

A-81-87

A-81-87

**Joseph John Kindler (Applicant-Appellant)**

v.

**M. John Crosbie, Minister of Justice, Attorney General of Canada (Respondent-Respondent)***INDEXED AS: KINDLER v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Hugessen JJ.—Montréal, November 10; Ottawa, December 20, 1988.

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Minister ordering surrender of convicted murderer to American authorities — Death penalty likely to be imposed and executed — Not seeking assurances under Article 6 of Extradition Treaty death penalty will not be carried out — Whether Charter, s. 12, guaranteeing right not to be subjected to cruel or unusual punishment, applies where alleged Charter violation would be committed outside Canada — Whether death penalty cruel and unusual punishment.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Minister ordering surrender of convicted murderer to American authorities — Death penalty likely to be imposed — Ministerial decision not violating Charter s. 7 guarantee of right not to be deprived of life, liberty and security except in accordance with principles of fundamental justice — Decision not fundamentally unjust as s. 7 expressly recognizing loss of right to life provided in accordance with principles of fundamental justice.*

*Extradition — Minister ordering surrender of convicted murderer to American authorities — Death penalty likely to be imposed and executed — Whether Minister required to seek assurances under Extradition Treaty, Article 6 re: non-imposition of death penalty in light of Charter, s. 12 — Whether s. 12 applies where alleged Charter violation to be committed outside Canada — Whether death penalty constituting cruel and unusual punishment.*

This was an appeal from the Trial Division's refusal of *certiorari* to quash the Minister's decision to surrender Kindler to the United States without seeking assurances that the death penalty would not be imposed and executed. Kindler was convicted of murder in Pennsylvania. The jury recommended the death sentence, but he escaped before sentence was imposed by the court and was later captured in Canada. Further to a request for his extradition and the completion of the "judicial" stages of procedure under the *Extradition Act*, the Minister ordered his surrender to the United States. If surrendered, Kindler would likely be sentenced to death and the sentence carried out. The issue was whether the Minister had a discretion not to seek the assurances provided for in Article 6 of the Extradition Treaty in light of the Charter, section 12 guarantee

**Joseph John Kindler (requérant-appelant)**

c.

**M. John Crosbie, ministre de la Justice, procureur général du Canada (intimé-intimé)***RÉPERTORIÉ: KINDLER c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (C.A.)*

b Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Hugessen—Montréal, 10 novembre; Ottawa, 20 décembre 1988.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Décision du ministre de livrer aux autorités américaines un individu déclaré coupable de meurtre — Probabilité que la peine de mort soit prononcée et appliquée — Défaut d'obtenir des garanties en conformité avec l'art. 6 du Traité d'extradition que la peine de mort ne sera pas appliquée — L'art. 12 de la Charte qui prévoit que chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités s'applique-t-il si la violation qui serait portée à la Charte était commise à l'extérieur du Canada? — La peine de mort est-elle une peine cruelle et inusitée?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Décision du ministre de livrer aux autorités américaines un individu déclaré coupable de meurtre — Probabilité que la peine de mort soit prononcée — La décision du ministre ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la Charte qui prévoit que chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale — La décision n'est pas fondamentalement injuste puisque l'art. 7 prévoit expressément qu'on peut porter atteinte au droit à la vie pourvu que les principes de justice fondamentale soient respectés.*

*Extradition — Décision du ministre de livrer aux autorités américaines un individu déclaré coupable de meurtre — Probabilité que la peine de mort soit prononcée et appliquée — Le ministre devait-il obtenir la garantie, prévue à l'art. 6 du Traité d'extradition, que la peine de mort ne serait pas appliquée compte tenu de l'art. 12 de la Charte? — L'art. 12 s'applique-t-il si la violation qui serait portée à la Charte était commise à l'extérieur du Canada? — La peine de mort constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée?*

Il s'agit d'un appel d'une décision de la Division de première instance qui a refusé d'accorder un bref de *certiorari* contre la décision du ministre de livrer Kindler aux autorités américaines sans tenter d'obtenir les garanties que la peine de mort ne serait pas prononcée ni appliquée. Kindler a été déclaré coupable de meurtre en Pennsylvanie. Le jury a prononcé la sentence de mort mais Kindler s'est échappé avant que la sentence soit imposée et a été arrêté au Canada. Le ministre a ordonné son extradition aux États-Unis après qu'une demande en ce sens eut été présentée et que les étapes «judiciaires» de la procédure prévue dans la *Loi sur l'extradition* eurent été complétées. S'il est extradé, Kindler risque d'être condamné à la peine de mort et la sentence risque d'être exécutée. Le ministre a-t-il le pouvoir discrétionnaire de ne pas tenter d'obtenir les garanties

of the right not to be subjected to cruel or unusual punishment. That issue breaks down into (1) whether section 12 applies where the alleged Charter violation would be committed outside Canada (2) whether the death penalty *per se* constitutes cruel and unusual punishment.

*Held* (Hugessen J. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per Pratte J.*: The Minister's decision affected the appellant's right to life, liberty and security of the person. Under Charter, section 7 the decision had to be made in accordance with the principles of fundamental justice, which are not limited to rules of procedure. A fundamentally unjust decision may also violate section 7. The ministerial decision was not fundamentally unjust because, although it could result in a loss of the right to life, section 7 expressly recognizes that a person may be deprived of the right to life in accordance with the principles of fundamental justice.

The decision did not violate section 12, which protects everyone's right not to be subjected to cruel and unusual punishment. The death penalty is not cruel and unusual punishment when Charter, section 7 expressly permits the deprivation of the right to life in accordance with the principles of fundamental justice. Finally, section 12 governs the actions of Canadian authorities, but not those of foreign countries.

*Per Marceau J.*: The death penalty is not inevitably cruel and unusual within Charter, section 12. Although "cruel and unusual" has been flexibly interpreted to reflect evolving standards of decency, the basic notion to which it refers has remained constant. A punishment may be cruel and unusual either because of (1) the unnecessary infliction of pain or (2) its disproportion to the gravity of the crime committed. Capital punishment does not involve any more unavoidable infliction of pain than it did twelve years ago, when it was abolished in Canada. The fact that a vote was taken in Parliament in 1987 on whether to reinstate the death penalty supports the view that society's standards of decency have not evolved to the point where capital punishment would now appear disproportionate to the gravity of the crime.

The discretion given to the Minister under Article 6 would be transformed to a compulsory duty only if the death penalty *per se* was a cruel or unusual punishment. Three recent Supreme Court of Canada decisions dealing with the application of the Charter in extradition matters lead to the conclusion that Canadian authorities ought to be concerned with how a fugitive will be treated in his own country once surrendered. The punishment to which a fugitive is likely to be subjected if returned to his country may force the Minister to refuse to surrender him only if that punishment is inherently contrary to Charter, section 12. The courts have the right to review the executive decision to surrender but must exercise that right "with caution". For the Court to intervene, it is not enough that the situation facing the fugitive in his country would not be in full accordance with the prescriptions of the Charter. It is necessary that the situation "sufficiently shocks the conscience"

prévues à l'article 6 du Traité compte tenu de la garantie prévue à l'article 12 de la Charte selon laquelle chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités? Cette question se divise en deux: (1) l'article 12 s'applique-t-il lorsque la violation qui serait portée à la Charte serait commise à l'extérieur du Canada? (2) la peine de mort constitue-t-elle en soi une peine cruelle et inusitée?

*Arrêt* (le juge Hugessen dissident): l'appel devrait être rejeté.

Le juge Pratte: La décision du ministre a porté atteinte au droit de l'appelant à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Selon l'article 7 de la Charte, la décision devrait être prise en conformité avec les principes de justice fondamentale qui ne sont pas restreints à des règles de procédure. Une décision fondamentalement injuste peut également violer l'article 7. La décision du ministre n'était pas fondamentalement injuste parce que même si l'appelant pouvait être privé du droit à la vie, l'article 7 reconnaît expressément qu'il peut être porté atteinte au droit à la vie d'une personne en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La décision ne portait pas atteinte à l'article 12 qui reconnaît à chacun le droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées. La peine de mort n'est pas cruelle et inusitée parce que l'article 7 de la Charte reconnaît expressément qu'une personne peut être privée du droit à la vie en conformité avec les principes de justice fondamentale. Enfin, l'article 12 régit les actes des autorités canadiennes mais non ceux des pays étrangers.

Le juge Marceau: La peine capitale n'est pas forcément cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte. Bien que les termes «cruel et inusité» aient été interprétés d'une manière souple pour répondre aux normes changeantes de la décence, la notion de base à laquelle ils se rapportent est demeurée stable. Une peine peut être cruelle et inusitée (1) soit parce qu'elle inflige une douleur inutile (2) soit parce qu'elle est disproportionnée en regard de la gravité du crime commis. La peine capitale ne comporte pas une douleur inévitable plus importante aujourd'hui qu'il y a douze ans lorsqu'elle a été abolie au Canada. Le fait qu'il y ait eu un vote au Parlement en 1987 sur le rétablissement de la peine de mort indique que les normes de la société n'ont pas changé au point où la peine capitale pourrait maintenant sembler disproportionnée à la gravité du crime.

Le pouvoir discrétionnaire que l'article 6 du Traité confère au ministre pourrait être transformé en un devoir obligatoire seulement si la peine de mort était *per se* une peine cruelle et inusitée. Compte tenu des trois arrêts récents de la Cour suprême du Canada sur l'application de la Charte en matière d'extradition, les autorités canadiennes devraient se préoccuper de la façon dont le fugitif sera traité dans son pays une fois extradé. La façon dont un fugitif risque d'être traité s'il est extradé ne peut obliger le ministre à refuser de l'extrader que si la peine est en soi contraire à l'article 12 de la Charte. Les tribunaux ont le droit de réviser la décision de l'exécutif d'extrader mais ils doivent exercer ce droit «avec prudence». Pour qu'un tribunal intervienne, il ne suffit pas que la situation qui attend le fugitif dans son pays ne soit pas entièrement conforme aux prescriptions de la Charte. Il est nécessaire que la

and is "simply unacceptable" regardless of the Canadian context.

*Per Hugessen J. (dissenting):* Charter, section 12 can create a justiciable issue where the alleged Charter violation would be committed by a foreign government. Extradition is the classic point of interface between domestic, individual rights and foreign, public rights. It involves the application of Canadian law by Canadian courts and governments, which cannot ignore the fate of the fugitive once surrendered. A foreign punishment or treatment which falls within the proscription of section 12 by being cruel and unusual creates a situation which is "simply unacceptable" to Canadians.

Applying the criteria set out in *R. v. Smith* for testing for violation of Charter, section 12: (1) the only penal purpose served by capital punishment is the incapacitation of the executed offender; (2) it is not founded on a recognized sentencing principle; and (3) since there is a valid, workable and acceptable alternative, it is grossly disproportionate. Capital punishment is therefore cruel and unusual within the meaning of Charter, section 12. It would be unacceptable under our Constitution for the Minister to surrender the appellant to suffer the death penalty. The Minister had no choice but to seek the assurances under Article 6 of the Treaty.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Bill of Rights*, 1688 (U.K.), Will & Mary, c. 2.  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 2(b).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 7, 12, 32.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.  
*Criminal Law Amendment Act, 1972*, S.C. 1972, c. 13.  
*Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21.  
*Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Dec. 3, 1971, [1976] Can. T.S. No. 3, Article 6.  
*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52.  
*U.S. Constitution*, Amend. VIII.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564.

##### CONSIDERED:

- Miller et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680 affg. (*sub nom. R. v. Miller and Cockriell*) (1975), 63 D.L.R. (3d) 193 (B.C.C.A.); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153

situation «choque suffisamment la conscience» et soit «simplement inacceptable» sans égard au contexte canadien.

Le juge Hugessen (*dissent*): L'article 12 de la Charte peut soulever une question qui peut être soumise à l'attention des tribunaux lorsque la violation qui serait portée à la Charte serait commise par un gouvernement étranger. L'extradition est le point de rencontre traditionnel entre les droits privés de l'individu et les droits publics d'un état étranger. Elle comporte l'application du droit canadien par les tribunaux et gouvernements canadiens qui ne peuvent fermer les yeux sur les conséquences de l'extradition d'un fugitif. Un traitement ou une peine infligés par un État étranger et qui porteraient atteinte à l'article 12 parce que cruels et inusités créeraient une situation qui serait «simplement inacceptable» aux yeux des Canadiens.

L'application du critère formulé dans l'arrêt *R. c. Smith* pour déterminer s'il y a violation de l'article 12 de la Charte donne le résultat suivant: (1) le seul but pénal valide que la peine capitale peut prétendre servir est de rendre le contrevenant exécuté incapable de répéter son crime; (2) la peine capitale ne relève d'aucun principe reconnu dans la détermination de la sentence; et (3) puisqu'il existe une autre mesure valide, réalisable et acceptable elle est exagérément disproportionnée. La peine capitale est donc cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte. Permettre au ministre d'extrader l'appelant pour qu'il soit condamné à la peine capitale serait inacceptable en vertu de notre constitution. Le ministre n'avait pas d'autre choix que celui de tenter d'obtenir les garanties prévues à l'article 6 du Traité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Bill of Rights*, 1688 (R.-U.), Will & Mary, chap. 2.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 7, 12, 32.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 2b).  
*Loi de 1972 modifiant le Code criminel*, S.C. 1972, chap. 13.  
*Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21.  
*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52.  
*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, 3 déc. 1971, [1976] R.T. Can. N° 3, art. 6.  
*U.S. Constitution*, Amend. VIII.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Miller et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680 confirmant (*sub nom. R. v. Miller and Cockriell*) (1975), 63 D.L.R. (3d) 193 (C.A.C.-B.); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S.

(1976); *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611.

## COUNSEL:

*Julius H. Grey* and *Stella Bush* for applicant-appellant. *Douglas Rutherford, Q.C.* and *Suzanne Marcoux-Paquette, Q.C.* for respondent-respondent.

## SOLICITORS:

*Grey, Casgrain, Biron*, Montréal, for applicant-appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent-respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

PRATTE J.: I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my brother Hugessen J. With respect for his views, I am unable to agree with his conclusion.

It is common ground that the decision of the Minister of Justice under the *Extradition Act* [R.S.C. 1970, c. E-21] to surrender a fugitive must conform to the requirements of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. If there ever was any uncertainty on this point, it was dispelled by the three recent decisions of the Supreme Court of Canada in *Canada v. Schmidt*<sup>1</sup>, in *Argentina v. Mellino*<sup>2</sup> and in *United States v. Allard*.<sup>3</sup> It may be useful to have in mind certain passages of the reasons for judgment of La Forest J. in these cases.

In *Schmidt*, he had this to say on the subject (at pages 520 and following):

As will be evident from what I have already said, I am far from thinking that the *Charter* has no application to extradition. The surrender of a person to a foreign country may

153 (1976); *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611.

## AVOCATS:

*Julius H. Grey* et *Stella Bush* pour le requérant-appellant.  
*Douglas Rutherford, c.r.* et *Suzanne Marcoux-Paquette, c.r.* pour l'intimé-intimé.

## PROCUREURS:

*Grey, Casgrain, Biron*, Montréal, pour le requérant-appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé-intimé.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE PRATTE: J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Hugessen. Avec égards quant à son opinion, je suis incapable de partager sa conclusion.

Il est reconnu que la décision du ministre de la Justice d'extrader un fugitif en application de la *Loi sur l'extradition* [S.R.C. 1970, chap. E-21] doit être conforme aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. La Cour suprême du Canada a dissipé tout doute qui pouvait exister à cet égard dans trois arrêts rendus récemment, *Canada c. Schmidt*<sup>1</sup>, *Argentine c. Mellino*<sup>2</sup> et *États-Unis c. Allard*<sup>3</sup>. Il pourrait être utile d'avoir à l'esprit certains passages de l'opinion du juge La Forest dans ces arrêts.

Voici ce qu'il a dit à ce sujet dans l'arrêt *Schmidt* (aux pages 520 et suivantes):

Il ressort nettement de ce que j'ai déjà dit que je suis loin de croire à l'inapplicabilité de la *Charte* en matière d'extradition. La livraison d'une personne à un pays étranger peut évidem-

<sup>1</sup> [1987] 1 S.C.R. 500.

<sup>2</sup> [1987] 1 S.C.R. 536.

<sup>3</sup> [1987] 1 S.C.R. 564.

<sup>1</sup> [1987] 1 R.C.S. 500.

<sup>2</sup> [1987] 1 R.C.S. 536.

<sup>3</sup> [1987] 1 R.C.S. 564.

obviously affect a number of *Charter* rights. In *Rauca*, *supra*, for example, the Ontario Court of Appeal recognized that extradition intruded on a citizen's right under s. 6 to remain in Canada, although it also found that the beneficial aspects of the procedure in preventing malefactors from evading justice, a procedure widely adopted all over the world, were sufficient to sustain it as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Section 6 was not raised in this case, though Schmidt is a Canadian citizen, no doubt because her counsel believed, as I do, that it was properly disposed of in the *Rauca* case. However, it does not follow from the fact that the procedure is generally justifiable that the manner in which the procedures are conducted in Canada and the conditions under which a fugitive is surrendered can never invite *Charter* scrutiny. The pre-eminence of the Constitution must be recognized; the treaty, the extradition hearing in this country and the exercise of the executive discretion to surrender a fugitive must all conform to the requirements of the *Charter*, including the principles of fundamental justice.

I should at the outset say that the surrender of a fugitive to a foreign country is subject to *Charter* scrutiny notwithstanding that such surrender primarily involves the exercise of executive discretion. In *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, Dickson J. (now C.J.) made it clear that "the executive branch of the Canadian government is duty bound to act in accordance with the dictates of the *Charter*" (p. 455) and that even "disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the courts" (p. 459); see also Wilson J. at p. 464.

I have no doubt either that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. To make the point, I need only refer to a case that arose before the European Commission on Human Rights, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, where it was established that prosecution in the requesting country might involve the infliction of torture. Situations falling far short of this may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7. . . .

I hasten to add, however, that I see nothing unjust in surrendering to a foreign country a person accused of having committed a crime there for trial in the ordinary way in accordance with the system for the administration of justice prevailing in that country simply because that system is substantially different from ours with different checks and balances. The judicial process in a foreign country must not be subjected to finicky evaluations against the rules governing the legal process in this country. A judicial system is not, for example, fundamentally unjust—indeed it may in its practical workings be as just as ours—because it functions on the basis of an investigatory system without a presumption of innocence or,

ment mettre en jeu plusieurs droits garantis par la *Charte*. Dans l'arrêt *Rauca*, précité, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que l'extradition empêche sur le droit de demeurer au Canada reconnu à chaque citoyen par l'art. 6, quoiqu'elle ait également conclu que les avantages de la procédure qui empêche les malfaiteurs de se soustraire à la justice et qui est d'ailleurs largement adoptée dans le monde, suffisent pour justifier l'extradition en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Bien que Schmidt soit citoyenne canadienne, l'art. 6 n'a pas été invoqué en l'espèce, sans doute parce que son avocat a cru, comme moi, que ce point a été tranché à bon droit dans l'affaire *Rauca*. Il ne résulte cependant pas du fait que l'extradition est généralement justifiable que la manière dont les procédures se déroulent au Canada et les conditions dans lesquelles s'effectue la livraison d'un fugitif ne peuvent jamais faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*. On doit reconnaître la prééminence de la Constitution; le traité, l'audience d'extradition au Canada et l'exercice par l'exécutif de son pouvoir discrétionnaire d'extraire un fugitif doivent tous se conformer aux exigences de la *Charte*, y compris aux principes de justice fondamentale.

Je souligne dès le départ que la livraison d'un fugitif à un pays étranger peut faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*, bien que cette livraison relève principalement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif. Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a affirmé catégoriquement que «l'exécutif du gouvernement canadien [a] l'obligation d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*» (p. 455) et que «les tribunaux [sont] fondés à connaître de différends [même] d'une nature politique ou mettant en cause la politique étrangère» (p. 459); voir aussi les propos du juge Wilson, à la p. 464.

Je ne doute pas non plus que dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. À ce propos, il suffit de se référer à une affaire portée devant la Commission européenne des droits de l'homme, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, dans laquelle il a été établi que des poursuites dans le pays requérant pourraient comprendre le recours à la torture. Il est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu'une décision de livrer un fugitif afin qu'il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l'article 7. . . .

Je m'empresse cependant d'ajouter que, selon moi, il n'est pas injuste de livrer à un pays étranger une personne accusée d'y avoir commis un crime pour qu'elle y soit jugée en conformité de son système judiciaire simplement parce que ce dernier diffère sensiblement du nôtre et comporte des mécanismes différents. Le processus judiciaire d'un pays étranger ne doit pas être soumis à des évaluations minutieuses en fonction des règles applicables aux voies judiciaires canadiennes. Un système judiciaire n'est pas, par exemple, foncièrement injuste, en fait, sur le plan pratique, il peut être aussi juste que le nôtre, parce qu'il repose sur un mode d'enquête auquel la présomption d'innocence est étrangère ou, d'une manière générale, parce que

generally, because its procedural or evidentiary safeguards have none of the rigours of our system.

What has to be determined is whether or not, in the particular circumstances of the case, surrender of a fugitive for a trial offends against the basic demands of justice.

In *Mellino*, Mr. Justice La Forest expressed himself in the following terms (at pages 557-558):

Not only are the actions of Canadian officials in relation to extradition proceedings subject to review under the *Charter*, so too as I noted in *Schmidt*, *supra*, is the executive's exercise of discretion in surrendering a fugitive. However, this jurisdiction, as I there observed, must be exercised with the utmost circumspection consistent with the executive's pre-eminent position in matters of external relations. The courts may intervene if the decision to surrender a fugitive for trial in a foreign country would in the particular circumstances violate the principles of fundamental justice. But, as already noted, it does not violate such principles to surrender a person to be tried for a crime he is alleged to have committed in a foreign country in the absence of exceptional circumstances.

Finally, in *Allard*, La Forest J. wrote (at page 572):

As I explained in the cases of *Schmidt* and *Mellino*, *supra*, the mere fact of surrendering, by virtue of a treaty, a person accused of having committed a crime in another country for trial in accordance with the ordinary procedures prevailing in that country, does not in itself amount to an infringement of fundamental justice, certainly when it has been established before a Canadian court that the acts charged would constitute a crime in Canada if it had taken place here. To arrive at the conclusion that the surrender of the respondents would violate the principles of fundamental justice, it would be necessary to establish that the respondents would face a situation that is simply unacceptable.

The decision made by the respondent Minister to surrender the appellant certainly affected the appellant's right to life, liberty and security of the person. It follows that, under section 7 of the *Charter*, that decision had to be made "in accordance with the principles of fundamental justice."

Counsel for the appellant's first argument was that the judge of first instance [[1987] 2 F.C.145 (T.D.)] erred in dismissing his contention that the respondent Minister, in arriving at his decision to surrender the appellant, followed a procedure that did not comply with the requirements of fairness and fundamental justice. As indicated by Hugessen J., counsel was told at the hearing that the Court saw no merit in that submission.

ses mesures protectrices en matière de procédure ou de preuve n'ont pas la même rigueur que celles de notre système.

La question à trancher est de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'extradition d'un fugitif en vue de son procès va à l'encontre des exigences fondamentales de la justice.

Le juge La Forest s'est exprimé de la façon suivante dans l'arrêt *Mellino* (aux pages 557 et 558):

Ce ne sont pas seulement les actes des fonctionnaires canadiens relativement aux procédures d'extradition qui font l'objet d'un contrôle en vertu de la *Charte* car, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Schmidt*, précité, l'exercice par l'exécutif du pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif en fait également l'objet. J'ai toutefois souligné dans le même arrêt que cette compétence doit s'exercer avec la plus grande circonspection de manière à respecter la position prééminente de l'exécutif en matière de relations extérieures. Les tribunaux peuvent intervenir si la décision d'extrader un fugitif en vue de son procès dans un pays étranger allait, dans les circonstances particulières, à l'encontre des principes de justice fondamentale. Mais, comme je l'ai déjà dit, ce n'est nullement une entorse à ces principes que de livrer une personne afin qu'elle soit jugée pour un crime qu'on lui reproche d'avoir commis dans un pays étranger en l'absence de circonstances exceptionnelles.

Enfin, dans l'arrêt *Allard*, le juge La Forest a écrit (à la page 572):

Comme je l'ai expliqué dans les arrêts *Schmidt* et *Mellino*, précités, le seul fait d'extrader, en vertu d'un traité, une personne accusée d'avoir commis un crime dans un autre pays pour qu'elle y soit jugée selon la procédure ordinaire applicable dans ce pays n'est pas, en soi, une atteinte à la justice fondamentale, en particulier quand on a établi devant un tribunal canadien que les faits en cause constitueraient un crime au Canada s'ils avaient eu lieu ici. Pour en arriver à la conclusion que l'extradition des intimés porterait atteinte aux principes de justice fondamentale, il faudrait démontrer que les intimés feraient face à une situation qui est simplement inacceptable.

La décision prise par le ministre intimé d'extrader l'appelant a certainement porté atteinte au droit de l'appelant à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Il s'ensuit qu'en application de l'article 7 de la *Charte* cette décision ne devait être prise «qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale».

Selon le premier argument de l'avocat de l'appelant, le juge de première instance [[1987] 2 C.F. 145 (1<sup>re</sup> inst.)] a commis une erreur en rejetant sa prétention que le ministre intimé, en décidant d'extrader l'appelant, a suivi une procédure qui n'était pas conforme aux exigences de l'équité et de la justice fondamentale. Comme l'indique le juge Hugessen, l'avocat s'est fait dire à l'audience que la Cour trouvait son argument mal fondé.

However, as everyone knows since the decision of the Supreme Court of Canada in *Re B.C. Motor Vehicle Act*,<sup>4</sup> the principles of fundamental justice to which section 7 of the Charter refers are not limited to rules of procedure. A decision which complies with all rules of procedure may, therefore, violate section 7 if it is otherwise a decision that is fundamentally unjust. In this sense, as was said by Mr. Justice La Forest in the passages that I have quoted, a ministerial decision to surrender a fugitive to a country where he would be tortured could be said to be fundamentally unjust and violate section 7.

In this perspective, it is clear that the ministerial decision here in question cannot be said to be fundamentally unjust. The only fact that could be invoked in support of the contrary view is that, as a result of the respondent's decision, the appellant may be executed pursuant to the death sentence that will probably be pronounced against him. In other words, as a consequence of the respondent's decision, the appellant may be deprived of "the right to life". However, that result is not contrary to fundamental justice within the meaning of section 7 since that section expressly recognizes that a person may be deprived of the right to life in accordance with the principles of fundamental justice. Deprivation of the right to life, therefore, is not in itself contrary to fundamental justice.

Counsel for the appellant argued, however, that the respondent's decision violated section 12 of the Charter which protects everyone's right "not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment." The death penalty, said counsel, is a cruel and unusual punishment and, it follows, according to him, that the respondent's decision to surrender the appellant violates the appellant's right under section 12.

I do not agree with that submission.

First, I find it impossible to say that the death penalty is, in itself, a cruel and unusual punishment that is forbidden by section 12 of the Charter when section 7 of that same Charter expressly permits that a person be deprived of the right to life in accordance with the principles of fundamental justice.

<sup>4</sup> [1985] 2 S.C.R. 486.

Toutefois, comme tout le monde le sait depuis l'arrêt de la Cour suprême dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*<sup>4</sup>, les principes de justice fondamentale auxquels l'article 7 de la Charte renvoie ne sont pas restreints à des règles de procédure. Une décision conforme aux règles de procédure peut donc violer l'article 7 si elle est par ailleurs fondamentalement injuste. C'est en ce sens, comme le juge La Forest l'a affirmé dans les extraits que j'ai reproduits, que la décision d'un ministre d'extrader un fugitif dans un pays où il serait torturé pourrait être perçue comme fondamentalement injuste et violant l'article 7.

Dans ce contexte, il est clair qu'on ne peut qualifier de fondamentalement injuste la décision rendue par le ministre en l'espèce. Le seul fait qui pourrait être invoqué à l'appui du contraire est que par suite de la décision de l'intimé l'appelant pourrait être exécuté en application de la sentence de mort qui sera vraisemblablement prononcée contre lui. En d'autres termes, l'appelant pourra être privé du «droit à la vie» par suite de la décision de l'intimé. Cependant, ce résultat n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale au sens de l'article 7 puisque cet article reconnaît expressément qu'on peut porter atteinte au droit à la vie d'une personne en conformité avec les principes de justice fondamentale. Par conséquent, le fait d'être privé du droit à la vie n'est pas en soi contraire aux principes de justice fondamentale.

L'avocat de l'appelant a cependant soutenu que la décision de l'intimé portait atteinte à l'article 12 de la Charte qui reconnaît à chacun le droit «à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités». Selon l'avocat, la peine de mort est une peine cruelle et inusitée et, selon lui, il s'ensuit que la décision de l'intimé d'extrader l'appelant viole le droit que l'article 12 reconnaît à celui-ci.

Je ne partage pas cette prétention.

Premièrement, il m'est impossible d'affirmer que la peine capitale est en soi une peine cruelle et inusitée que l'article 12 de la Charte interdit alors que l'article 7 de cette même Charte reconnaît expressément qu'une personne peut être privée du droit à la vie en conformité avec les principes de justice fondamentale.

<sup>4</sup> [1985] 2 R.C.S. 486.

Second, section 12, like the other provisions of the Charter, limits the freedom of action of Canadian authorities but does not govern the actions of foreign countries. In deciding to surrender a fugitive to a foreign country for trial and punishment in accordance with its laws for an offence committed there, the Canadian Minister of Justice cannot be said, in my view, to subject the fugitive to any cruel and unusual punishment or treatment. And this even in the cases where the fugitive could, under the laws of the foreign country, be subjected to a cruel and unusual punishment for the crime he is suspected of having committed there. Indeed, in those cases, the objectionable punishment would be imposed by the foreign country rather than by Canadian authorities.

I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MARCEAU J.: In reasons for judgment that I have had the advantage of reading, my brother Hugessen J. comes to the conclusion that this appeal ought to be granted. His opinion is that the Trial Judge was wrong in refusing relief, by way of *certiorari* or otherwise, against the decision of the Minister of Justice to surrender the appellant Kindler to the United States authorities without seeking and obtaining assurances "that the death penalty shall not be imposed or, if imposed, shall not be executed", as provided for in Article 6 of the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America* [Dec. 3, 1971, [1976] Can. T.S. No. 3].<sup>5</sup> The Minister, in my colleague's view, has no discretion and no choice but to seek and obtain those assurances because, capital punishment being cruel and unusual within the mean-

<sup>5</sup> Which I reproduce again for convenience:

ARTICLE 6

When the offense for which extradition is requested is punishable by death under the laws of the requesting State and the laws of the requested State do not permit such punishment for that offense, extradition may be refused unless the requesting State provides such assurances as the requested State considers sufficient that the death penalty shall not be imposed, or, if imposed, shall not be executed.

Deuxièmement, l'article 12, comme d'autres articles de la Charte, restreint la marge de manœuvre des autorités canadiennes mais ne régit pas les actes des pays étrangers. En décidant d'extrader un fugitif dans un pays étranger pour qu'il y subisse son procès et y reçoive une peine en conformité avec les lois de ce pays à l'égard d'une infraction commise là-bas, on ne peut, à mon avis, affirmer que le ministre canadien de la Justice le soumet à un traitement ou à une peine cruelle et inusitée. Et ce, même dans les cas où le fugitif pourrait, en application des lois du pays étranger, subir une peine cruelle et inusitée au sujet d'un crime commis là-bas dont on le soupçonne être l'auteur. En effet, dans ces cas, la peine contestée serait imposée par un pays étranger plutôt que par les autorités canadiennes.

Je rejetterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par*

LE JUGE MARCEAU: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Hugessen qui arrive à la conclusion que cet appel devrait être accueilli. À son avis, le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'accorder un redressement, sous forme d'un bref de *certiorari* ou autre, contre la décision du ministre de la Justice de livrer l'appellant Kindler aux autorités américaines sans tenter d'obtenir ou sans obtenir la garantie «que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée» comme le prévoit l'article 6 du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* [3 déc. 1971, [1976] R.T. Can. N° 3].<sup>5</sup> À son avis, le ministre n'avait d'autre pouvoir discrétionnaire ni d'autre choix que celui de tenter d'obtenir et d'obtenir ces garanties, parce que extrader l'appe-

<sup>5</sup> Que je reproduis encore pour plus de commodité:

ARTICLE 6

Lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition est punissable de la peine de mort en vertu des lois de l'État requérant et que les lois de l'État requis n'autorisent pas cette peine pour une telle infraction, l'extradition peut être refusée à moins que l'État requérant ne garantisse à l'État requis, d'une manière jugée suffisante par ce dernier, que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée.



ing of section 12 of the Charter to surrender the appellant without them would be simply unacceptable under our Constitution. My conclusion is different, and I must, with respect, express my disagreement with the views of my colleague. The subject here involved is so difficult and controversial and has given rise to so much debate that many pages could be written in support of any position one may wish to justify with respect thereof. I think however that to explain my attitude today, I need not do much more than refer quickly to the main elements of the debate as I set forth two propositions on which I totally rely.

1. The first proposition is that it cannot be said that capital punishment, however imposed and for whatever crime, is inevitably cruel and unusual within the meaning of section 12 of the Charter.

In 1976, in upholding a majority decision of the British Columbia Court of Appeal, the Supreme Court in *Miller et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, found that the death penalty provisions, which had been in the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] until shortly before then, did not constitute cruel and unusual punishment contrary to paragraph 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III]. The same year, the United States Supreme Court, in *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), reiterated its previous position that the death penalty *per se* did not constitute cruel and unusual punishment contrary to the Eighth Amendment to the American Constitution. Some years have elapsed since, and, in Canada, the Charter, with its section 12, has become part of the Constitution of the land, but still I fail to see on what basis a different conclusion could be arrived at today in either country.

I am not forgetting, of course, that in both countries the words "cruel and unusual" have not been attributed a literal and frozen meaning. They have been interpreted in a flexible and dynamic manner to accord with evolving standards of decency. But at no time was it suggested that the basic notion to which the phrase refers was not constant: a punishment may be cruel and unusual,

lant en l'absence de celles-ci serait simplement inacceptable en vertu de notre Constitution, la peine capitale étant cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte. J'arrive à une conclusion différente et je dois, avec égards, exprimer mon désaccord quant à l'opinion de mon collègue. Le sujet dont il est question ici est tellement difficile et controversé et a suscité tellement de discussions qu'il serait possible d'écrire plusieurs pages à l'appui de la position que l'on voudrait soutenir à cet égard. Je pense toutefois que, pour expliquer mon opinion aujourd'hui, il me suffira de me référer brièvement aux principaux éléments du débat en énonçant deux propositions sur lesquelles je m'appuie entièrement.

1. La première proposition est qu'on ne peut affirmer que la peine capitale, peu importe la façon dont elle est imposée et pour quel crime, est forcément cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte.

En 1976, en confirmant une décision rendue à la majorité par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la Cour suprême dans l'arrêt *Miller et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, a conclu que les dispositions sur la peine de mort qui se trouvaient encore dans le *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34] peu de temps auparavant ne constituaient pas une peine cruelle et inusitée qui allait à l'encontre de l'alinéa 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III]. La même année, la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), a réitéré sa position antérieure que la peine de mort n'était pas en soi une peine cruelle et inusitée qui allait à l'encontre du Huitième amendement de la Constitution américaine. Quelques années se sont écoulées depuis et, au Canada, la Charte avec son article 12 est devenue une partie de la constitution du pays, mais je ne peux voir pour quelle raison on pourrait arriver à une conclusion différente dans l'un ou l'autre des pays.

Je n'oublie évidemment pas que dans les deux pays les termes «cruel et inusité» n'ont pas reçu un sens littéral et figé. Ils ont été interprétés d'une manière souple et active pour répondre aux normes changeantes de la décence. Mais en aucun temps a-t-on laissé entendre que la notion de base à laquelle se rapporte l'expression n'était pas stable: une peine peut être cruelle et inusité soit parce que

either because the unnecessary infliction of pain or degradation it involves makes it inherently and absolutely so, or else because its disproportion to the gravity of the crime committed makes it become so. Capital punishment is not more inherently cruel and unusual today than it was twelve years ago: there is no more unavoidable infliction of pain involved. And I do not think that society's standards of decency have evolved in the interim to the point where capital punishment would now appear disproportionate to the gravity of any crime, however revolting and outrageous.

I am not forgetting either that, on June 29, 1987, at the end of a long and heated debate, Parliament, by a majority of its members (148 to 127), refused to give in to pressure to reinstate the death penalty, abolished since 1976. I did not take the vote of this majority, however, as an indication that capital punishment was now seen as an outrage to the public conscience or as a degradation to human dignity. The simple fact that the vote was taken attests to the contrary (one would not imagine a vote on a motion to reinstate torture). I understood the reaction of the majority as coming from a profound conviction that the death penalty was beyond what was necessary to achieve the goals that punishment for criminal behaviour was meant to achieve in Canada, considering particularly that possible adequate alternatives existed; I understood it as coming also from a profound feeling that the beliefs and values shared by the majority of us require that we control our natural instinct for retribution and look for less irreversible means to protect society from dangerous criminals. There is quite a gap, it seems to me, between such a rationalization, based on moral values and beliefs as well as on a highly educated evaluation of the particular needs and means of our collectivity, and an acknowledgement, to be given constitutional entrenchment, that any criminal, whatever his crime, has a fundamental right not to suffer the death penalty.

It must not be forgotten that I am strictly concerned here with the death penalty *per se*. Obviously, the manner in which it is imposed, the

la douleur inutile ou la dégradation qu'elle comporte la rend ainsi de façon inhérente et absolue soit parce que son caractère disproportionné en regard de la gravité du crime commis la rend ainsi. La peine capitale n'est pas en soi plus cruelle et inusitée aujourd'hui qu'elle ne l'était il y a douze ans: il n'y a pas plus imposition d'une douleur inévitable. Et je ne crois pas que les normes de la société quant à la décence aient changé dans l'intervalle au point où la peine capitale semblerait maintenant disproportionnée en regard de la gravité de n'importe quel crime, aussi révoltant et scandaleux soit-il.

Je n'oublie pas non plus que le 29 juin 1987, à la suite d'un long débat controversé, le Parlement, à la majorité de ses membres (148 à 127), a refusé de donner suite aux pressions en faveur du rétablissement de la peine de mort abolie depuis 1976. Je n'ai cependant pas interprété le vote de cette majorité comme une indication que la peine capitale était maintenant perçue comme un outrage à la conscience publique ou une dégradation à la dignité humaine. Le simple fait qu'il y ait eu vote prouve le contraire (personne n'oserait imaginer la tenue d'un vote sur une requête présentée en vue de rétablir la torture). J'ai interprété la réaction de la majorité comme provenant d'une conviction profonde que la peine de mort allait au-delà de ce qui était nécessaire pour parvenir aux objectifs auxquels la sanction qui est imposée en cas de comportement criminel était censée parvenir au Canada, surtout si l'on considère les autres moyens appropriés qui existent; je l'ai interprétée comme provenant aussi d'un sentiment profond que les croyances et valeurs que la majorité d'entre nous partageons exigent que nous contrôlions notre instinct naturel en faveur du châtement et cherchions des moyens moins irréversibles pour protéger la société de criminels dangereux. Il y a tout un fossé, il me semble, entre cette rationalisation, fondée sur des croyances et des valeurs morales ainsi que sur une évaluation très poussée des besoins et des moyens de notre collectivité, et une reconnaissance que l'on doit enchâsser dans la Constitution que tout criminel, sans égard à son crime, a un droit fondamental de ne pas subir la peine de mort.

N'oublions pas que, en l'espèce, je m'intéresse strictement à la peine de mort *per se*. De toute évidence, la manière dont elle est imposée, les

means by which it is to be executed or its disproportion to the gravity of the crime involved may render a sentence of death, in particular instances, contrary to our notion of decency and therefore in direct conflict with the prescriptions of the Charter. But this observation only brings forward my second proposition.

2. This second proposition is that the discretion the Minister is given by Article 6 of the Treaty could be transformed into a compulsory duty, so as to make the seeking and obtaining of the assurances provided for therein a condition of surrendering, only if the death penalty was *per se* a cruel and unusual punishment within the meaning of the Charter.

I rely for that proportion on the teachings of the Supreme Court in its three recent decisions dealing with the application of the Charter in extradition matters: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; and *United States v. Allard*, [1987] 1 S.C.R. 564. The problem, of course, comes from the fact that extradition touches upon foreign law and the Charter is not meant to have any extraterritorial direct effect: the Charter does not govern the actions of a foreign country and its principles are not meant to guide a government other than the Government of Canada.

The basic pronouncement made by the Court in those decisions is that the Charter, as the fundamental law of the land, governs extradition proceedings in the same necessary way as any other proceedings taking place in Canada. All the protections of the Charter have to be extended to whoever is subjected to those proceedings, whether or not the fugitive apprehended would be similarly protected in proceedings taking place in his own country.

This basic pronouncement, however, leaves unanswered the question of whether the manner in which the foreigner is likely to be treated in his own country, once surrendered, ought to be of concern to the Canadian authorities. This is, of course, the difficult and critical point and the only one which concerns us today. What I understood from the reasons of Mr. Justice La Forest for the majority, is this. Yes, the situation the fugitive

moyens de son application ou son caractère disproportionné en regard de la gravité du crime commis peuvent faire en sorte qu'une sentence de mort, dans des circonstances particulières, soit contraire à notre notion de la décence et donc en conflit direct avec les prescriptions de la Charte. Mais cette remarque ne fait que servir d'introduction à ma seconde proposition.

2. Selon cette seconde proposition, le pouvoir discrétionnaire que l'article 6 du Traité confère au ministre pourrait être transformé en un devoir obligatoire de façon à faire de la recherche et de l'obtention des garanties dont il est question une condition de l'extradition seulement si la peine de mort était *per se* une peine cruelle et inusitée au sens de la Charte.

J'invoque à l'appui de cette proposition les enseignements de la Cour suprême dans trois arrêts récents relatifs à l'application de la Charte en matière d'extradition: *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.S.C. 536; et *États-Unis c. Allard*, [1987] 1 R.C.S. 564. Évidemment, le problème provient du fait que l'extradition concerne le droit international et la Charte n'est pas censée avoir de portée extraterritoriale directe: la Charte ne dicte pas les actions d'un pays étranger et ses principes ne sont pas censés régir un gouvernement autre que le gouvernement canadien.

La principale décision rendue par la Cour dans ces arrêts est que la Charte, à titre de loi fondamentale du pays, régit les procédures en extradition de la même façon que toute procédure se déroulant au Canada. Toutes les protections qu'offre la Charte doivent s'étendre à toute personne visée par ces procédures, que le fugitif arrêté bénéficie ou non de ces mêmes protections lorsque ces procédures se déroulent dans son pays.

Cette principale décision ne répond cependant pas à la question de savoir si la façon dont l'étranger, une fois extradé, risque d'être traité dans son pays doit préoccuper les autorités canadiennes. C'est là, évidemment, la question difficile et essentielle et la seule qui nous préoccupe aujourd'hui. Voici ce que je dégage des motifs du juge La Forest qui s'exprimait au nom de la majorité. Oui, la situation à laquelle le fugitif peut faire face dans

may face in his country ought to be of Canadian concern in extradition matters. Indeed, in some circumstances, this may render the surrender itself an infringement of fundamental justice. But we are, at that point, outside the judicial extradition proceedings *per se*. It is the executive act which is involved, that is to say the decision of the Government, here the Minister, to surrender in accordance with the conclusion of the extradition judge. "The courts undoubtedly have the right to review the decision by virtue of their responsibility to uphold the Constitution", writes La Forest J. in *United States v. Allard* (*supra*, at pages 572-573), "but this is a role that must be exercised with caution. Our international obligations are involved here and the executive obviously has the primary responsibility in this area."

So, the courts have the right to review the executive decision to surrender, but they must exercise that right "with caution". In *Argentina v. Mellino* (*supra*, at page 558), the learned justice has written "with the utmost circumspection consistent with the executive's pre-eminent position in matters of external relations". What do those expressions mean? After a careful reading of the three sets of reasons, I think they mean that, for the Court to intervene, it does not suffice that the situation facing the fugitive in his country would not be in full accordance with the prescriptions of the Charter as we have come to see them in this country. It would be necessary that the situation "sufficiently shocks the conscience" (in *Schmidt*, *supra*, at page 522), and be "simply unacceptable" (in *Allard*, *supra*, at page 572), regardless of the Canadian context.

Mr. Justice La Forest was dealing with cases where the fugitives were wanted for trial, so his concern was with respect to section 7 of the Charter and the principles of fundamental justice. His approach, however, was clearly aimed at reconciling the values enshrined in the Charter with the principle that sovereign nations have the right to order their affairs according to their own needs and values.

It will be seen that my second proposition is indeed in conformity with this approach. The punishment or treatment to which a fugitive is likely to be subjected, if returned to his country, may

son pays doit préoccuper le Canada en matière d'extradition. En effet, en certaines circonstances, cela peut faire de l'extradition elle-même une violation de justice fondamentale. Mais à cet égard, nous sommes à l'extérieur de la procédure judiciaire de l'extradition *per se*. C'est l'acte de l'exécutif qui est visé, c'est-à-dire la décision du gouvernement, en l'espèce le ministre, d'extrader en conformité avec la conclusion du juge d'extradition. Le juge La Forest écrit dans l'arrêt *États-Unis c. Allard* (précité) aux pages 572-573 que «Les tribunaux ont sûrement un rôle de révision en vertu de leur responsabilité de sauvegarder la Constitution, mais c'est un rôle qu'ils doivent exercer avec prudence. Nos obligations internationales sont en jeu et l'exécutif a évidemment la responsabilité première dans ce domaine.»

Les tribunaux ont donc le droit de réviser la décision de l'exécutif d'extrader mais ils doivent exercer ce droit «avec prudence». Dans l'arrêt *Argentine c. Mellino*, (précité, page 558), le savant juge a écrit «avec la plus grande circonspection de manière à respecter la position prééminente de l'exécutif en matière de relations extérieures.» Que signifient ces expressions? Après avoir lu attentivement les motifs des trois arrêts, je pense qu'elles signifient que pour qu'un tribunal intervienne, il ne suffit pas que la situation qui attend le fugitif dans son pays ne soit pas entièrement conforme aux prescriptions de la Charte comme nous les entendons dans ce pays. Il serait nécessaire que la situation «choque suffisamment la conscience» (dans l'arrêt *Schmidt*, précité, à la page 522) et soit «simplement inacceptable» (dans l'arrêt *Allard*, précité, à la page 572) sans égard au contexte canadien.

Le juge La Forest traitait de cas où les fugitifs étaient demandés pour subir leur procès, il était donc préoccupé par l'article 7 de la Charte et les principes de justice fondamentale. Toutefois, son interprétation visait certainement à concilier les valeurs enchâssées dans la Charte avec le principe que les États souverains ont le droit de gérer leurs affaires en fonction de leurs propres besoins et valeurs.

On aura constaté que ma seconde proposition est pleinement conforme à cette interprétation. La peine ou le traitement auquel un fugitif peut être soumis s'il retourne dans son pays peut forcer le

force the Minister to refuse to surrender him only if that punishment or treatment is one which is inherently and absolutely contrary to section 12 of the Charter, torture being the easiest example. Otherwise, since the influence of the Canadian context is directly involved or an assessment of the circumstances of the foreign country is required, it should remain a question of executive discretion with which the courts ought not to intervene.

It is on the basis of these two propositions that I think this Court is not entitled to interfere with the Minister's decision to surrender the appellant.

I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HUGESSEN J. (*dissenting*): Joseph John Kindler is a convicted murderer. He was found guilty, by a court of competent jurisdiction in the state of Pennsylvania, of a particularly gruesome crime involving the beating, kidnapping and ultimate drowning of a person who was shortly due to testify against him in a criminal case. The character of the crime may be gauged from the fact that, in a sentence hearing held in accordance with Pennsylvania law, the jury found that the aggravating circumstances outweighed the mitigating circumstances and unanimously returned a sentence of death. That sentence was not, however, imposed by the Pennsylvania court because Kindler escaped from custody before that could be done. He has now surfaced in Canada. The United States have requested his extradition and the so-called "judicial" stages of the procedure laid down by the *Extradition Act*<sup>6</sup> have been completed. The Minister has ordered his surrender to the United States.

This case has to do with the limitations imposed by the Charter upon the Minister's discretion to surrender a fugitive.

More particularly, this is an appeal from a decision of the Trial Division refusing relief by way of *certiorari* or otherwise against the decision of the Minister to surrender Kindler to the United States

ministre à refuser de l'extrader seulement si cette peine ou ce traitement est en soi ou de façon absolue contraire à l'article 12 de la Charte, l'exemple le plus facile étant la torture. Autrement, puisque l'influence du contexte canadien est mise en cause directement ou qu'un examen de la situation du pays étranger est nécessaire, la question devrait relever du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif dans lequel les tribunaux ne devraient pas s'immiscer.

C'est en m'appuyant sur ces deux propositions que je crois que cette Cour ne peut intervenir dans la décision du ministre d'extrader l'appelant.

Je rejeterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE HUGESSEN (*dissident*): Joseph John Kindler a été déclaré coupable de meurtre. Un tribunal de juridiction compétente de l'État de la Pennsylvanie l'a trouvé coupable d'un crime particulièrement révoltant au cours duquel il a battu, enlevé et finalement noyé une personne qui devait sous peu témoigner contre lui dans une poursuite criminelle. On peut évaluer la nature du crime à partir du fait qu'au cours d'une audition sur sentence tenue en conformité avec les lois de la Pennsylvanie le jury a conclu que les circonstances aggravantes supplantaient les circonstances atténuantes et a unanimement prononcé une sentence de mort. Kindler, qui était détenu, s'est cependant évadé avant que le tribunal de la Pennsylvanie n'impose la sentence. Il a maintenant refait surface au Canada. Les États-Unis ont demandé son extradition et les étapes dites «judiciaires» de la procédure établie dans la *Loi sur l'extradition*<sup>6</sup> ont été accomplies. Le ministre a ordonné son extradition aux États-Unis.

Cette affaire porte sur les restrictions que la Charte apporte au pouvoir discrétionnaire du ministre d'extrader un fugitif.

Plus particulièrement, il s'agit d'un appel d'une décision de la Division de première instance qui a refusé d'accorder un redressement, sous forme d'un bref de *certiorari* ou autre, contre la décision

<sup>6</sup> R.S.C. 1970, c. E-21.

<sup>6</sup> S.R.C. 1970, chap. E-21.

authorities without seeking the assurances provided for in Article 6 of the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*:

## ARTICLE 6

When the offense for which extradition is requested is punishable by death under the laws of the requesting State and the laws of the requested State do not permit such punishment for that offense, extradition may be refused unless the requesting State provides such assurances as the requested State considers sufficient that the death penalty shall not be imposed, or, if imposed, shall not be executed.

While counsel for the appellant raised a number of procedural grounds in attacking the Minister's decision, these were all frivolous.<sup>7</sup> They were thoroughly and adequately dealt with by the Trial Judge and we did not call upon respondent with regard to them.

One issue of substance does arise. The evidence is that Kindler, if surrendered, will be sentenced to death and that, absent the overturning of the verdict or the sentence by procedures on appeal or otherwise or the commutation of the sentence by executive clemency, the sentence will be carried out. The issue is whether the Minister is entitled to exercise a discretion not to seek the assurances provided for by Article 6 of the Treaty in the light of the guarantee, in section 12 of the Charter, of the right "not to be subjected to any cruel or unusual treatment or punishment".

That issue, in its turn, breaks down into two questions:

1. Whether section 12 of the Charter can have the effect of creating a justiciable issue where the

<sup>7</sup> Appellant's counsel was less than helpful and some of his conduct calls for comment on our part. To describe, as he did, the Minister's decision as having been made "after hearing one side of the story only" is more than harmless hyperbole: counsel had not only filed extensive written representations but had personally participated in an oral hearing before the Minister prior to the decision. By the same token, while counsel was free to submit, as he did, that the Minister erred in law in taking into account the appellant's failure to testify at his trial, he failed in his duty to advise the Court that such submission ran contrary to a substantial body of authority (e.g. *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277).

du ministre de livrer Kindler aux autorités américaines sans tenter d'obtenir les garanties prévues à l'article 6 du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*:

## ARTICLE 6

Lorsque l'infraction motivant la demande d'extradition est punissable de la peine de mort en vertu des lois de l'État requérant et que les lois de l'État requis n'autorisent pas cette peine pour une telle infraction, l'extradition peut être refusée à moins que l'État requérant ne garantisse à l'État requis, d'une manière jugée suffisante par ce dernier, que la peine de mort ne sera pas infligée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée.

Même si l'avocat de l'appelant a soulevé plusieurs moyens d'ordre procédural pour contester la décision du ministre, ces moyens ont tous été jugés futiles<sup>7</sup>. Le juge de première instance en a traité de façon appropriée et complète et nous n'avons pas demandé d'entendre l'intimé à cet égard.

Une question importante surgit cependant. La preuve révèle que si Kindler est extradé, il sera condamné à la peine de mort et que cette sentence sera exécutée à moins que le verdict ne soit renversé ou la sentence modifiée par des procédures d'appel ou autrement, ou que la sentence soit commuée par une prérogative de l'exécutif d'exercer sa clémence. La question est de savoir si le ministre a le pouvoir discrétionnaire de ne pas tenter d'obtenir les garanties prévues à l'article 6 du *Traité* compte tenu de la garantie prévue à l'article 12 de la Charte selon laquelle chacun a droit «à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités».

À son tour, cette question se divise en deux:

1. L'article 12 de la Charte a-t-il pour effet de soulever une question qui peut être soumise à

<sup>7</sup> L'avocat de l'appelant n'a été d'aucune assistance et certaines de ses façons de faire exigent certaines remarques de notre part. Décrire, comme il l'a fait, la décision du ministre comme ayant été rendue [TRADUCTION] «après avoir entendu une seule version de l'histoire» est plus qu'une exagération sans conséquence: l'avocat avait non seulement déposé de longs arguments mais il avait personnellement participé à une audience tenue devant le ministre avant que la décision soit rendue. De même, bien qu'il ait été loisible à l'avocat de prétendre, comme il l'a fait, que le ministre avait commis une erreur de droit parce qu'il avait tenu compte du fait que l'appelant n'a pas témoigné à son procès, il ne s'est pas conformé à son devoir d'aviser la Cour que cette prétention allait à l'encontre de nombreuses sources reconnues (par. ex. *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277).

alleged Charter violation would not be committed by one of the governments mentioned in section 32 but by a foreign government (the extraterritoriality issue); and

2. Whether the death penalty *per se* and without consideration of the process by which it is imposed constitutes cruel and unusual treatment or punishment (the cruel and unusual issue).

### 1. The Extraterritoriality Issue

It is a commonplace that the Charter has no extraterritorial application. Section 32, which makes it applicable to the legislatures and governments of Canada, the provinces and the territories, is in this respect limiting. Extradition is the classic point of interface between domestic, individual rights and foreign, public rights. In *Canada v. Schmidt*,<sup>8</sup> La Forest J., speaking for the majority, stated the general rule as to the line of demarcation between the two as follows [at page 518]:

There can be no doubt that the actions undertaken by the Government of Canada in extradition as in other matters are subject to scrutiny under the *Charter* (s. 32). Equally, though, there cannot be any doubt that the *Charter* does not govern the actions of a foreign country; see, for example, *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278. In particular the *Charter* cannot be given extraterritorial effect to govern how criminal proceedings in a foreign country are to be conducted.

That is not the end of the matter, however. Extradition, by its very nature, requires the surrender of a person in Canada to foreign authority and it involves the application of Canadian law (of which extradition treaties form an integral part) by Canadian courts and governments. The latter cannot simply turn a blind eye to what is going to happen once a fugitive is surrendered. La Forest J. put it thus [at page 522]:

I have no doubt either that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. To make the point, I need only refer to a case that arose before the European Commission on Human Rights, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, where it was established that prosecution in the requesting country might involve the infliction of torture. Situations falling far short of this may well arise where the nature of the

l'attention des tribunaux lorsque la violation qui serait portée à la Charte ne serait pas commise par l'un des gouvernements mentionnés à l'article 32 mais par un gouvernement étranger? (la question de la portée extraterritoriale);

a

2. La peine de mort constitue-t-elle en soi et sans tenir compte du processus par lequel elle est imposée un traitement ou une peine cruels et inusités (la question de la peine cruelle et inusitée)?

b

### 1. La question de la portée extraterritoriale

Il est reconnu que la Charte n'a pas de portée extraterritoriale. L'article 32 qui la rend applicable aux législatures et aux gouvernements du Canada, des provinces et des territoires est restrictif à cet égard. L'extradition est le point de rencontre traditionnel entre les droits privés de l'individu et les droits publics d'un état étranger. Dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*<sup>8</sup>, le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité a établi la règle générale quant à la ligne de démarcation entre les deux de la façon suivante [à la page 518]:

Il ne fait pas de doute que les actes entrepris par le gouvernement du Canada en matière d'extradition, comme dans d'autres domaines, sont assujettis au contrôle prévu par la Charte (art. 32). Il est cependant tout aussi certain que la Charte ne s'applique pas aux actes d'un pays étranger: voir, par exemple, l'arrêt *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278. En particulier, on ne saurait donner à la Charte un effet qui la rendrait applicable à la conduite de procédures criminelles dans un pays étranger.

c

Cela ne met cependant pas fin à l'affaire. De par sa nature même, l'extradition exige qu'on livre à une autorité étrangère une personne qui est au Canada et comporte l'application du droit canadien (dont les traités sur l'extradition font partie intégrante) par les tribunaux et gouvernements canadiens. Ces derniers ne peuvent fermer les yeux sur les conséquences de l'extradition d'un fugitif. Le juge La Forest s'exprime ainsi [à la page 522]:

Je ne doute pas non plus que dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. À ce propos, il suffit de se référer à une affaire portée devant la Commission européenne des droits de l'homme, *Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611, dans laquelle il a été établi que des poursuites dans le pays requérant pourraient comprendre le recours à la torture. Il est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la

d

e

<sup>8</sup> [1987] 1 S.C.R. 500.

<sup>8</sup> [1987] 1 R.C.S. 500.

criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7. I might say, however, that in most cases, at least, judicial intervention should await the exercise of executive discretion. For the decision to surrender is that of the executive authorities, not the courts, and it should not be lightly assumed that they will overlook their duty to obey constitutional norms by surrendering an individual to a foreign country under circumstances where doing so would be fundamentally unjust.

This same theme was taken up again by La Forest J. in two companion cases decided at the same time as *Schmidt: Argentina v. Mellino* [at pages 555-556]<sup>9</sup>

There may, it is true, conceivably be situations where it would be unjust to surrender a fugitive either because of the general condition of the governmental and judicial apparatus or, more likely, because some particular individual may be subjected to oppressive treatment. These are judgments, however, that are pre-eminently within the authority and competence of the executive to make. The courts may, as guardians of the Constitution, on occasion have a useful role to play in reviewing such decisions, but it is obviously an area in which courts must tread with caution.

and *United States v. Allard* [at pages 572-573]<sup>10</sup>

The only question that really arises, in this case, is whether the respondents will face a situation in the United States such that the mere fact of the Canadian government surrendering the respondents to the United States authorities for the purposes of trial in itself constitutes an infringement on fundamental justice. As I explained in the cases of *Schmidt* and *Mellino*, *supra*, the mere fact of surrendering, by virtue of a treaty, a person accused of having committed a crime in another country for trial in accordance with the ordinary procedures prevailing in that country, does not in itself amount to an infringement of fundamental justice, certainly when it has been established before a Canadian court that the acts charged would constitute a crime in Canada if it had taken place here. To arrive at the conclusion that the surrender of the respondents would violate the principles of fundamental justice, it would be necessary to establish that the respondents would face a situation that is simply unacceptable. Furthermore, it must be remembered that the discretion to make such a decision is primarily that of the executive. The courts undoubtedly have the right to review the decision by virtue of their responsibility to uphold the Constitution but this is a role that must be exercised with caution. Our international obligations are involved here and the executive obviously has the primary responsibility in this area.

It will be noted that in the passages quoted, La Forest J. was concentrating particularly upon the provisions of section 7 of the Charter requiring

nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu'une décision de livrer un fugitif afin qu'il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l'art. 7. Je dois dire toutefois que, dans la plupart des cas du moins, les tribunaux ne doivent intervenir qu'après l'exercice par l'exécutif de son pouvoir discrétionnaire, car il appartient au pouvoir exécutif et non pas aux tribunaux de décider de l'extradition et ceux-ci ne doivent pas supposer à la légère que l'exécutif manquera à son obligation de se conformer aux normes constitutionnelles en livrant un individu à un pays étranger dans des circonstances où il serait fondamentalement injuste de le faire.

Le juge La Forest reprend le même thème dans deux arrêts de même nature rendus en même temps que l'arrêt *Schmidt: Argentine c. Mellino* [à la page 556]<sup>9</sup>

Certes, on peut concevoir des situations où il serait injuste d'extrader un fugitif, soit en raison de l'état général de l'appareil gouvernemental et judiciaire soit, ce qui est plus probable, parce qu'un individu donné pourra être soumis à un traitement oppressif. Il s'agit toutefois là de jugements qui relèvent au premier chef du pouvoir et de la compétence de l'exécutif. Les tribunaux, en tant que gardiens de la Constitution, peuvent à l'occasion jouer un rôle utile en contrôlant de telles décisions, mais ils doivent évidemment faire preuve de la plus grande circonspection dans ce domaine.

et *États-Unis c. Allard* [aux pages 572 et 573]<sup>10</sup>

La seule question qui se pose vraiment en l'espèce est celle de savoir si les intimés se trouveront aux États-Unis dans une situation telle que le seul fait que le gouvernement canadien livre les intimés aux autorités américaines pour qu'ils y subissent leur procès constitue en soi une atteinte à la justice fondamentale. Comme je l'ai expliqué dans les arrêts *Schmidt* et *Mellino*, précités, le seul fait d'extrader, en vertu d'un traité, une personne accusée d'avoir commis un crime dans un autre pays pour qu'elle y soit jugée selon la procédure ordinaire applicable dans ce pays n'est pas, en soi, une atteinte à la justice fondamentale, en particulier quand on a établi devant un tribunal canadien que les faits en cause constitueraient un crime au Canada s'ils avaient eu lieu ici. Pour en arriver à la conclusion que l'extradition des intimés porterait atteinte aux principes de justice fondamentale, il faudrait démontrer que les intimés feraient face à une situation qui est simplement inacceptable. Il faut alors se souvenir qu'une telle décision discrétionnaire appartient d'abord à l'exécutif. Les tribunaux ont sûrement un rôle de révision en vertu de leur responsabilité de sauvegarder la Constitution, mais c'est un rôle qu'ils doivent exercer avec prudence. Nos obligations internationales sont en jeu et l'exécutif a évidemment la responsabilité première dans ce domaine.

Il convient de signaler que dans les extraits reproduits, le juge La Forest se penchait surtout sur les dispositions de l'article 7 de la Charte qui

<sup>9</sup> [1987] 1 S.C.R. 536.

<sup>10</sup> [1987] 1 S.C.R. 564.

<sup>9</sup> [1987] 1 R.C.S. 536.

<sup>10</sup> [1987] 1 R.C.S. 564.



compliance with the principles of fundamental justice. It appears to me beyond question, however, that his comments are *a fortiori* applicable where the issue is cruel and unusual treatment or punishment, contrary to section 12. La Forest J.'s reference to the *Altun* [*Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611] case makes this abundantly clear: it is quite simply unthinkable that any Canadian court or government could countenance the extradition of any criminal, no matter how heinous his crime, to suffer torture at the hands of a foreign state.

A foreign punishment or treatment which falls within the proscription of section 12 by being cruel and unusual creates a situation which is, in the words of the quoted passage from *Allard*, "simply unacceptable" to Canadians.

I have no difficulty in resolving this issue in favour of the appellant.

## 2. The Cruel and Unusual Issue

Capital punishment has been legally abolished in Canada since 1976.<sup>11</sup> Only recently Parliament has again had occasion to declare itself on the subject and the majority against reinstatement of the death penalty was substantial. *De facto* it has not existed in Canada since 1962. It is over a quarter of a century since we have hanged anyone.

While these facts do not of themselves tell us that the death penalty is cruel and unusual, they go a long way to show that the contemporary Canadian community considers it to be unacceptable.

The standards set by section 12, like those in other parts of the Charter, are not fixed in stone. The proscription dates from the English *Bill of Rights* of 1688 [(U.K.), *Will & Mary*, c. 2],<sup>12</sup> but it could not be seriously urged that the spectacles of eighteenth century Tyburn could today pass muster under the Charter.

<sup>11</sup> S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 5.

<sup>12</sup> Actually, 1689, by today's calendar.

exigent le respect des principes de justice fondamentale. À mon sens, il ne fait cependant aucun doute que ses remarques s'appliquent *a fortiori* lorsqu'il s'agit de traitements ou de peines cruels et inusités, contraires à l'article 12. Sa mention de l'affaire *Altun* [*Altun v. Germany* (1983), 5 E.H.R.R. 611] le confirme plus que clairement: il est tout simplement inconcevable qu'un tribunal ou un gouvernement canadien approuve l'extradition d'un criminel, aussi atroce soit son crime, qui sera torturé par un État étranger.

Tout traitement ou toute peine infligés par un État étranger, qui porteraient atteinte à l'article 12 parce que cruels et inusités créeraient une situation qui serait selon les termes de l'extrait de l'arrêt *Allard* «simplement inacceptable» aux yeux des Canadiens.

Je n'ai aucune difficulté à résoudre ce litige en faveur de l'appelant.

## 2. La question de la peine cruelle et inusitée

En 1976, la peine capitale a légalement été abolie au Canada<sup>11</sup>. Ce n'est que récemment que le Parlement a encore eu l'occasion de se prononcer sur le sujet et une majorité importante s'est opposée au rétablissement de la peine de mort. Dans les faits, elle n'existe plus au Canada depuis 1962. Plus d'un quart de siècle s'est écoulé depuis la dernière pendaison.

Bien que ces faits ne nous révèlent pas en eux-mêmes que la peine de mort est cruelle et inusitée, ils indiquent largement que la communauté canadienne d'aujourd'hui la juge inacceptable.

Les normes fixées par l'article 12, comme celles qui se trouvent ailleurs dans la Charte, ne sont pas coulées dans le béton. La proscription remonte au *Bill of Rights* de 1688 [(R.-U.), *Will & Mary*, chap. 2]<sup>12</sup> en Angleterre mais on ne pourrait prétendre sérieusement que les spectacles qui se déroulaient sur la place Tyburn au XVIII<sup>e</sup> siècle pourraient aujourd'hui être jugées valides en application de la Charte.

<sup>11</sup> S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 5.

<sup>12</sup> En réalité, 1689, selon le calendrier actuel.

And the pace of change in what we consider acceptable is rapid. In the same quarter century since our last hanging we have seen the introduction of universally accessible public legal aid in criminal cases. I have little doubt that we would today find that the conviction of an accused person who was unrepresented solely because he could not afford a lawyer was not in accord with the principles of fundamental justice.

In *R. v. Smith*,<sup>13</sup> the Supreme Court struck down the provision of section 5(2) of the *Narcotic Control Act*<sup>14</sup> imposing a seven-year minimum term for importation of narcotics as being contrary to section 12. While that case dealt with a type of punishment (imprisonment) which was qualitatively acceptable but quantitatively grossly disproportionate, Lamer J., with whom the majority of the judges sitting agreed on this point, made it plain that there were some categories of punishment which were under no circumstances acceptable [at pages 1073-1074]:

... some punishments or treatments will always be grossly disproportionate and will always outrage our standards of decency: for example, the infliction of corporal punishment, such as the lash, irrespective of the number of lashes imposed, or, to give examples of treatment, the lobotomisation of certain dangerous offenders or the castration of sexual offenders.

The examples chosen by Lamer J. are interesting and instructive. Corporal punishment was on our statute books almost as recently as the death penalty and was only abolished by the *Criminal Law Amendment Act, 1972*.<sup>15</sup> Like the death penalty, it had not been carried out for many years prior to its formal abolition.

The example of castration is also very enlightening. As a medical treatment for testicular cancer, it is carried out routinely in our hospitals. It is a lifesaving procedure, chosen voluntarily by patients in the hope, often realized, of avoiding a premature death. Yet as a compulsory State-imposed treatment or punishment it is rejected almost without discussion. That, as it seems to me,

Et le rythme du changement quant à ce que nous jugeons acceptable est rapide. Au cours du même quart de siècle depuis la dernière pendaison, nous avons assisté à la naissance d'un programme public d'aide juridique accessible universellement en matière criminelle. Je n'ai aucun doute que nous trouverions aujourd'hui contraire aux principes de justice fondamentale de condamner un accusé qui n'était pas représenté par avocat pour la seule raison qu'il n'en avait pas les moyens.

Dans l'arrêt *R. c. Smith*<sup>13</sup>, la Cour suprême a annulé le paragraphe 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*<sup>14</sup> qui imposait une peine minimale de sept ans dans le cas d'importation de stupéfiants parce que contraire à l'article 12. Même si cet arrêt portait sur un type de peine (l'incarcération) qui sur le plan qualitatif était acceptable mais qui sur le plan quantitatif était exagérément disproportionnée, le juge Lamer, avec qui la majorité des juges siégeant dans cette affaire s'est dite d'accord sur ce point, a clairement affirmé qu'il existait certains types de peines qui ne seraient acceptables en aucune circonstance [à la page 1074]:

... certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine: par exemple, l'imposition d'un châtiment corporel comme la peine du fouet, sans égard au nombre de coups de fouet imposé ou, à titre d'exemple de traitement, la lobotomie de certains criminels dangereux, ou la castration d'auteurs de crimes sexuels.

Les exemples choisis par le juge Lamer sont intéressants et instructifs. Le châtiment corporel a fait partie de nos recueils de lois presque aussi longtemps que la peine capitale et n'a été aboli que par la *Loi de 1972 modifiant le Code criminel*<sup>15</sup>. Comme dans le cas de la peine de mort, le châtiment corporel n'avait pas été appliqué depuis plusieurs années avant qu'il soit formellement aboli.

L'exemple de la castration est également très révélateur. C'est un traitement médical utilisé couramment par nos hôpitaux dans les cas de cancer des testicules. C'est une procédure qui sauve la vie et que les patients choisissent volontairement dans l'espoir, souvent concrétisé, de contrecarrer une mort prématurée. Cependant, à titre de traitement ou de peine que l'État imposerait obligatoirement,

<sup>13</sup> [1987] 1 S.C.R. 1045.

<sup>14</sup> R.S.C. 1970, c. N-1.

<sup>15</sup> S.C. 1972, c. 13.

<sup>13</sup> [1987] 1 R.C.S. 1045.

<sup>14</sup> S.R.C. 1970, chap. N-1.

<sup>15</sup> S.C. 1972, chap. 13.

tells us much about the view we have, and should have, of the death penalty.

Lamer J. went on in *Smith* to enunciate some of the criteria for testing for violation of section 12 [at page 1074]:

The numerous criteria proposed pursuant to s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* and the Eighth Amendment of the American Constitution are, in my opinion, useful as factors to determine whether a violation of s. 12 has occurred. Thus, to refer to tests listed by Professor Tarnopolsky, the determination of whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles, and whether there exist valid alternatives to the punishment imposed, are all guidelines which, without being determinative in themselves, help to assess whether the punishment is grossly disproportionate.

These criteria are remarkably similar to those proposed by McIntyre J.A., as he then was, dissenting in the British Columbia Court of Appeal in the case of *R. v. Miller and Cockriell*.<sup>16</sup> With respect, I find it impossible to improve on his treatment of the matter other than to say that the passage of the intervening thirteen and a half years has done nothing to weaken the force of his observations. The following passages are particularly opposite and I am proud to adopt them as my own [at pages 260-272]:

It would not be permissible to impose a punishment which has no value in the sense that it does not protect society by deterring criminal behaviour or serve some other social purpose. A punishment failing to have these attributes would surely be cruel and unusual. Capital punishment makes no pretence at reformation or rehabilitation and its only purposes must then be deterrent and retributive. While there can be no doubt of its effect on the person who suffers the punishment, to have a social purpose in the broader sense it would have to have a deterrent effect on people generally and thus tend to reduce the incidence of violent crime.

I am then of the opinion that capital punishment fails to acquire the justification of deterrent value. Death is the extreme penalty. It has always been considered the ultimate punishment. This consideration has led to the progressive restriction of the penalty over the years to only the most serious offences and has led to its abolition either *de facto* or *de jure* in several of the States in the United States of America and most of the countries of Western Europe and to virtual abandonment in Canada during the last 12 years. The burden of showing a deterring effect must lie upon those who seek to apply the extreme penalty. If that onus is not met, and in my view it is

<sup>16</sup> (1975), 63 D.L.R. (3d) 193.

elle est rejetée sans vraiment susciter de débat. À mon sens, cela est très révélateur de l'opinion que nous avons et que nous devrions avoir de la peine de mort.

<sup>a</sup> Le juge Lamer a poursuivi dans l'arrêt *Smith* en formulant certains critères pour déterminer s'il y avait violation de l'article 12 [à la page 1074]:

<sup>b</sup> Les nombreux critères proposés conformément à l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et au Huitième amendement de la Constitution américaine sont, à mon avis, utiles comme facteurs permettant de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 12. Ainsi, pour mentionner les critères énoncés par le professeur Tarnopolsky, les questions de savoir si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle est fondée sur des principes reconnus en matière de détermination de la sentence et s'il existe des solutions de rechange valables à la peine imposée, constituent des lignes directrices qui, sans être décisives en elles-mêmes, aident à vérifier si la peine est exagérément disproportionnée.

<sup>c</sup> Ces critères ressemblent étrangement à ceux que le juge McIntyre, avant d'être nommé à la Cour suprême, avait proposés dans son opinion dissidente en Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Miller and Cockriell*.<sup>16</sup> Avec égard, je ne peux rien ajouter à son examen de l'affaire sinon que l'écoulement de treize ans et demi n'a pas affaibli le poids de ses remarques et je suis heureux de les faire miennes [aux pages 260 à 272]:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Il ne serait pas acceptable d'imposer une peine qui n'a aucune valeur en ce sens qu'elle ne protège pas la société en réprimant certains comportements criminels ou qu'elle répond à quelque autre objectif social. Une peine qui n'aurait pas ces attributs serait certainement cruelle et inusitée.

<sup>e</sup> La peine capitale ne vise évidemment pas la réinsertion sociale ou la réhabilitation et les seuls objectifs qu'elle vise ne peuvent donc être que la dissuasion et la rétribution. Bien qu'il ne puisse y avoir de doute quant à l'effet qu'elle a sur la personne qui la subit, cette peine devrait, pour répondre à un objectif social au sens large, avoir un effet dissuasif sur la population en général et tendre ainsi à réduire le nombre des crimes violents.

<sup>f</sup> Je suis donc d'avis que la peine capitale ne peut se justifier par sa valeur dissuasive. La mort est un châtement extrême. Elle a toujours été considérée comme le châtement ultime. Cette considération a eu pour effet au cours des ans de restreindre progressivement l'imposition de la peine aux seules infractions les plus graves et d'entraîner son abolition dans les faits ou en droit dans plusieurs États des États-Unis d'Amérique et dans la plupart des pays d'Europe occidentale et d'entraîner pratiquement sa disparition au Canada au cours des 12 dernières années. Il appartient à ceux qui souhaitent appliquer ce châtement extrême d'en démontrer l'effet dissuasif. Si ce far-

<sup>16</sup> (1975), 63 D.L.R. (3d) 193.

not, then notwithstanding the fact that the opposite is not demonstrated the death penalty has failed to pass this primary test. It would be cruel and unusual to impose the ultimate penalty on the mere chance that it may have a deterrent effect.

Is capital punishment acceptable according to public standards of decency and propriety? Such public standards are no doubt difficult to define but they are none the less real despite that. Society is entitled to protect itself and its members by the imposition of penal sanctions against law breakers. Some sanctions of long standing are generally acceptable to the public in Canada, others have become abhorrent and have been discarded. In the 18th and early 19th centuries the laws of most civilized communities in the western world prescribed punishments involving torture which, while accepted then, are rejected totally today. Over the centuries the popular mind has turned away from the worst forms of punishment and the number of offences for which drastic physical punishment could be imposed has been greatly reduced. In judging then what is cruel and unusual we must not limit ourselves to the standards of 1688 when the English *Bill of Rights* was passed or those of a century later when the American Constitution was adopted. We must consider all legal impositions of punishment in relation to today's conditions and attitudes and to use the expression of Chief Justice Warren in the United States Supreme Court in *Trop v. Dulles*. The phrase "cruel and unusual punishment" must "draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society".

Can it be said that the death penalty may be justified on the ground of necessity? The object of punishment must ultimately be the due regulation of affairs in the community and the protection of society from injury caused by those who break the criminal laws. Society is entitled to take such steps by way of punishment as are necessary to attain this object. It would not be acceptable in a civilized society to resort to more severity and inflict more suffering in the imposition of punishment than is reasonably necessary for its purpose. It follows then that, since capital punishment is the extreme sanction, if it is to be applied it must be shown that its application is necessary in the sense that the object of social protection could not otherwise be achieved. Blackstone was of this view. He said in *Commentaries*, 21st ed., Welsby, pp. 9-10:

But indeed, were capital punishments proved by experience to be a sure and effectual remedy, that would not prove the necessity (upon which the justice and propriety depend) of inflicting them upon all occasions when other expedients fail. I fear this reasoning would extend a great deal too far. For instance, the damage done to our public roads by loaded waggons is universally allowed, and many laws have been made to prevent it; none of which have hitherto proved effectual. But it does not therefore follow that it would be just for the legislature to inflict death upon every obstinate carrier, who defeats or eludes the provisions of former statutes.

deau n'est pas acquitté, et à mon avis il ne l'est pas, alors sans égard au fait que l'inverse n'est pas établi, la peine de mort n'a pas résisté à ce test de base. Il serait cruel et inusité d'imposer le châtimeut ultime en invoquant la simple possibilité qu'il puisse avoir un effet dissuasif.

a

La peine capitale est-elle acceptable selon les normes de la décence et de la bienséance? Nul doute que ces normes sont difficiles à définir mais elles existent vraiment malgré tout. La société a le droit de se protéger et de protéger ses membres en imposant des sanctions pénales à ceux qui contreviennent à ses lois. Certaines sanctions appliquées depuis longtemps sont généralement acceptables aux yeux du public canadien, d'autres sont horribles et ont été rejetées. Au XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup> siècle, les lois des pays les plus civilisés du monde occidental comportaient des sanctions qui prévoyaient la torture qui, bien qu'acceptées à l'époque, sont tout à fait rejetées aujourd'hui. Au cours des siècles, la conscience sociale a rejeté les pires formes de peines et le nombre d'infractions pour lesquelles un châtimeut corporel draconien pouvait être imposé a considérablement diminué. En déterminant alors ce qui est cruel et inusité, il ne faut pas nous restreindre aux normes de 1688 lorsque le *Bill of Rights* a été adopté en Angleterre ou à celles du siècle suivant lors de l'adoption de la constitution américaine. Nous devons considérer toutes les formes légales d'imposition de peines en regard des conditions et attitudes qui prévalent aujourd'hui et, pour reprendre les paroles du juge en chef Warren de la Cour suprême américaine dans l'arrêt *Trop v. Dulles*, l'expression «peine cruelle et inusitée» doit «tirer son sens des normes changeantes de la décence qui marquent le progrès d'une société en évolution».

Peut-on affirmer qu'il est possible de justifier la peine de mort pour des raisons de nécessité? L'objet de la peine doit viser finalement la conduite normale des affaires de la collectivité et la protection de la société contre le préjudice que lui causent ceux qui contreviennent à ses lois de nature criminelle. La société a le droit de prendre les mesures qui s'imposent sous forme de peines pour atteindre à cet objectif. Il ne serait pas acceptable qu'une société civilisée fasse appel à plus de sévérité et inflige plus de souffrance dans l'imposition de la peine que ce qui est raisonnablement nécessaire pour parvenir à son but. Il s'ensuit donc que si nous voulons appliquer la peine capitale, sanction extrême, nous devons démontrer que son application est nécessaire en ce sens que l'objet que constitue la protection sociale ne peut être atteint autrement. Blackstone partageait cet avis. Il a dit dans *Commentaries*, 21st ed., Welsby, aux pp. 9 et 10:

Mais en effet, si la peine capitale s'avérait par expérience un recours sûr et efficace, cela n'établirait pas la nécessité (dont la justice et la bienséance dépendent) de l'imposer chaque fois quand d'autres moyens échouent. Je crains que ce raisonnement n'aille beaucoup trop loin. Par exemple, les dommages causés aux voies publiques par des camions chargés sont reconnus universellement et plusieurs lois ont été adoptées pour prévenir ces dommages; mais aucune ne s'est avérée efficace jusqu'ici. Mais il ne s'ensuit cependant pas que la législature serait justifiée d'infliger la mort à chaque transporteur obstiné qui viole les dispositions de ces lois ou s'y soustrait.

We must now consider whether the death penalty is an excessive punishment. It has been accepted for centuries that the punishment imposed for a crime should be in proportion to the offence. The undoubted right of the State to punish infractions of the law must be limited to what is reasonably necessary to restrain the offence and punish the offender. Excessive punishment ceases to merit the legal ethical and moral approval of society. I refer again to the words of Blackstone, *supra*, and I adopt the words of Goldberg, p. 1796:

Even when the death penalty is imposed for the taking or endangering of life, its constitutionality must depend upon the state's ability to demonstrate a compelling justification for using it instead of a less severe penalty.

In considering the question one must bear in mind the contemporary standards of the community and the efficacy of less severe alternatives.

I have already attempted to deal with the question of community standards and have expressed the view that no case has been made for the proposition that capital punishment is more effective than available alternatives in deterring crime and protecting society. In my opinion the sentence of death is in all the circumstances excessive punishment. It far exceeds the need which can justify it and renders any errors in its application, and errors can and will occur, impossible of correction.

Returning, in the light of these comments, to the criteria proposed by Lamer J., one obtains the following result: the only arguably valid penal purpose served by capital punishment is the incapacitation of the executed offender. In this respect, it bears some analogy to the practice in some Eastern countries of cutting off the hand of a thief. It is equally unacceptable. Capital punishment is founded on no recognized sentencing principle and, since there is a valid, workable and acceptable alternative, is grossly disproportionate.

McIntyre J.A.'s dissenting view in *Miller* did not, of course, find favour in the Supreme Court of Canada. On the contrary, that Court unanimously dismissed the appeal from the majority judgment of the British Columbia Court of Appeal.<sup>17</sup> The majority of the judges in the Supreme Court, speaking through Ritchie J., did not, however, deal with the substantive issue of whether the death penalty constituted cruel and unusual punishment. Rather, they were of the view that the Bill of Rights did not create new rights and, since the

<sup>17</sup> [1977] 2 S.C.R. 680.

Nous devons maintenant déterminer si la peine capitale est un châtement excessif. On a reconnu depuis des siècles que la peine imposée pour un crime devait être proportionnelle à l'infraction. Le droit non contesté de l'État de punir ceux qui contreviennent à la loi doit être restreint à ce qui est raisonnablement nécessaire pour prévenir la répétition de l'infraction et punir son auteur. La peine excessive ne reçoit plus l'approbation éthique de la société en droit et en morale. Je renvoie encore aux mots de Blackstone, précité, et je fais miens ceux de Goldberg, p. 1796:

Même lorsque la peine de mort est imposée parce qu'il y a eu perte de vie ou parce que celle-ci a été mise en danger, la constitutionnalité de cette peine dépend de la capacité de l'État d'établir un motif l'obligeant à l'utiliser plutôt qu'une peine moins sévère.

En examinant la question, il faut avoir présent à l'esprit les normes actuelles de la collectivité et l'efficacité d'autres mesures moins sévères.

J'ai déjà tenté de traiter des normes de la collectivité et j'ai exprimé l'avis qu'il n'existe aucun cas établissant que la peine capitale est plus efficace que d'autres mesures pour réprimer les crimes et protéger la société. À mon avis, la peine de mort est, dans tous les cas, un châtement excessif. Elle excède de loin le besoin qui peut la justifier et, dans son application, elle rend l'erreur qui peut se produire et se produira impossible à corriger.

À la lumière de ces remarques, on obtient le résultat suivant avec le critère proposé par le juge Lamer: le seul but pénal valide que la peine capitale peut prétendre servir est de rendre le contrevenant exécuté incapable de répéter son crime. À cet égard, on peut comparer ce but à la pratique de certains pays de l'Est de couper la main du voleur. Pour les mêmes raisons, cette pratique est inacceptable. La peine capitale ne relève d'aucun principe reconnu dans la détermination de la sentence et puisqu'il existe une autre mesure valide, réalisable et acceptable elle est exagérément disproportionnée.

L'opinion dissidente du juge McIntyre dans l'arrêt *Miller* en Cour d'appel n'a pas été retenue en Cour suprême du Canada. Au contraire, la Cour a rejeté unanimement le pourvoi contre la décision majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>17</sup>. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la majorité des juges de la Cour suprême, n'a cependant pas traité de la question de fond qui consistait à savoir si la peine capitale était cruelle et inusitée. Les juges, à la majorité, étaient plutôt d'avis que la Déclaration des droits n'avait pas

<sup>17</sup> [1977] 2 R.C.S. 680.

existence of the death penalty had received parliamentary confirmation both before and after its adoption, the Bill could not have the effect of abolishing capital punishment [at pages 704-706]:

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

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

Having reached this conclusion I do not find it necessary, in considering the meaning of "cruel and unusual treatment or punishment" as employed in s. 2(b) of the *Bill of Rights*, to make any assessment of current community standards of morality or of the deterrent effect of the death penalty. These matters in my view raise what are essentially questions of policy and as such they are of necessity considerations effecting the decision of Parliament as to whether or not the death penalty should be retained; but in the view which I take they do not arise in considering the question of law here at issue which is whether the provisions of s. 2(b) of the *Bill of Rights* preclude the imposition of punishment by death for murder of a police officer as provided in ss. 214 and 218 of the *Criminal Code* in force at the time of this murder.

A minority of the Court, speaking through Laskin C.J., did examine the substantive question and concluded that the death penalty did not constitute a cruel and unusual punishment within the meaning of paragraph 2(b) of the *Bill of Rights*. That view, while entitled to the greatest respect, is not, of course, binding on us, not only because it is a minority expression but, more importantly, because decisions under the Charter, a constitutional document, can never be controlled by jurisprudence developed under non-constitutional provisions such as those in the *Bill of Rights*. I say, again with respect, that I find the reasoning of McIntyre J.A., as he then was, in dissent, confirmed and strengthened as it has been with the

créé de nouveaux droits et puisque le Parlement avait reconnu l'existence de la peine de mort avant et après son adoption, la Déclaration ne pouvait avoir pour effet d'abolir la peine capitale [aux pages 704 à 706]:

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

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

Compte tenu de cette conclusion, j'estime que, pour analyser l'expression «peines ou traitements cruels et inusités» employée au par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'est pas nécessaire d'examiner les normes morales actuelles de la collectivité ni l'effet dissuasif de la peine de mort. À mon avis, ces points soulèvent essentiellement des questions de principe qui, nécessairement, entrent en ligne de compte dans la décision du Parlement de maintenir ou non la peine de mort; cependant, compte tenu de ma conclusion, j'estime que ces considérations ne sont pas pertinentes à l'égard du point de droit qui nous occupe, c.-à-d. la question de savoir si les dispositions du par. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* interdisent l'imposition de la peine de mort pour le meurtre d'un policier, comme le préoyaient les art. 214 et 218 du *Code criminel*, en vigueur au moment de la perpétration du meurtre en question.

Le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la minorité, a, lui, examiné la question de fond et a conclu que la peine de mort n'était pas cruelle et inusitée au sens de l'alinéa 2b) de la *Déclaration des droits*. Bien qu'elle mérite notre plus grand respect, cette opinion ne nous lie évidemment pas, non seulement parce qu'il s'agit d'une opinion minoritaire, mais pour la raison plus importante que les décisions rendues en vertu de la Charte, un document constitutionnel, ne peuvent jamais être régies par la jurisprudence provenant de dispositions non constitutionnelles comme celles de la *Déclaration des droits*. J'estime, toujours avec respect, que le raisonnement du juge McIntyre dissident alors qu'il était en Cour d'appel, confirmé et

effluxion of time, to be more consonant with our current views of Charter-protected rights.

A word needs to be said about this Court's judgment in *Kindler v. MacDonald*,<sup>18</sup> in which I participated. That case dealt with an attack on a ministerial decision to hold inquiries under the *Immigration Act, 1976*,<sup>19</sup> with regard to the appellant. MacGuigan J., for the Court, stated the issue as follows [at page 38]:

On this appeal, then, the only issue is as to the legality and constitutionality of the decisions under sections 27 and 28 of the Act respectively to hold immigration inquiries concerning the respondent.

At the conclusion of his reasons, MacGuigan J. expressed some views with regard to the appellant's situation should he eventually be deported to the United States. Those views were properly founded in the record of that case as it then stood and on the appellant's contention that his rights under section 7 of the Charter might be in jeopardy. The record here is entirely different. These are extradition proceedings, not administrative decisions which might eventually lead to deportation. The order here under attack calls for the surrender of the appellant into the hands of American authorities, where, as I have indicated, he will be subject to the death penalty unless some other event supervenes. The rights invoked are under section 12, not section 7. Our earlier decision does not control the outcome here.

Indeed, I have not found it necessary in the present matter to deal with section 7 at all. The definition of the extent to which the requirements of fundamental justice may restrain State action over and above what is specifically provided in sections 8 to 14 is a particularly difficult task and one which it seems to me should not be undertaken where one of those sections deals unequivocally with the subject-matter. This is especially so in the present case: the finding that appellant's section 7 rights had been breached would require an examination of the possibility of a section 1 justification,

<sup>18</sup> [1987] 3 F.C. 34 (C.A.).

<sup>19</sup> S.C. 1976-77, c. 52.

renforcé comme il l'a été avec le passage du temps, est plus conforme à nos opinions actuelles quant aux droits protégés par la Charte.

<sup>a</sup> Il est nécessaire de dire quelques mots au sujet de la décision de notre Cour dans l'affaire *Kindler c. MacDonald*<sup>18</sup> à laquelle j'ai participé. Dans cette affaire, on contestait la décision du ministre de tenir des enquêtes au sujet de l'appelant en application de la *Loi sur l'immigration de 1976*<sup>19</sup>.  
<sup>b</sup> Le juge MacGuigan a, au nom de la Cour, formulé la question de la façon suivante [à la page 38]:

<sup>c</sup> La seule question soulevée dans le cadre du présent appel est donc celle de la légalité et de la constitutionnalité des décisions fondées respectivement sur les articles 27 et 28 de la Loi de tenir des enquêtes en matière d'immigration concernant l'intimé.

<sup>d</sup> Le juge MacGuigan a, dans sa conclusion, exprimé certaines remarques au sujet de la situation de l'appelant dans l'éventualité où il serait extradé aux États-Unis. Ces remarques découlaient à juste titre du dossier de l'affaire qui avait alors été produit et de la prétention de l'appelant que ses droits, reconnus à l'article 7 de la Charte, puissent être compromis. Le dossier qui nous est soumis ici est tout à fait différent. Il s'agit de procédures en extradition et non de décisions administratives qui pourraient éventuellement mener à l'expulsion. L'ordonnance qui est contestée en l'espèce porte sur l'extradition de l'appelant entre les mains des autorités américaines où, comme je l'ai indiqué, il sera sujet à la peine de mort à moins qu'un autre événement ne se produise. Les droits invoqués relèvent de l'article 12 et non de l'article 7. La  
<sup>e</sup>  
<sup>f</sup>  
<sup>g</sup> décision rendue auparavant n'a pas d'incidence sur le résultat en l'espèce.

<sup>h</sup> En effet, il ne m'est pas apparu nécessaire de traiter de l'article 7 en l'espèce. C'est une tâche particulièrement difficile que celle de définir dans quelle mesure les exigences de la justice fondamentale peuvent freiner l'action de l'État en plus de ce qui est expressément prévu aux articles 8 à 14 et j'estime que cette tâche ne devrait pas être entreprise lorsque l'un de ces articles porte sans équivoque sur le sujet. Il en est particulièrement ainsi en l'espèce: conclure que les droits de l'appelant en vertu de l'article 7 ont été violés nécessiterait un examen de la justification possible en vertu de  
<sup>i</sup>

<sup>18</sup> [1987] 3 C.F. 34 (C.A.).

<sup>19</sup> S.C. 1976-77, chap. 52.

a task of extraordinary difficulty and delicacy, where the substantive legislation involved is ultimately that of a foreign state. In the case of section 12, however, I share the view expressed by Le Dain J. in *Smith, supra*, [at page 1111] that

... a punishment which is found to be cruel and unusual could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

Accordingly, a finding that capital punishment is prohibited by section 12 does not raise any issue under section 1 and disposes absolutely of the matter which is before us.

Finally, in regard to section 7 I would give no effect to the argument *a contrario* suggested by the Attorney General. The text enshrines the right to life; the prohibition against the deprivation thereof except in accordance with the principles of fundamental justice cannot be turned on its ear so as to imply a right for the State to put people to death. To constrain life-threatening State action is not to condone State killing.

For all the foregoing reasons, I would resolve the second of the issues I have identified in the appellant's favour as well.

### Conclusion

I conclude that capital punishment is cruel and unusual within the meaning of section 12 of the *Charter*. For the Minister to surrender the appellant to suffer the death penalty at the hands of the American authorities would be simply unacceptable under our Constitution. That being so, the Minister has no discretion and no choice but to seek and obtain assurances under Article 6 of the Treaty as a condition of surrendering the appellant.

I would allow the appeal and substitute for the judgment appealed from an order setting aside the Minister's decision and remitting the matter to the Minister for redetermination on the basis that the appellant cannot be surrendered until assurances under Article 6 of the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America* have been sought and obtained. I would award no costs here or below for the reasons indicated in footnote 7.

l'article premier, une tâche des plus difficiles et délicates où la loi fondamentale concernée est finalement celle d'un État étranger. Toutefois, dans le cas de l'article 12, je partage l'opinion exprimée par le juge Le Dain dans l'arrêt *Smith*, précité [à la page 1111]:

... qu'une peine jugée cruelle et inusitée ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

Par conséquent, conclure que la peine capitale est interdite par l'article 12 ne soulève aucune question en vertu de l'article premier et dispose de façon absolue du litige qui nous est soumis.

Enfin, en ce qui concerne l'article 7, je n'accorderais aucun effet à l'argument *a contrario* soulevé par le procureur général. Le texte enchâsse le droit à la vie; l'interdiction de priver quelqu'un de ce droit sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale ne peut être inversée de façon à accorder implicitement à l'État le droit de mettre des gens à mort. Contrôler l'action de l'État qui met en jeu la vie ne revient pas à approuver la mise à mort par l'État.

Pour tous les motifs qui précèdent, je répondrais également à la seconde question que j'ai formulée en faveur de l'appelant.

### Conclusion

Je conclus que la peine capitale est cruelle et inusitée au sens de l'article 12 de la Charte. Permettre au ministre d'extrader l'appelant pour qu'il soit condamné à la peine capitale par les autorités américaines serait tout simplement inacceptable en vertu de notre Constitution. Cela étant dit, le ministre n'a pas d'autre pouvoir discrétionnaire ni d'autre choix que ceux de tenter d'obtenir et d'obtenir les garanties prévues à l'article 6 du *Traité à titre de condition à l'extradition de l'appelant*.

J'accueillerais l'appel et substituerais à la décision qui a été portée en appel une ordonnance annulant la décision du ministre et lui renvoyant l'affaire pour qu'il rende une décision en tenant compte du fait que l'appelant ne peut être extradé avant que le ministre tente d'obtenir et obtienne les garanties prévues à l'article 6 du *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*. Je n'accorderais aucun dépens en cette Cour et en première instance pour les motifs indiqués à la note 7.