son pouvoir discrétionnaire. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public, d'annuler le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, de rejeter le pourvoi incident de M. Rodgers ainsi que sa demande fondée sur la *Charte* et sa demande de *certiorari*.

Version française des motifs des juges Binnie, Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

Introduction

Je souscris à deux des principales conclusions de la juge Charron. Avec égards, cependant, elles me mènent à un résultat différent.

Je conviens premièrement que le par. 487.055(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, la disposition litigieuse en l'espèce, ne peut résister au contrôle constitutionnel que s'il respecte l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme l'affirme ma collègue, « [i]l ne fait aucun doute que le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique sans le consentement de l'intéressé constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* » (par. 25), lequel dispose que « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. »

L'issue du pourvoi dépend donc du caractère abusif ou non, au sens de l'art. 8, de la disposition contestée.

Deuxièmement, comme la juge Charron, j'estime que le par. 487.055(1) prévoit l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sans préavis à l'intéressé. Il va de soi, à mon sens, que ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé compte tenu des critères pertinents prescrits au par. 487.055(3.1) du *Code criminel*, ainsi que de tout autre implicitement applicable.

Il appert donc que le présent pourvoi pose essentiellement la question de savoir s'il est

67

68

69

70

71

reasonable basis for presumptively excluding the subject of the order from the hearing at which it is made. That person, after all, has the most to lose if the order is erroneously made — and will often be in the best position to correct erroneous information upon which the judge might otherwise be required to rely.

72 The Crown advances several reasons that are said to justify proceeding *ex parte*. First, it is said there will be few cases in which an application for a DNA order under s. 487.055(1) can, or will, be successfully opposed. With respect, this does not appear to me to be a persuasive argument for depriving those against whom the order would otherwise be wrongfully made of the opportunity to prevent this from happening.

73 Another justification, advanced by my colleague, is that errors made by the issuing trial judge are subject to prerogative review. With respect, I find it difficult to understand how the possibility of a cumbersome and expensive *ex post facto* review on narrow jurisdictional grounds can be considered an adequate substitute for a fair hearing on the application for an order — a simple and expeditious opportunity to prevent erroneous orders and unwarranted seizures *from occurring*. As Dickson J. (later C.J.C.) stated in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, s. 8 of the *Charter* “requires a means of *preventing* unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place” (p. 160 (emphasis in original)).

74 Finally, it is argued that giving notice to the subject of a s. 487.055 order might lead to frustration of the purposes of the proposed DNA seizure. This proposition does not resist even summary analysis.

75 Section 487.055 requires convicted offenders, upon notice, to appear at a given time and place in order to provide a bodily sample. If they are no longer in custody and do not flee when they receive this notice to appear, it is difficult for me to understand why they would flee if they are instead given

raisonnablement fondé de conclure que l’intéressé est de prime abord exclu de l’audition de la demande d’autorisation. Après tout, c’est lui qui a le plus à perdre si l’autorisation est accordée à tort et qui est souvent le mieux placé pour rectifier tout renseignement erroné que le juge pourrait autrement devoir prendre en considération.

Le ministère public invoque plusieurs motifs d’entendre la demande *ex parte*. Il prétend premièrement qu’il est rare que la demande d’autorisation fondée sur le par. 487.055(1) puisse être contestée avec succès ou qu’elle le soit. Cela ne justifie pas d’empêcher l’intéressé de contester la demande lorsque l’autorisation pourrait être accordée à tort.

Ma collègue invoque un autre motif : la possibilité d’une révision par voie de *certiorari* de toute erreur commise par le juge qui accorde l’autorisation. En toute déférence, je ne vois pas comment une éventuelle révision *ex post facto*, à la fois lourde et coûteuse, ne pouvant avoir pour fondement que certains motifs précis liés à la compétence, peut être considérée comme un bon substitut à l’audition équitable de la demande — un moyen simple et expéditif de *prévenir* une autorisation et une saisie injustifiées. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l’a affirmé dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, l’art. 8 de la *Charte* « requiert un moyen de *prévenir* les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu’elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées » (p. 160 (souligné dans l’original)).

On fait valoir en dernier lieu qu’un préavis à l’intéressé pourrait aller à l’encontre des objets de la saisie d’ADN projetée. Cet argument ne résiste même pas à l’analyse sommaire.

L’article 487.055 fait obligation au condamné de se présenter aux date, heure et lieu fixés dans l’avis pour fournir un échantillon de substances corporelles. S’il n’est plus sous garde et qu’il ne prend pas la fuite sur réception de l’avis, je vois difficilement pourquoi il le ferait s’il recevait un préavis

notice that an application for the order will be made and informed of their opportunity to make appropriate representations. If they are still in custody, then I think it absurd to suggest that they might flee if they are likewise given notice of the contemplated application.

And finally, in either instance, persons who are notified of the application before the order is made can hardly thereupon hide or destroy their bodily samples so as to prevent their seizure, should the order sought by the authorities be made by the judge!

II

Proceeding *Ex Parte*

Mr. Rodgers argues that holding the authorization hearings *ex parte*, absent any reason to proceed without notice or participation, does not satisfy the constitutional requirements of s. 8. I agree.

Like Charron J., I believe that s. 487.055(1) contemplates presumptively *ex parte* hearings. The judge is empowered to hold the hearing *inter partes*, but the statute presumes that the data bank order will be issued without notice or participation.

Speaking for a unanimous court, Doherty J.A. held that procedural fairness and *Charter* principles “require notice to the individual whose liberty and security of the person interests are potentially affected by the order unless the Crown can establish legitimate grounds . . . for proceeding without notice” ((2004), 70 O.R. (3d) 97, at para. 45). Charron J., on the other hand, finds that because the constitutional norm of procedural fairness depends on context, notice and participation are not necessarily required.

This Court has indeed asserted, repeatedly, that the nature and extent of procedural fairness depends

de la demande d’autorisation et s’il était informé de son droit de se faire entendre. S’il est toujours sous garde, il est absurde de craindre qu’il puisse se soustraire à la justice si un avis l’informait de la demande projetée.

Enfin, dans l’un et l’autre cas, la personne qui reçoit un préavis peut difficilement dissimuler ou détruire ses échantillons de substances corporelles pour empêcher leur saisie éventuelle par les autorités!

II

L’audition *ex parte*

M. Rodgers soutient, avec raison selon moi, que l’audition *ex parte* de la demande, sans motif justifiant l’absence de préavis ou de participation, ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles de l’art. 8.

Comme la juge Charron, je suis d’avis que le par. 487.055(1) établit une présomption d’audition *ex parte*. Le juge peut entendre la demande *inter partes*, mais la loi présume que l’autorisation de prélèvement d’échantillons destinés à la banque de données génétiques est accordée sans préavis ni participation.

Exprimant l’opinion unanime de la Cour d’appel, le juge Doherty a dit que l’équité procédurale et les principes consacrés par la *Charte* [TRADUCTION] « exigent qu’un préavis soit donné à l’intéressé lorsque son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne risque d’être touché par l’autorisation, à moins que le ministère public n’établisse l’existence de motifs valables [. . .] d’agir sans préavis » ((2004), 70 O.R. (3d) 97, par. 45). Selon ma collègue, toutefois, puisque l’équité procédurale — la norme constitutionnelle applicable — dépend du contexte, préavis et participation ne sont pas nécessairement obligatoires.

Notre Cour a confirmé maintes fois que la nature et l’étendue de l’équité procédurale dépendent du

76

77

78

79

80

on context (Charron J., at para. 47). In this regard, however, I find particularly instructive the most recent formulation of the governing principles.

81 In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, a unanimous Court permitted departure from the “general rule” that

a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party’s case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position. [para. 40]

82 And, while recognizing that this rule is not absolute, the Court took care to emphasize that “the circumstances in which a court will accept *ex parte* submissions are exceptional” (para. 38). The contextual approach does, as Charron J. states, permit departure from the norm of providing notice and permitting participation in the hearing. But only “exceptionally”, as the Court stated in *Ruby* — and, in my view, not without cause or justification.

83 In this case, context and principle both favour *inter partes* and not *ex parte* hearings. Unlike in *Ruby*, we have been shown no serious reason at all to depart from the venerable norm of providing notice and participation, and there are important grounds for not doing so.

84 The Court has noted the kind of compelling reasons for which, exceptionally, *ex parte* hearings will be permitted. In *Ruby*, Arbour J. explained that they are limited to cases where the “delay associated with notice would result in harm or where there is a fear that the other party will act improperly or irrevocably if notice were given” (para. 25). Similarly, in *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60, the Court upheld the constitutionality of *ex parte* proceedings for DNA warrant orders “because of the risk that the suspect would take steps to frustrate the proper execution of the warrant” (para. 56).

contexte (motifs de la juge Charron, par. 47). À cet égard, toutefois, la formulation la plus récente des principes applicables me paraît particulièrement éclairante.

Dans l’arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, les juges unanimes de notre Cour ont permis une dérogation à la « règle générale » selon laquelle :

... le droit d’une partie à une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci. [par. 40]

Tout en reconnaissant qu’il ne s’agissait pas d’une règle absolue, notre Cour a pris la peine de préciser que « ce n’est que dans des circonstances exceptionnelles qu’un tribunal entend des arguments en l’absence d’une partie » (par. 38). La juge Charron signale que la méthode contextuelle permet de s’écarter de la norme exigeant préavis et participation. Or, comme l’a dit notre Cour dans *Ruby*, cette dérogation n’est permise qu’à titre « exceptionnel » et, selon moi, pas sans cause ou justification.

En l’espèce, tant le contexte que les principes militent en faveur d’une audition *inter partes* plutôt qu’*ex parte*. Aucun motif sérieux de déroger à l’exigence vénérable du préavis et de la participation n’a été invoqué — alors que dans l’affaire *Ruby*, un tel motif l’avait été —, et il existe des raisons importantes de s’en abstenir.

Notre Cour a précisé quelles raisons impérieuses pouvaient, à titre exceptionnel, permettre la tenue d’une audience *ex parte*. Dans l’arrêt *Ruby*, la juge Arbour a expliqué qu’il n’y en avait que deux : lorsque « le délai occasionné par la signification d’un avis serait préjudiciable » ou que « l’on craint que l’autre partie n’agisse de façon irrégulière ou irrévocable si un avis lui est donné » (par. 25). De même, dans l’arrêt *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60, notre Cour a jugé constitutionnelle l’audition *ex parte* d’une demande de mandat ADN « vu le risque que le suspect agisse de manière à compromettre la bonne exécution du mandat » (par. 56).

None of these factors justifies proceeding *ex parte* in this case.

First, it is impossible for a subject to destroy his DNA sample. “[B]odily samples . . . are usually in no danger of disappearing”: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 49. And DNA evidence in particular can be obtained through a variety of approved tests.

Second, as mentioned earlier, notice and participation in the hearing create no enhanced risk of flight. Section 487.055 applies only to offenders who, on the date of the application, are still serving a sentence of imprisonment. Offenders in custody are not in a position to flee; those who are on parole and are minded to flee are perhaps less and not more likely to do so if they are afforded an opportunity to oppose the order. Proceeding *ex parte* carries with it no element of surprise: under s. 487.055, a data bank order simply requires the subject to report at the place, date and time set out in the summons. Neither the capacity nor the motivation to flee would in any way be enhanced by providing notice and permitting participation in the hearing. The state interest in proceeding *ex parte* where there is no reason to do so is therefore minimal, at best.

In any event, an assessment of the state’s interest must consider as well the competing interests of those whom the state is required to protect. As the Court explained in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, determining the “nature and extent of procedural safeguards” requires balancing the “competing interest of the state and the individual” (p. 657).

A s. 487.055 target has a legitimate interest in presenting information that may well persuade the judge not to issue an order. Parliament contemplated that there would be instances in which an order might be properly denied, and has for this reason required the authorizing judge to consider all of the relevant factors, including “the person’s criminal record, the nature of the offence and the

En l’espèce, aucun de ces motifs ne justifie l’audition *ex parte*.

Premièrement, l’intéressé ne peut détruire ses échantillons de substances corporelles, et ceux-ci « ne risquent pas habituellement de disparaître » : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 49. Un élément de preuve génétique peut être obtenu au moyen de divers tests approuvés.

Deuxièmement, je le rappelle, le préavis et la participation à l’audience n’accroissent pas le risque de fuite. L’article 487.055 ne s’applique qu’aux contrevenants qui purgent encore une peine d’emprisonnement à la date de la demande. Un contrevenant sous garde n’est pas en mesure de fuir; celui qui, bénéficiant d’une liberté conditionnelle, songerait à fuir, y sera probablement moins enclin s’il a la possibilité de contester la demande d’autorisation. L’audition *ex parte* ne comporte aucun élément de surprise : l’autorisation accordée en vertu de l’art. 487.055 exige simplement de l’intéressé qu’il se présente aux date, heure et lieu fixés dans la sommation. Donner un préavis à l’intéressé et lui permettre de participer à l’audience ne faciliteraient pas sa fuite ni ne la favoriseraient. Partant, l’intérêt qu’a l’État à ce que la demande soit entendue en l’absence de l’intéressé, lorsque rien ne justifie l’audition *ex parte*, est au mieux minimal.

Quoi qu’il en soit, l’appréciation de l’intérêt de l’État doit également tenir compte des intérêts opposés de ceux que l’État est censé protéger. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, « [p]our déterminer la nature et l’étendue des garanties procédurales », il faut mettre en balance « les intérêts opposés de l’État et du particulier » (p. 657).

La personne visée à l’art. 487.055 a légitimement intérêt à saisir le juge de renseignements qui pourraient bien le convaincre de refuser l’autorisation. Le législateur a envisagé qu’un tel refus puisse être valablement opposé. C’est pourquoi il a fait obligation au juge de prendre en compte tous les critères pertinents, notamment « l’effet [que l’autorisation] aurait sur la vie privée de l’intéressé

85

86

87

88

89

circumstances surrounding its commission”, as well as “the impact such an authorization would have on the privacy and security of the person” (s. 487.055(3.1)).

90 Proceeding *ex parte* makes it more difficult — often impossible — for the judge to consider these factors. The statutory safeguard requiring consideration of the individual’s interest is thus rendered illusory by proceeding *ex parte* without reason.

91 Offenders targeted by an application may well have information, to which they alone are privy, that is relevant to the required exercise of judicial discretion under s. 487.055(3.1). Moreover, the *DNA Identification Act*, S.C. 1998, c. 37, came into force after offenders covered by s. 487.055 had been convicted. At the time of their convictions, unlike others included in the data bank, these offenders had no reason to place on the record information that might be relevant to a DNA data bank order.

92 The risk inherent in denying them that opportunity is further heightened where the offender entered a guilty plea and there was no full trial. Factors relevant to a DNA order but not to the sentence are in such cases unlikely to have been canvassed at the time. Information that is relevant on an application under s. 487.055(3.1) would thus be absent from the record placed before the judge who must decide it.

93 Charron J. points out that under s. 487.07 of the *Criminal Code*, the person taking the sample has the duty to inform the subject of the “contents of the authorizing document and the purpose of taking the samples” (para. 52). In her view, this ensures that the offender will be apprised of the basis for the order, and if he or she feels that basis is insufficient, that error is reviewable on *certiorari*.

94 *Certiorari*, as mentioned earlier, is a costly and cumbersome *ex post facto* procedure available on

et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l’infraction et les circonstances de sa perpétration » (par. 487.055(3.1)).

L’audition *ex parte* rend l’examen de ces critères plus difficile et souvent impossible, et lorsqu’elle n’est pas justifiée, elle rend illusoire l’exigence légale de prendre en compte l’intérêt du contrevenant.

Le contrevenant visé par la demande d’autorisation peut fort bien être en possession de renseignements connus de lui seul et qui importent pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire prescrit au par. 487.055(3.1). De plus, la *Loi sur l’identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37, est entrée en vigueur après la déclaration de culpabilité des contrevenants visés à l’art. 487.055. Au moment où ils ont été reconnus coupables, ces contrevenants, contrairement aux autres fichés, n’avaient aucune raison de verser au dossier des renseignements susceptibles d’influencer la décision d’autoriser ou non un prélèvement destiné à la banque de données génétiques.

Le risque inhérent à tout refus d’entendre l’intéressé est encore plus grand lorsque ce dernier a été déclaré coupable sur plaidoyer de culpabilité, sans procès, car il est peu probable que les critères pertinents pour l’autorisation de prélèvement, mais non pour la détermination de la peine, aient alors fait l’objet d’un examen. Un renseignement pertinent suivant le par. 487.055(3.1) ne figurerait donc pas au dossier du juge appelé à statuer sur la demande.

La juge Charron signale que suivant l’art. 487.07 du *Code criminel*, la personne qui prélève les échantillons est tenue de communiquer à l’intéressé « la teneur [de l’autorisation] et le but du prélèvement » (par. 52), de sorte que, selon elle, le contrevenant est informé des motifs de l’autorisation et que, s’il les juge insuffisants, il peut obtenir la révision de l’ordonnance par voie de *certiorari*.

Je l’ai déjà signalé, la requête en *certiorari* est un recours *ex post facto* à la fois coûteux et

narrow jurisdictional grounds. An order wrongly made cannot be reversed on a demonstration of error alone. In my respectful view, recourse to proceedings in *certiorari* is of no comfort at all to persons who, but for their exclusion from the hearing, would have prevented that error from occurring — and would not have suffered the consequences, without reason or justification.

III

Summary and Conclusion

The DNA data bank constitutes a substantial and novel invasion of privacy. A “hit” between a sample in the data bank and one in the DNA crime index will often qualify as a sufficient basis for obtaining a DNA search warrant for the offender. While traditional investigative techniques are still required, the DNA data bank facilitates the process, pointing to specific offenders who remain in the data bank for life. These considerations underline the importance of providing notice and affording those whose privacy interests are at stake an opportunity to participate in the hearing except where competing interests otherwise require.

In the present matter, we have been shown no cause or justification for proceeding *ex parte*, while the reasons for giving notice are both compelling and self-evident. The judge retains discretion, in any event, to order an *ex parte* hearing when there is a reasonable basis for doing so in the particular circumstances of the case.

For all of these reasons, as stated at the outset, I have concluded that s. 487.055 of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

In its admirably succinct treatment of the remaining issue — whether the impugned statutory provision is a “reasonable limit” within the meaning of s. 1 of the *Charter* — the Crown simply “relies upon the considerations advanced in support of the conclusion that [s. 487.055] permitted only ‘reasonable’ searches and seizures”. Since those

lourd qui ne peut avoir pour fondement que certains motifs précis liés à la compétence. La simple preuve d’une erreur ne suffit pas pour faire infirmer une ordonnance. En toute déférence, le *certiorari* n’est d’aucun secours à celui qui, s’il n’avait pas été exclu sans raison de l’instance, aurait pu prévenir l’erreur et ne pas en subir les conséquences.

III

Résumé et conclusion

La banque de données génétiques constitue une atteinte nouvelle et substantielle à la vie privée. Une simple correspondance entre un profil qu’elle renferme et un autre figurant au fichier de criminalistique justifiera souvent l’obtention d’un mandat de perquisition ADN. Même s’il faut encore recourir aux techniques classiques, l’enquête est facilitée par le fait que la banque de données génétiques identifie certains contrevenants dont elle conserve indéfiniment les profils. Ces considérations font ressortir l’importance de donner à celui dont la vie privée est en jeu un préavis et la possibilité de se faire entendre, sauf si des intérêts opposés commandent le contraire.

En l’espèce, aucun motif d’entendre la demande *ex parte* n’a été établi, alors que les raisons de donner un préavis sont à la fois impérieuses et évidentes. Le juge peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire d’ordonner l’audition *ex parte* de la demande lorsque les circonstances le justifient.

Pour ces motifs, comme je l’ai dit au début des présents motifs, je conclus que l’art. 487.055 du *Code criminel* va à l’encontre de l’art. 8 de la *Charte*.

Dans sa plaidoirie remarquablement concise concernant la dernière question à trancher — la disposition contestée constitue-t-elle une « limite raisonnable » au sens de l’article premier de la *Charte* —, le ministère public se contente d’invoquer [TRADUCTION] « les arguments avancés pour conclure que [l’art. 487.055] ne permet que les

95

96

97

98

considerations fail to persuade me in respect of s. 8, they necessarily fail as well with regard to s. 1.

99

To the extent of its inconsistency with s. 8 of the *Charter*, s. 487.055 is therefore, in my respectful view, of no force or effect.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed, BINNIE, DESCHAMPS and FISH JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Crown Law Office, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Lafontaine & Associates, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Office of the Attorney General, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of Attorney General, Vancouver.

fouilles, les perquisitions ou les saisies “non abusives” ». Ces arguments ne me convainquent pas du respect de l’art. 8, et ils ne le font certainement pas davantage quant au respect de l’article premier.

Je suis donc d’avis que l’art. 487.055 est inopérant dans la mesure où il est incompatible avec l’art. 8 de la *Charte*.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, les juges BINNIE, DESCHAMPS et FISH sont dissidents.

Procureur de l’appelante/intimée au pourvoi incident : Bureau des avocats de la Couronne, Toronto.

Procureurs de l’intimé/appelant au pourvoi incident : Lafontaine & Associates, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Edmonton.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Bureau du Procureur général, Fredericton.

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général, Vancouver.