

IMM-7073-93

IMM-7073-93

**Henry Halm (Applicant)****Henry Halm (requérant)**

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration (Respondent)****Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***INDEXED AS: HALM v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: HALM c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Toronto, February 6, 7, 8, 9; Ottawa, February 24, 1995.

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 6, 7, 8, 9 février; Ottawa, 24 février 1995.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Applicant convicted, in U.S.A., of sodomy — No equivalent offence in Canada as Criminal Code, s. 159 (prohibiting anal intercourse with persons under 18) contrary to Charter, ss. 7, 15.**Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Requérant déclaré coupable de sodomie aux États-Unis — Aucune infraction équivalente au Canada car l'art. 159 du Code criminel (interdisant les relations sexuelles anales avec des personnes de moins de 18 ans) contrevient aux art. 7 et 15 de la Charte.**Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Criminal Code, s. 159 (prohibiting anal intercourse with persons under 18) violating Charter, s. 7 as without constitutionally valid purpose, alleged purpose not rationally connected to impugned provision, effects not proportionate to purpose — Ten-year jail sentence (penalty under s. 159) engaging Charter, s. 7.**Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 159 du Code criminel (interdisant les relations sexuelles anales avec des personnes de moins de 18 ans) viole l'art. 7 de la Charte parce qu'il n'a pas d'objet constitutionnel, qu'il n'a pas de lien rationnel avec son prétendu objet et que son effet est disproportionné par rapport à son objet — La peine de dix ans d'emprisonnement (peine prévue par l'art. 159) donne lieu à l'application de l'art. 7 de la Charte.**Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of age, against homosexual males — Criminal Code, s. 159 (prohibiting anal intercourse with persons under 18) violating Charter, s. 15 as without constitutionally valid purpose, alleged purpose not rationally connected to impugned provision, effects not proportionate to purpose.**Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge, contre les homosexuels — L'art. 159 du Code criminel (interdisant les relations sexuelles anales avec des personnes de moins de 18 ans) viole l'art. 15 de la Charte parce qu'il n'a pas d'objet constitutionnel, qu'il n'a pas de lien rationnel avec son prétendu objet et que son effet est disproportionné par rapport à son objet.**Judicial review — Immigration Adjudicator's decision to proceed with inquiry on inadmissibility under Immigration Act, s. 19 without counsel not violating natural justice principles where Adjudicator had adjourned five times to allow applicant to get lawyer.**Contrôle judiciaire — La décision d'un arbitre de l'immigration de procéder à l'enquête sur l'inadmissibilité en vertu de l'art. 19 de la Loi sur l'immigration en l'absence d'un avocat ne viole pas les principes de justice naturelle dans le cas où l'arbitre a ajourné l'enquête à cinq reprises pour permettre au requérant de retenir les services d'un avocat.*

There were reasonable grounds to believe that the applicant, neither a Canadian citizen nor a permanent resident, had been convicted of an offence outside Canada which, if committed in Canada, would have constituted an offence punishable by a maximum term of imprisonment of ten years or more. He had been convicted, *inter alia*, of five counts of sodomy in the third degree in the United States. This was an application to set aside the conditional deportation order issued against the applicant.

Il y avait des motifs raisonnables de croire que le requérant, qui n'était ni un citoyen canadien ni un résident permanent, avait été déclaré coupable à l'étranger d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans. Il avait notamment été déclaré coupable aux États-Unis de cinq chefs d'accusation de sodomie au troisième degré. La demande visait l'annulation de la mesure d'expulsion conditionnelle prise contre le requérant.

The applicant's main argument was that there was no comparable offence in Canada because section 159 of the *Criminal Code* (which prohibits anal intercourse with persons under 18) was unconstitutional as violating sections 7 and 15 of the Charter.

Le principal argument du requérant portait qu'il n'existait pas d'infraction comparable au Canada parce que l'article 159 du *Code criminel* (qui interdit les relations sexuelles anales avec les personnes de moins de 18 ans) était inconstitutionnel du fait qu'il violait les articles 7 et 15 de la Charte.

*Held*, the conditional deportation order should be set aside.

The argument that the applicant was denied his right to counsel was unfounded. The Adjudicator decided to proceed with the inquiry to determine whether the applicant was a member of an inadmissible class described in subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act* only after having adjourned five times to allow the applicant to retain and instruct counsel.

There were reasonable grounds to believe that the applicant had been convicted outside of Canada of an equivalent offence.

If there was no *Criminal Code* offence because section 159 was unconstitutional, then, the Adjudicator's decision would have been based on an error of law which under the ordinary common law principles of natural justice would have vitiated that decision. Furthermore, the Adjudicator's decision would attract the application of section 7 of the Charter since at the very least, the security of the person of an individual who was subject to a deportation order was engaged.

There was no dispute that the applicant was entitled to challenge the validity of section 159 even though he was doing so indirectly, in the context of deportation proceedings, and not as a result of having been charged or convicted under section 159.

Although certain comments in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* (to the effect that security of the person encompasses personal autonomy, control over one's physical and psychological integrity, and basic human dignity) could be interpreted as carving out a broader area than just physical security, it was not necessary to decide the issue since a consequence of being convicted under section 159 could be a ten-year jail sentence, clearly engaging the "liberty or security of the person."

Section 159 of the *Criminal Code* discriminates on the basis of sexual orientation which is an analogous ground to those specifically listed in section 15 of the Charter and it discriminates on the basis of age because other comparable provisions of the Code relating to sexual activities stipulate the age of consent as 14.

Once discrimination under section 15 had been found to exist, that discrimination must then be assessed in the light of section 1 of the Charter to determine whether it meets the test of being "demonstrably justified in a free and democratic society."

For the purpose of both section 7 and section 15, one must examine: (1) whether there is a rational connection between the objective and the means chosen to attain it; (2) whether the chosen means impair the rights as little as possible; and (3) whether there is a proportionality between the effects of the means and the legislative objectives.

*Jugement*: la mesure d'expulsion conditionnelle doit être annulée.

L'argument selon lequel il a été porté atteinte au droit du requérant d'être représenté par un avocat n'était pas bien fondé. L'arbitre a décidé de procéder à l'enquête pour déterminer si le requérant appartenait à une catégorie non admissible décrite au sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration* seulement après avoir ajourné l'enquête à cinq reprises pour permettre au requérant de donner un mandat et des directives à un avocat.

Il y avait des motifs raisonnables de croire que le requérant avait été déclaré coupable à l'étranger d'une infraction équivalente.

S'il n'existait pas d'infraction prévue au *Code criminel* parce que l'article 159 était inconstitutionnel, la décision de l'arbitre aurait été fondée sur une erreur de droit qui entacherait cette décision en vertu des principes de justice naturelle habituels reconnus en common law. De plus, la décision de l'arbitre entraînerait l'application de l'article 7 de la Charte car une mesure d'expulsion touche, à tout le moins, la sécurité de la personne qu'elle vise.

Il n'était pas contesté que le requérant était autorisé à contester la validité de l'article 159, bien qu'il l'ait fait indirectement dans le contexte d'une procédure d'expulsion, plutôt qu'après avoir été accusé ou déclaré coupable en vertu de cet article.

Bien que certaines remarques formulées dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)* (portant que la sécurité de la personne englobe l'autonomie personnelle, la maîtrise de l'intégrité physique et psychologique et la dignité humaine fondamentale) puissent être interprétées comme élargissant la portée de la protection au-delà de la simple sécurité physique, il n'était pas nécessaire de trancher cette question, étant donné qu'une condamnation pour l'infraction prévue à l'article 159 peut entraîner une peine d'emprisonnement de dix ans, de sorte que la «liberté et la sécurité de la personne» sont clairement en jeu.

L'article 159 du *Code criminel* établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, un motif analogue à ceux énumérés expressément à l'article 15 de la Charte, et il établit une discrimination fondée sur l'âge parce que d'autres dispositions comparables du *Code criminel* concernant les activités sexuelles fixent l'âge du consentement à 14 ans.

Une fois son existence établie, la discrimination visée par l'article 15 doit être appréciée en regard de l'article premier de la Charte afin de déterminer si elle répond au critère voulant que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Aux fins des articles 7 et 15, il faut déterminer: (1) s'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et les moyens retenus pour y parvenir; (2) si l'atteinte aux droits causée par ces moyens est minimale; (3) si l'effet de ces moyens est proportionnel à l'objet de la loi.

The purpose must be assessed as of the date of the law's enactment (in this case, the 1988 amendment to section 159) and one cannot justify a provision by relying upon a purpose that the provision might have come to serve at a later time (in this case, to protect youth from the risk of HIV transmission by anal intercourse). In a free and democratic society, it is not justifiable to make an activity criminal merely because a segment, indeed maybe a majority, of the citizenry consider it to be immoral. The reinforcement of moral precepts and the inhibition of homosexual youth from acknowledging their sexual orientation at an early age are not purposes which can support making the activity in question a *Criminal Code* offence. The evidence did not establish that prevention of HIV transmission was a purpose of section 159.

Section 159 does not have a constitutionally valid purpose. The alleged purpose could not be rationally connected to the impugned provision, the effects of which were not proportionate thereto.

There was no evidence of unfairness in the choice of deportation proceedings, rather than extradition, even though there are guarantees under extradition proceedings which do not exist in deportation. There was nothing inherently unfair in a foreign state delaying extradition proceedings when it is known that the individual is likely to be deported.

L'objet de la loi doit être évalué par rapport au moment de son adoption (en l'occurrence, le moment de la modification apportée à l'article 159 en 1988) et il n'est pas possible de justifier une disposition en se fondant sur le but qu'elle peut servir à une date ultérieure (en l'espèce, protéger les jeunes du risque de la transmission du V.I.H. par coït anal). Dans une société libre et démocratique, la criminalisation d'une activité ne peut se justifier uniquement du fait qu'une partie ou peut-être même la majorité des citoyens la considèrent immorale. Renforcer les préceptes moraux et empêcher les jeunes homosexuels de reconnaître leur orientation sexuelle dès leur jeunesse ne constituent pas des objets pouvant justifier que l'activité en cause soit une infraction sous le régime du *Code criminel*. La preuve n'a pas établi que la prévention de la transmission du V.I.H. était l'un des buts de l'article 159.

L'article 159 n'a pas d'objet constitutionnel. Il ne peut y avoir de lien rationnel entre la disposition contestée et son prétendu objet, et ses effets ne sont pas proportionnels à son objet.

La preuve n'a pas démontré que le choix d'entamer une procédure d'expulsion, plutôt qu'une procédure d'extradition, était inéquitable bien que cette dernière offre des garanties qui ne s'appliquent pas à la procédure d'expulsion. Il n'y a rien de fondamentalement inéquitable dans le fait qu'un État étranger retarde la procédure d'extradition lorsqu'il sait que la personne en cause est susceptible d'être expulsée.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24. f
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15. g
- Criminal Code*, 1892 (*The*), S.C. 1892, c. 29.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 253 (rep. by S.C. 1985, c. 19, s. 42).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 153 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 1), 159 (as am. *idem*, s. 3). h
- Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38.
- Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 42. i
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Federal Court Immigration Rules*, SOR/89-26.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c.1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 83(1) (as am. *idem*, s. 73). j

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15.
- Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 253 (abrogé par L.C. 1985, ch. 19, art. 42).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 153 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 1), 159 (mod., *idem*, art. 3).
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
- Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19, art. 42.
- Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38.
- Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24.
- Loi sur la Cour fédérale*, R.S.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.1) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 83(1) (mod., *idem*, art. 73).
- Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration*, DORS/89-26.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Espinoza v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 142 N.R. 158 (F.C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34; (1987), 41 D.L.R. (4th) 78; 26 Admin. L.R. (2d) 186; 3 Imm. L.R. (2d) 38; 80 N.R. 388 (C.A.); *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766; 52 C.C.C. (3d) 388 (H.C.); affd (1989), 70 O.R. (2d) 765; 52 C.C.C. (3d) 386 (C.A.).

## CONSIDERED:

*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; 158 N.R. 1; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81.

## REFERRED TO:

*Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.); *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1;

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Espinoza c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 142 N.R. 158 (C.A.F.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34; (1987), 41 D.L.R. (4th) 78; 26 Admin. L.R. (2d) 186; 3 Imm. L.R. (2d) 38; 80 N.R. 388 (C.A.); *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766; 52 C.C.C. (3d) 388 (H.C.); conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 765; 52 C.C.C. (3d) 386 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; 158 N.R. 1; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 129 N.R. 81.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.); *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1;

135 N.R. 161; *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (F.C.A.); *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 281; 47 D.L.R. (4th) 399; 209 A.P.R. 281; 39 C.C.C. (3d) 118; 60 C.R. (3d) 289; 32 C.R.R. 18; 81 N.R. 115; 10 Q.A.C. 161; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; (1990), 109 A.R. 321; [1990] 6 W.W.R. 97; 76 Alta. L.R. (2d) 1; 58 C.C.C. (3d) 353; 79 C.R. (3d) 129; 50 C.R.R. 110; 112 N.R. 83; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] S.C.R. 839.

## AUTHORS CITED

Brown, Desmond H. *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1989. <sup>c</sup>

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984 (Chair: Robin F. Badgley). <sup>d</sup>

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15 An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, 2nd Sess., 33rd Parl., 1986-1987.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-150*, 1st Sess., 28th Parl., March 4, 1969. <sup>e</sup>

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985 (Chair: Paul Fraser). <sup>f</sup>

*De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.

Goodich, M. "Sodomy in Medieval Secular Law" (1976), 1 *J. Homosexuality* 295.

Great Britain. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmnd. 247. London: H.M.S.O., 1957 (Chair: Sir John Wolfenden). <sup>g</sup>

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

*House of Commons Debates*, vols. V-VI, 1st Sess., 28th Parl., 1969. <sup>h</sup>

*House of Commons Debates*, vols. VII-VIII, 1st Sess., 28th Parl., 1969.

*House of Commons Debates*, vol. I, 2nd Sess., 33rd Parl., 1986.

*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., 1987.

Parker, G. "The Origins of the Criminal Code", in D. H. Flaherty (ed.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1981. <sup>i</sup>

APPLICATION to set aside a conditional deportation order on the ground there was no offence in Canada comparable to those of which the applicant

135 N.R. 161; *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (C.A.F.); *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 281; 47 D.L.R. (4th) 399; 209 A.P.R. 281; 39 C.C.C. (3d) 118; 60 C.R. (3d) 289; 32 C.R.R. 18; 81 N.R. 115; 10 Q.A.C. 161; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; (1990), 109 A.R. 321; [1990] 6 W.W.R. 97; 76 Alta. L.R. (2d) 1; 58 C.C.C. (3d) 353; 79 C.R. (3d) 129; 50 C.R.R. 110; 112 N.R. 83; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] R.C.S. 839.

## DOCTRINE

Brown, Desmond H. *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1989.

Canada. Chambre des Communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15, Loi modifiant le Code criminel et la Loi de la preuve du Canada*, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég., 1986-1987.

Canada. Chambre des Communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-150*, 1<sup>re</sup> sess., 28<sup>e</sup> Lég., 4 mars 1969.

Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1985 (Président: Paul Fraser).

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984 (Président: Robin F. Badgley).

*Débats de la Chambre des Communes*, vols. V et VI, 1<sup>re</sup> sess., 28<sup>e</sup> Lég., 1969.

*Débats de la Chambre des Communes*, vols. VII et VIII, 1<sup>re</sup> sess., 28<sup>e</sup> Lég., 1969.

*Débats de la Chambre des Communes*, vol. I, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég., 1986.

*Débats de la Chambre des Communes*, vol. VI, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég., 1987.

*De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.

Goodich, M. «Sodomy in Medieval Secular Law» (1976), 1 *J. Homosexuality* 295.

Great Britain. *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmnd. 247. London: H.M.S.O., 1957 (Chair: Sir John Wolfenden).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992. <sup>i</sup>

Parker, G. «The Origins of the Criminal Code», in D. H. Flaherty (ed.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1. Toronto: Univ. of Toronto Press, 1981.

DEMANDE d'annulation d'une mesure d'expulsion conditionnelle en raison de l'inexistence, au Canada, d'une infraction comparable à celles dont le

had been convicted in the United States because section 159 of the *Criminal Code* was unconstitutional. Application allowed.

## COUNSEL:

*Paul Slansky* for applicant.  
*Donald MacIntosh* and *Anne Marie Waters* for respondent.

## SOLICITORS:

*Paul Slansky*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

REED J.: This is an application to set aside a conditional deportation order. The applicant has been ordered deported on the ground that he is neither a Canadian citizen nor a permanent resident and there are reasonable grounds to believe that he has been convicted of an offence outside Canada, which if committed in Canada would constitute an offence punishable by a maximum term of imprisonment of ten years or more. The applicant was convicted, in New York State, United States of America, of five counts of sodomy in the third degree and three counts of endangering the welfare of a child. There is no offence in Canada comparable to the latter which carries a penalty of ten years imprisonment. Four of the sodomy convictions are relied upon as the foundation for the deportation order.

The applicant's main argument is that there is no comparable offence in Canada to those of which he has been convicted in the United States because section 159 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 3)] is unconstitutional. Section 159 makes anal intercourse, in certain circumstances, an offence. It is argued that that offence is contrary to 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.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] because it establishes 18 as the age below which individuals cannot consent to engage in such acts. The age of

requérant a été déclaré coupable aux États-Unis parce que l'article 159 du *Code criminel* est inconstitutionnel. Demande accueillie.

## a AVOCATS:

*Paul Slansky* pour le requérant.  
*Donald MacIntosh* et *Anne Marie Waters* pour l'intimé.

## b PROCUREURS:

*Paul Slansky*, Toronto, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

c *Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE REED: Il s'agit d'une demande d'annulation d'une mesure d'expulsion conditionnelle. L'expulsion du requérant a été ordonnée au motif qu'il n'est ni un citoyen canadien, ni un résident permanent, et qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il a été déclaré coupable à l'étranger d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans. Le requérant a été déclaré coupable, dans l'État de New York, aux États-Unis, de cinq chefs d'accusation de sodomie au troisième degré et de trois chefs d'accusation de mise en péril du bien-être d'un enfant. Il n'existe, au Canada, aucune infraction comparable à cette dernière qui est punissable de dix ans d'emprisonnement. Ce sont quatre des condamnations pour sodomie qui fondent la mesure d'expulsion.

Le principal argument du requérant porte qu'il n'existe pas, au Canada, d'infraction comparable à celles dont il a été déclaré coupable aux États-Unis parce que l'article 159 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 3)] est inconstitutionnel. L'article 159 dispose que les relations sexuelles anales constituent une infraction dans certaines circonstances. Le requérant soutient que cette infraction contrevient à 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44]], parce qu'elle

consent for other sexual activity, including vaginal intercourse, is 14. This, it is argued, creates an arbitrary and discriminatory distinction designed to discourage homosexual males from acknowledging their homosexuality at an early age. As such, the provision is said to have an invalid legislative purpose and to be contrary to both section 7 and section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I should note that the sexual exploitation of 14 to 18-year olds is governed by a separate provision of the Code, section 153 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 1], and is not in issue here.

The applicant challenges the deportation order on a number of other grounds as well. The applicant's arguments will be dealt with in the following order: (1) whether he was denied his right to counsel; (2) whether the Adjudicator's decision was improperly founded because there was insufficient evidence in front of him to enable him to conclude that the offences of which the applicant had been convicted were equivalent to offences in Canada; (3) whether section 159 of the *Criminal Code* is unconstitutional as contrary to the Charter; (4) whether the deportation order is in fact a disguised extradition.

#### Right to Counsel

The applicant argues that the right to counsel must include a reasonable length of time within which to retain counsel, including enough time to make financial arrangements to pay counsel. It is argued that this is particularly so in a situation such as the present where: the consequences for the applicant are very severe; the arguments to be made on his behalf are technical and legal (not factual); there was no need for a speedy resolution of the applicant's status.

I agree that the right to counsel includes being given a reasonable amount of time to retain and instruct counsel and that this includes sufficient time to make financial arrangements. What is a reasonable

fixe à 18 ans l'âge en-deçà duquel une personne ne peut consentir à ce type d'acte. L'âge du consentement aux autres activités sexuelles, et notamment aux relations sexuelles vaginales, est fixé à 14 ans. Il fait valoir qu'il en résulte une distinction discriminatoire et arbitraire visant à décourager les homosexuels de reconnaître leur homosexualité dès leur jeunesse. L'objet de cette disposition législative serait donc illégal et contraire à la fois à l'article 7 et à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je dois souligner que les contacts sexuels avec des personnes de 14 à 18 ans par une personne en situation d'autorité sont régis par une disposition distincte du Code, soit l'article 153 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 1], et qu'ils ne sont pas en cause en l'espèce.

Le requérant conteste la mesure d'expulsion en se fondant également sur un certain nombre d'autres moyens. Je traiterai les arguments du requérant dans l'ordre suivant: (1) y a-t-il eu atteinte au droit du requérant d'être représenté par un avocat? (2) l'arbitre a-t-il fondé sa décision sur des motifs irréguliers parce que la preuve dont il disposait n'était pas suffisante pour lui permettre de conclure que les infractions dont le requérant a été déclaré coupable équivalaient à des infractions qui existent au Canada? (3) l'article 159 du *Code criminel* est-il inconstitutionnel, au motif qu'il contrevient à la Charte? (4) la mesure d'expulsion constitue-t-elle en fait une extradition déguisée?

#### Le droit d'être représenté par un avocat

Le requérant soutient que le droit d'être représenté par un avocat doit comprendre le droit à un délai raisonnable pour confier un mandat à un avocat, y compris le temps nécessaire pour prendre des arrangements financiers afin de le rémunérer. Cet argument vaut plus particulièrement dans une situation comme celle dont la Cour est saisie: le requérant encourt des conséquences très lourdes; les arguments à faire valoir en son nom sont de nature technique et juridique (et non factuelle); il n'était pas nécessaire que le statut du requérant soit tranché de façon hâtive.

Je reconnais que le droit d'être représenté par un avocat comprend celui d'obtenir un délai raisonnable pour donner un mandat et des instructions à un avocat et, notamment, celui de disposer du temps nécessaire

opportunity to retain and instruct counsel, however, will vary according to the circumstances of the particular case. The jurisprudence has established that the right to counsel does not include the right to a counsel who is paid at public expense.

In this case the applicant was unsure whether or not he would be represented by counsel because he was unsure whether he would receive legal aid funding. The Adjudicator granted the applicant five adjournments, albeit short ones, to allow him to retain counsel. The Adjudicator then decided to proceed with the inquiry in the absence of counsel. A description of what occurred follows.

The applicant was arrested on April 16, 1993. Ten days later, on April 26, 1993, an inquiry was commenced to determine whether the applicant was inadmissible to Canada because he was a member of an inadmissible class described in subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11)].<sup>1</sup> On April 26, 1993, the Adjudicator asked the applicant if he had been informed that he had the right to be represented by counsel and told him that the inquiry would be adjourned to allow him to arrange for such if he so wished. The applicant indicated he so wished and that he would contact attorney Sappiano to find out when he might be available. The Adjudicator instructed the applicant:

... what I expect you to do ... is contact Mr. Sappiano, or any other lawyer that you want to represent you. Tell them that your inquiry is going to take place on that day [April 30, 1993]. And either have them present for your inquiry, or have them give you information, or give you a letter telling me when they can be present in the near future.

<sup>1</sup> 19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(c.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more ... [Emphasis added.]

pour prendre des arrangements financiers. Ce qu'on entend par une occasion raisonnable de donner un mandat et des instructions à un avocat varie cependant en fonction des circonstances de chaque espèce.

a La jurisprudence a établi que le droit de consulter un avocat ne comprend pas le droit à un avocat rémunéré aux frais des contribuables.

En l'espèce, le requérant ne savait pas s'il serait ou non représenté par un avocat parce qu'il ne savait pas s'il bénéficierait ou non de l'aide juridique. L'arbitre a accordé au requérant cinq ajournements qui, bien que brefs, devaient lui permettre de retenir les services d'un avocat. L'arbitre a ensuite décidé de procéder à l'enquête en l'absence d'un avocat. Voici comment se sont déroulés les événements.

Le requérant a été arrêté le 16 avril 1993. Dix jours plus tard, le 26 avril 1993, une enquête a débuté afin de déterminer si on pouvait refuser de l'admettre au Canada parce qu'il appartenait à une catégorie non admissible décrite au sous-alinéa 19(1)c.1(i) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (édité par L.C. 1992, ch. 49, art. 11)]<sup>1</sup>. Le 26 avril 1993, l'arbitre a demandé au requérant s'il avait été avisé qu'il avait le droit d'être représenté par un avocat et lui a dit que l'enquête serait ajournée pour lui permettre de prendre des mesures à cet égard s'il le désirait. Le requérant a manifesté son intention de prendre de telles mesures et de communiquer avec M<sup>e</sup> Sappiano pour vérifier quand il serait disponible. L'arbitre a donné les instructions suivantes au requérant:

[TRADUCTION] ... ce que j'attends de vous ... c'est que vous communiquiez avec M<sup>e</sup> Sappiano, ou un autre avocat par qui vous désirez être représenté. Dites-leur que votre enquête aura lieu ce jour-là [le 30 avril 1993]. Faites en sorte soit qu'ils soient présents à votre enquête, soit qu'ils vous donnent des renseignements ou une lettre m'indiquant à quel moment ils peuvent se présenter devant moi à une date rapprochée.

<sup>1</sup> 19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans ... [Soulignement ajouté.]



On April 30, 1993 the inquiry resumed and the applicant was neither represented by counsel nor did he have a letter describing counsel's availability. The applicant indicated that he had contacted the law firm of Quinter, Lockyer and Penovski (correct name is Pinkofsky, Lockyer, Kwinter).

At that hearing, the case presenting officer stated that he had heard from a Mr. Slansky who had stated he would be representing Mr. Halm. He stated that Mr. Slansky had asked to be advised of the date of the next hearing. The case presenting officer stated that he did not remember the conversation too well and had lost Mr. Slansky's telephone number. He hoped that Mr. Halm would be able to provide it. The applicant stated that Mr. Slansky was not representing him, that it was another law firm and that that other law firm was going to interview him two days later, on Sunday.

The Adjudicator instructed the applicant to inform his lawyer that there had already been two sittings of the inquiry and that on the day to which the inquiry was being adjourned, May 4, 1993, "if they aren't here with you, I expect you to have a letter from whichever lawyer is representing you, telling me when he can come in the near future."

On May 4, 1993 the inquiry resumed. No counsel was in attendance. The applicant informed the Adjudicator that he had been interviewed by attorney Ragonetti and that Mr. Ragonetti had said he would fax the information respecting his availability, which the Adjudicator had requested on April 30th, 1993. No such information was received by either the Adjudicator or the case presenting officer, either before or after May 4, 1993.

The Adjudicator confirmed with the applicant that he had told his lawyer that the resumption of the hearing had been scheduled for May 4, 1993. The Adjudicator adjourned again, with the admonition that "on the next day . . . what I will do, if I haven't been contacted in the meantime by your counsel, is proceed with your inquiry whether you're represented by counsel or not." He continued "if I get a fax in the meantime and I can reschedule, if that's necessary, I will. But if I have no contact at all . . . then . . . I'll force you to proceed with the inquiry

Le 30 avril 1993, l'enquête a repris. Le requérant n'était pas représenté par avocat et n'avait aucune lettre précisant le moment auquel un avocat serait disponible. Le requérant a déclaré avoir communiqué avec le cabinet Quinter, Lockyer et Penovski (le nom exact du cabinet est Pinkofsky, Lockyer, Kwinter).

À cette audience, l'agent chargé de présenter les cas a déclaré que M<sup>e</sup> Slansky était entré en contact avec lui en lui disant qu'il représenterait M. Halm. Il a ajouté que M<sup>e</sup> Slansky avait demandé à être avisé de la date de la prochaine audience. L'agent chargé de présenter les cas a affirmé ne pas se rappeler très bien cette conversation et avoir perdu le numéro de téléphone de M<sup>e</sup> Slansky. Il espérait que M. Halm pourrait le lui fournir. Le requérant a déclaré que M<sup>e</sup> Slansky ne le représentait pas, qu'un autre cabinet le représentait et qu'il avait rendez-vous avec cet autre cabinet deux jours plus tard, le dimanche.

L'arbitre a dit au requérant d'aviser son avocat que deux séances avaient déjà eu lieu et que le jour fixé pour la reprise de l'enquête, le 4 mai 1993, [TRADUCTION] «s'ils ne sont pas ici avec vous, je m'attends à ce que vous ayez une lettre de l'avocat qui vous représente, quel qu'il soit, qui m'indique à quel moment il peut se présenter devant moi à une date rapprochée.»

Le 4 mai 1993, l'enquête a repris. Aucun avocat n'était présent. Le requérant a informé l'arbitre qu'il avait rencontré M<sup>e</sup> Ragonetti et que celui-ci lui avait dit qu'il transmettrait les renseignements concernant sa disponibilité par télécopieur, comme l'avait demandé l'arbitre le 30 avril 1993. Ni l'arbitre, ni l'agent chargé de présenter les cas n'a reçu ces renseignements, que ce soit avant ou après le 4 mai 1993.

L'arbitre s'est assuré que le requérant avait informé son avocat que la reprise de l'audience était prévue pour le 4 mai 1993. L'arbitre a de nouveau ajourné l'enquête en prononçant la mise en garde suivante: [TRADUCTION] «à la prochaine séance . . . ce que je vais faire, si je n'ai pas eu de nouvelles de votre avocat dans l'intervalle, c'est que je vais procéder à votre enquête, que vous soyez représenté par avocat ou non». Il a ajouté [TRADUCTION] «si je reçois un message par télécopieur d'ici là et si je peux déplacer la reprise de l'audience, si c'est nécessaire,

without counsel." The inquiry was adjourned to May 12, 1993.

On May 12, 1993, a fax was received by the case presenting officer, which was read into the record. It indicated that Mr. Slansky had been approached to represent Mr. Halm but was not yet retained. The letter indicated that two to three weeks would be needed to arrange for the retainer and that Mr. Halm would be challenging the proceedings on the basis that they were disguised extradition proceedings. The letter indicated that Mr. Slansky would contact the case presenting officer once he was retained. The Adjudicator told the applicant that this was not acceptable, that he was not prepared to adjourn the inquiry on that basis:

... I told you quite clearly that I was going to proceed with your inquiry today, unless you came here and gave me dates when a lawyer would be available. Coming and telling me that, in effect, that you've spoken to a lawyer who will represent you if he can somehow get paid ... but he doesn't know if he can get paid ... is just delaying the inquiry as far as I'm concerned. It's unsatisfactory.

And his assurance that he will contact Mr. Lambert once he's been retained ... If I were to follow what he's asking, it virtually takes the control of the inquiry right out of my hands. And I have to wait for some lawyer, who might not even represent you, to phone Mr. Lambert and tell us when he's good-and-ready for your case to take place, is just not satisfactory at all ...

The applicant indicated that it was legal aid that was causing the delay. The Adjudicator stated that legal aid had nothing to do with his concerns but he was still prepared to adjourn the inquiry yet again:

You surely have a right to be represented by counsel, but you don't have a right to make me wait for an indefinite period of time while you get counsel.

Now, because of what you've said, and because of the contents of this letter from the lawyer, I'm going to adjourn your inquiry once again.

But I'm not going to adjourn it on his terms. And you'd better contact him and tell him this. I don't intend to.

He's not even officially saying that he's representing you. What he's doing is just saying: will you guys wait with this, while I decide whether I'm going to represent this man.

je le ferai. Mais si personne ne communique avec moi ... alors ... je serai forcé de procéder à l'enquête sans avocat». L'enquête a été ajournée au 12 mai 1993.

<sup>a</sup> Le 12 mai 1993, l'agent chargé de présenter les cas a reçu un message par télécopieur qui a été versé au dossier. Ce message indiquait que M<sup>c</sup> Slansky avait été pressenti pour représenter M. Halm, mais qu'il n'avait pas encore obtenu de mandat. Cette lettre indiquait qu'il faudrait de deux à trois semaines pour qu'il obtienne un mandat et que M. Halm contesterait la procédure en soutenant qu'il s'agissait d'une extradition déguisée. Cette lettre précisait que M<sup>c</sup> Slansky communiquerait avec l'agent chargé de présenter les cas dès qu'il obtiendrait un mandat. L'arbitre a dit au requérant que cette lettre n'était pas acceptable, qu'il n'était pas prêt à ajourner l'enquête sur ce fondement:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] ... Je vous ai dit très clairement que j'allais procéder à votre enquête aujourd'hui, à moins que vous ne vous présentiez devant moi et que vous me donniez des dates auxquelles votre avocat serait disponible. Si vous arrivez et si vous me dites que vous avez effectivement parlé à un avocat qui va vous représenter s'il réussit à se faire payer d'une façon ou d'une autre ... mais qui ne sait pas s'il réussira ... quant à moi, cela ne fait que retarder l'enquête. Ce n'est pas satisfaisant.

<sup>c</sup> Et sa promesse de communiquer avec M. Lambert lorsqu'il aura obtenu un mandat ... Si je faisais ce qu'il me demande, il m'enlèverait pratiquement le contrôle de l'enquête pour l'exercer à ma place. Et je dois attendre qu'un avocat, qui ne vous représentera peut-être même pas, téléphone à M. Lambert et nous dise qu'il est enfin prêt à ce que votre cause soit entendue, ce n'est tout simplement pas satisfaisant ...

<sup>d</sup> Le requérant a indiqué que c'est à l'aide juridique qu'il fallait imputer ce retard. L'arbitre a déclaré que l'aide juridique n'avait rien à y voir, mais qu'il était prêt à ajourner l'enquête une fois de plus:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Vous avez certes le droit d'être représenté par un avocat, mais vous n'avez pas le droit de me faire attendre indéfiniment en attendant que vous en trouviez un.

<sup>f</sup> Bon, compte tenu de ce que vous avez dit et du contenu de cette lettre signée par un avocat, je vais ajourner l'enquête encore une fois.

<sup>g</sup> Mais je ne l'ajourne pas aux conditions qu'il stipule. Vous êtes mieux de communiquer avec lui et de le lui dire. Je n'ai pas l'intention de le faire.

<sup>h</sup> Il n'affirme même pas officiellement qu'il vous représente. Il dit simplement: Attendez donc un peu, le temps que je décide si je vais représenter cet homme.

Okay, I'm going to adjourn for another week, roughly. We'll pick a date next week. And what I'm going to require you to come back with on that day is something from Mr. Slanski [sic] saying when Legal Aid will make a decision, if they haven't already made one. Or when he can be here. And I may proceed on the next day. If I hear that it's going to take Legal Aid a long time to make a decision, I'm not going to wait for their decision.

The inquiry was adjourned until May 20, 1993.

On May 20, 1993, the applicant was not represented by counsel. Mr. Halm informed the Adjudicator that Mr. Slansky was sick with the flu but that legal aid had informed him that he had been approved "but they want an opinion paper or some type of paper concerning the merits of the case." The discussion which followed makes it clear that the Adjudicator was confused by what the applicant was saying:

ADJUDICATOR: You spoke to someone from Legal Aid who told you that a certificate had been approved?

PERSON CONCERNED: Yes. They came to the jail last Thursday. Wednesday or Thursday. Had a certificate in the envelope and said it's been approved. They asked me if I wanted it or wanted it sent to the attorney. And I said, you know, send it to the attorney. And then he calls me and says they've approved it, but they want some kind of information dealing with the case. I have no idea what it's all about.

ADJUDICATOR: It is very strange circumstances. This doesn't make a lot of sense to me. However, what I'm going to do since perhaps you do have a certificate now, I can't really tell from what you've said, and since you tell me that your counsel was quite ill when you spoke to him, is that I'm going to adjourn once again.

I don't like doing this, simply because I don't know whether I'm going anywhere or whether I'm really waiting for anything.—I can't be quite sure, because what you've told me doesn't... it just seems a little strange.

If there was a certificate, and it was approved and someone from Legal Aid even went so far as coming to see you and telling you this, why I haven't heard from your lawyer about whether he's going to represent you, considering the things that I warned you about on the last day, is really hard for me to understand.

The Adjudicator explained in very clear terms that the inquiry would be adjourned once again, this time to May 28, 1993, and that if counsel did not contact him, or if he did not receive a letter indicating when counsel might be available, the inquiry would pro-

Très bien, je vais ajourner pour une autre semaine, grosso modo. Nous allons choisir une date la semaine prochaine. Et ce que je vais exiger de vous lorsque vous allez revenir ce jour-là, c'est un message de M<sup>e</sup> Slansky qui m'indique quand l'aide juridique prendra une décision, si ce n'est déjà fait. Ou encore, à quel moment il peut se présenter devant moi. Et il se peut que je procède à la prochaine séance. Si j'apprends que l'aide juridique ne prendra pas une décision avant longtemps, je n'attendrai pas sa décision.

L'enquête a été ajournée au 20 mai 1993.

Le 20 mai 1993, le requérant n'était pas représenté par un avocat. Monsieur Halm a informé l'arbitre que M<sup>e</sup> Slansky souffrait d'une grippe, mais que l'aide juridique l'avait informé que sa demande avait été approuvée, [TRADUCTION] «mais ils veulent une opinion ou un document quelconque concernant le bien-fondé de la cause». La discussion qui a suivi révèle clairement que ce que le requérant a déclaré a jeté la confusion dans l'esprit de l'arbitre:

[TRADUCTION] L'ARBITRE: Vous avez parlé à une personne de l'aide juridique qui vous a dit qu'un certificat avait été approuvé?

L'INTÉRESSÉ: Oui. Ils sont venus à la prison jeudi dernier. Mercredi ou jeudi. Ils avaient un certificat dans une enveloppe et m'ont dit qu'il avait été approuvé. Il m'ont demandé si je le voulais ou si je voulais qu'ils l'envoient à mon avocat. Je leur ai dit, vous savez, envoyez-le à mon avocat. Et puis, il m'appelle et il me dit qu'ils l'ont approuvé, mais qu'ils veulent certains renseignements sur ma cause. J'ignore de quoi il s'agit.

L'ARBITRE: C'est très étrange. Cela ne me paraît pas très logique. Toutefois, ce que je vais faire, étant donné que vous avez peut-être un certificat maintenant, je ne peux pas vraiment l'affirmer à partir de ce que vous avez dit, et puisque vous me dites que votre avocat était assez malade lorsque vous lui avez parlé, ce que je vais faire c'est ajourner une fois de plus.

Je n'aime pas procéder ainsi, tout simplement parce que je ne sais pas si cela va nous mener quelque part ou si je n'attends pas vainement.—Je ne peux être sûr de rien, parce que ce que vous m'avez dit ne... me semble simplement un peu étrange.

S'il existe un certificat, et s'il a été approuvé, et si quelqu'un de l'aide juridique est allé jusqu'à vous rencontrer pour vous dire cela, j'ai beaucoup de mal à comprendre pourquoi votre avocat n'a pas donné de nouvelles pour confirmer s'il allait ou non vous représenter, compte tenu de la mise en garde que je vous ai servie la dernière fois.

L'arbitre a expliqué très clairement que l'enquête serait ajournée encore une fois, jusqu'au 28 mai 1993, et qu'il procéderait péremptoirement à l'enquête à cette date si l'avocat ne communiquait pas avec lui ou s'il ne recevait pas une lettre lui indiquant

ceed preemptorily. The Adjudicator explained in non-technical language what preemptorily meant.

On May 28, 1993, the inquiry was resumed but counsel was not present nor had any fax or letter been received by the Adjudicator or the case presenting officer. The Adjudicator questioned the applicant as to whether he had told his lawyer about the instructions of May 20, 1993. The applicant indicated that he had and that his counsel had said he was going to either give the applicant something to present to the Adjudicator or was going to fax something to the Adjudicator. The Adjudicator adjourned the inquiry to see if any communication had arrived in his office. None existed. He concluded that a reasonable period of time had been given to the applicant to retain and instruct counsel and that the inquiry would proceed.

Counsel for the applicant argues that this is a very serious case, the legal issues involved are substantial and technical, the applicant could not effectively present those arguments himself, there was no great need to rush the proceedings and that the Adjudicator should have allowed enough time for the applicant's legal aid application to be processed. In fact legal aid never was granted—Mr. Slansky is acting *pro bono*.

I agree that an undue rushing of an inquiry could deny an applicant the right to a fair hearing. But in this case the Adjudicator adjourned five times to allow the applicant to obtain some sort of firm commitment that counsel would be representing him. The Adjudicator's comment that if he were to continue to adjourn on that basis, he would effectively be relinquishing control over the timing of the proceedings to the applicant, his counsel and the legal aid authorities, is correct.

The comments of Mr. Justice Mahoney, in a different context, in *Espinoza v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 142 N.R. 158 (F.C.A.) are apposite. He refused an adjournment for the purpose of awaiting the processing of a legal aid application.

à quel moment il serait disponible. L'arbitre a expliqué en langue populaire ce qu'il entendait par péremptoirement.

Le 28 mai 1993, l'enquête a repris mais l'avocat n'était pas présent et ni l'arbitre, ni l'agent chargé de présenter les cas, n'avaient reçu de lettre, ni de message par télécopieur. L'arbitre a demandé au requérant s'il avait informé son avocat des instructions qu'il lui avait données le 20 mai 1993. Le requérant a affirmé l'avoir fait et déclaré que son avocat lui avait dit qu'il allait soit lui donner quelque chose à présenter à l'arbitre, soit envoyer quelque chose par télécopieur à l'arbitre. L'arbitre a suspendu l'enquête pour vérifier si une communication avait été reçue à son bureau. Aucune ne l'avait été. Il a conclu qu'un délai raisonnable avait été fourni au requérant pour donner un mandat et des instructions à un avocat et qu'il allait procéder à l'enquête.

L'avocat du requérant soutient qu'il s'agit d'une affaire très grave, que les questions de droit en cause touchent le fond et la forme, que le requérant ne pouvait faire valoir ces arguments efficacement seul, qu'aucun motif ne justifiait qu'on hâte la procédure, et que l'arbitre aurait dû accorder une période suffisante pour que la demande d'aide juridique du requérant soit traitée. En fait, l'aide juridique n'a jamais été accordée—M<sup>e</sup> Slansky agit *pro bono*.

Je reconnais que le fait de hâter indûment une enquête peut porter atteinte au droit du requérant à une audience équitable. Toutefois, en l'espèce, l'arbitre a accordé cinq ajournements pour permettre au requérant d'obtenir, sous une forme quelconque, un engagement ferme à le représenter de la part d'un avocat. La remarque de l'arbitre portant qu'il abandonnerait pratiquement le contrôle du déroulement de la procédure au requérant, à son avocat et au responsable de l'aide juridique, s'il continuait d'accorder des ajournements pour ce motif, est juste.

Les remarques formulées par le juge Mahoney, J.C.A., dans un contexte différent, dans l'affaire *Espinoza c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 142 N.R. 158 (C.A.F.), sont pertinentes. Il a refusé un ajournement aux fins d'attendre qu'une

He indicated that the policy of the *Immigration Act* and *Federal Court Immigration Rules* [SOR/89-26] with respect to the expeditious disposition of proceedings took precedence.

On reading the transcripts of the hearings, I was struck by how fair and patient the Adjudicator was. Perhaps if he had had a more complete explanation and information available to him he would have agreed to yet a further adjournment. He gave the applicant the two to three weeks requested by his counsel in the 12th of May letter. During the 12th of May hearing he indicated that he would take into account when legal aid might make a decision, but he was not willing to wait indefinitely. The confusion and misunderstanding which existed is something for which the applicant must take responsibility. To the extent that a reasonable length of time to retain and instruct counsel may depend on the particular personal circumstances of an individual, that individual is responsible for communicating them to the decision-maker. The Adjudicator's decision, as to what was a reasonable period of time in this case, was based on the information given to him by the applicant. The decision which the Adjudicator made was fair and reasonable. There was no breach of natural justice in proceeding without counsel on May 28, 1993.

Counsel for the respondent argues that natural justice and fundamental justice are not co-incident concepts but different and overlapping ones. Thus, it is argued, there is an area of common law natural justice which falls outside the constitutionally protected area of fundamental justice. It is argued that since that excluded area is not constitutionally protected, it can be abrogated by statute, as was the case for all common law natural justice principles prior to the enactment of the Charter. I do not need to decide this point for the purposes of this case but I do not want to be taken as endorsing it.

demande d'aide juridique soit tranchée. Il a indiqué que le principe intégré à la *Loi sur l'immigration* et aux *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration* [DORS/89-26], selon lequel les instances doivent être réglées rapidement, avait préséance.

Après avoir lu la transcription des audiences, je suis surpris de constater à quel point l'arbitre a été juste et patient. Si on lui avait fourni des renseignements et des explications plus complètes, il aurait peut-être ajourné l'enquête une fois de plus. Il a accordé au requérant les deux ou trois semaines demandées par son avocat dans la lettre datée du 12 mai. Au cours de l'audience tenue le 12 mai, il a indiqué qu'il tiendrait compte du délai dans lequel l'aide juridique prendrait une décision, mais en précisant qu'il n'était pas disposé à attendre indéfiniment. Le requérant doit assumer la responsabilité de la confusion et de l'incompréhension qui ont régné. Dans la mesure où le délai raisonnable nécessaire pour donner un mandat et des instructions à un avocat peut dépendre de la situation particulière d'une personne, celle-ci a la responsabilité de la porter à la connaissance du responsable de la décision. La décision de l'arbitre concernant le délai raisonnable en l'espèce était fondée sur les renseignements que lui a fournis le requérant. Sa décision était équitable et raisonnable. L'audience tenue en l'absence d'un avocat le 28 mai 1993 ne contrevenait pas aux règles de justice naturelle.

g

L'avocat de l'intimé soutient que les règles de justice naturelle et les règles de justice fondamentale ne coïncident pas parfaitement, mais qu'elles sont différentes et qu'elles se chevauchent. Ainsi, il prétend qu'une partie des règles de justice naturelle reconnues en common law va au-delà des règles de justice fondamentale dont le respect est garanti dans la Constitution. Il soutient que la partie de ces règles qui n'est pas protégée constitutionnellement peut être abrogée par voie législative, comme c'était le cas de tous les principes de justice naturelle reconnus en common law avant l'adoption de la Charte. Je n'ai pas à trancher cet argument aux fins de la présente instance, mais je ne veux pas qu'on tienne pour acquis que j'y souscris.

Equivalence

The applicant was charged in the state of New York with having committed ten offences. These are described in a summary fashion in his application record:

- 1) Sodomy in the 1st degree (forcible oral sex);
- 2) Sodomy in the 3rd degree (oral sex with someone less than 17 years old);
- 3) Endangering the welfare of a child; (showing pornographic film to male under age of 16 years and masturbating self in front of "child");
- 4) Sodomy in the 3rd degree (oral and anal sex with someone less than 17 years old);
- 5) Sodomy in the 3rd degree (oral and anal sex with someone less than 17 years old);
- 6) Sodomy in the 3rd degree (oral sex with someone less than 17 years old);
- 7) Sodomy in the 3rd degree (oral and anal sex with someone less than 17 years old);
- 8) Sexual abuse in the 3rd degree (touching the penis of a 15 year old);
- 9) Endangering the welfare of a child (showing pornographic films to a male under age of 16 years and masturbating in front of "child");
- 10) Endangering the welfare of a child (showing pornographic film to a male under age of 16 years).

He was acquitted of the first charge because the jury found that the complainants had consented to the activity in question. He was acquitted of the eighth charge.

The Canadian *Criminal Code* offence to which the offences numbered 4, 5, 6 and 7 were found to be equivalent is section 159:

159. (1) Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment

L'équivalence

Le requérant a été accusé de dix infractions dans l'État de New York. Ces infractions sont décrites sommairement dans le dossier de requête:

- 1) Sodomie au premier degré (relations sexuelles orales sans consentement);
- 2) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 3) Mise en péril du bien-être d'un enfant; (présentation d'un film pornographique à un garçon de moins de 16 ans et masturbation devant cet «enfant»);
- 4) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales et anales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 5) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales et anales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 6) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 7) Sodomie au troisième degré (relations sexuelles orales et anales avec une personne âgée de moins de 17 ans);
- 8) Agression sexuelle au troisième degré (attouchement au pénis d'un garçon âgé de 15 ans);
- 9) Mise en péril du bien-être d'un enfant (présentation de films pornographiques à un garçon âgé de moins de 16 ans et masturbation devant cet «enfant»);
- 10) Mise en péril du bien-être d'un enfant (présentation d'un film pornographique à un garçon âgé de moins de 16 ans).

Il a été acquitté du premier chef d'accusation parce que le jury a conclu que les parties plaignantes avaient consenti à ces actes. Il a été acquitté du huitième chef d'accusation.

L'infraction du *Code criminel* du Canada à laquelle les infractions 4, 5, 6 et 7 ont été jugées équivalentes est prévue à l'article 159:

159. (1) Quiconque a des relations sexuelles anales avec une autre personne est coupable soit d'un acte criminel et passible

ment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) Subsection (1) does not apply to any act engaged in, in private, between

(a) husband and wife, or

(b) any two persons, each of whom is eighteen years of age or more,

both of whom consent to the act.

(3) For the purposes of subsection (2),

(a) an act shall be deemed not to have been engaged in in private if it is engaged in in a public place or if more than two persons take part or are present . . .

In Canada, oral sex is not a crime. The text of the New York State law pursuant to which the applicant was convicted (sodomy in the third degree) makes it an offence to engage in “deviate sexual intercourse.” Counsel’s argument, as I understand it, is that while the description of the offences with which the applicant was charged (numbered 4 to 7 above) refer to both oral and anal sex, a guilty finding might have been permissible under the New York law, even if the jury had found that the acts committed did not include anal sex. He therefore argues that there was insufficient evidence before the Adjudicator to enable him to conclude that there was an equivalence between the offences of which Mr. Halm had been convicted in New York and the Canadian *Criminal Code* offence.

This argument is not convincing. In the first place, Mr. Halm raised, in the course of his hearing before the Adjudicator, the argument that he “could have been convicted” of oral sex, “not necessarily anal sex.” The case presenting officer indicated that he had proof that anal sex was involved but that he had not thought Mr. Halm was going to be contesting that point. Mr. Halm agreed that he did not “want to go this far.” He also indicated that he had no idea about the legal arguments he was trying to make. It was clear that Mr. Halm understood that oral sex was not a crime in Canada. He had an opportunity to state that he had not been found to have engaged in anal intercourse, if that had been the case. He could have directly stated that he had not been convicted of anal

d’un emprisonnement maximal de dix ans, soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux actes commis, avec leur consentement respectif, dans l’intimité par les époux ou par deux personnes âgées d’au moins dix-huit ans.

(3) Les règles suivantes s’appliquent au paragraphe (2):

a) un acte est réputé ne pas avoir été commis dans l’intimité s’il est commis dans un endroit public ou si plus de deux personnes y prennent part ou y assistent;

Au Canada, les relations sexuelles orales ne constituent pas une infraction. Le texte de la loi de l’État de New York en vertu duquel le requérant a été déclaré coupable (sodomie au troisième degré) dispose que les [TRADUCTION] «relations sexuelles déviantes» constituent une infraction. D’après ce que je comprends de l’argument de l’avocat, bien que la description des infractions dont le requérant a été accusé (numéros 4 à 7) mentionne à la fois des relations sexuelles anales et orales, une déclaration de culpabilité aurait été possible par application de la loi de l’État de New York, même si le jury avait conclu que les actes commis ne comprenaient pas de relations sexuelles anales. Il soutient donc que la preuve présentée à l’arbitre était insuffisante pour lui permettre de conclure que les infractions dont M. Halm a été déclaré coupable dans l’État de New York équivalaient à une infraction prévue au *Code criminel* du Canada.

Cet argument n’est pas convaincant. Premièrement, M. Halm a soulevé, au cours de l’audience tenue devant l’arbitre, l’argument selon lequel il «aurait pu être déclaré coupable» de relations sexuelles orales, et «pas nécessairement de relations sexuelles anales». L’agent chargé de la présentation des cas a révélé posséder des éléments de preuve établissant qu’il y avait eu relations sexuelles anales, mais qu’il ne pensait pas que M. Halm contesterait ce fait. Monsieur Halm a admis ne pas [TRADUCTION] «vouloir aller aussi loin». Il a aussi révélé qu’il n’avait aucune idée des arguments juridiques qu’il essayait de faire valoir. Il est clair que M. Halm comprenait que les relations sexuelles orales ne constituaient pas un crime au Canada. Il a eu l’occasion

sex. He did not do so. It is reasonable to conclude from his comments that he was not contesting that point.

The Adjudicator is required under section 19 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act* to determine if the applicant is a person with respect to whom there are reasonable grounds to believe that he has been convicted outside of Canada of an equivalent offence. There is no need to prove the equivalency beyond a reasonable doubt. All that is required are "reasonable grounds to believe."<sup>2</sup> There was certainly enough evidence before the Adjudicator, to support his conclusion in this regard.

#### Constitutionality of Section 159 of the *Criminal Code*

Counsel for the applicant argues that section 159 is unconstitutional as being contrary to sections 7 and 15 of the Charter. The Charter arguments will be discussed by first describing the context within which they arise—an inquiry leading to a deportation order—and then discussing the submission made respecting sections 7 and 15.

##### (1) Context—Deportation Proceeding

The applicant is challenging, by way of judicial review, the decision of the Adjudicator which led to the issuance of a deportation order against him. In that context, the ordinary principles of administrative law, apply. One such principle is that a decision of a quasi-judicial decision-maker (in this case the Adjudicator) will be set aside if there is an error of law on the face of the record or an error of law that goes to the jurisdiction of the decision-maker. Indeed, under paragraph 18.1(4)(c) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)], the error of law need not even be on the face of

<sup>2</sup> *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.), at pp. 225-229, contains a discussion of the concept "reasonable grounds to believe." See also *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.).

d'affirmer qu'il n'avait pas été établi qu'il avait eu des relations sexuelles anales, si cela avait été le cas. Il aurait pu déclarer directement qu'il n'avait pas été déclaré coupable de relations sexuelles anales. Il ne l'a pas fait. Il est raisonnable de conclure, à partir de ses remarques, qu'il ne contestait pas ce fait.

L'arbitre est tenu, en vertu de l'article 19 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, de déterminer si le requérant est une personne dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle a été déclarée coupable à l'étranger d'une infraction équivalente. Il n'est pas nécessaire d'établir cette équivalence au-delà de tout doute raisonnable. Il suffit qu'il existe «des motifs raisonnables de croire»<sup>2</sup>. L'arbitre disposait certainement d'une preuve suffisante pour étayer sa conclusion à cet égard.

#### La constitutionnalité de l'article 159 du *Code criminel*

L'avocat du requérant soutient que l'article 159 est inconstitutionnel parce qu'il contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte. J'examinerai les arguments fondés sur la Charte en décrivant premièrement le contexte dans lequel ils sont soulevés—soit celui d'une enquête menant à une mesure d'expulsion—puis, en examinant les prétentions formulées concernant les articles 7 et 15.

##### (1) Le contexte—la procédure d'expulsion

Le requérant conteste, par voie de contrôle judiciaire, la décision de l'arbitre qui a mené à la prise d'une mesure d'expulsion contre lui. Dans ce contexte, les principes habituels du droit administratif s'appliquent. Un de ces principes veut qu'une décision rendue par une autorité quasi judiciaire (en l'occurrence, l'arbitre) soit annulée si elle est entachée d'une erreur de droit manifeste au vu du dossier ou d'une erreur de droit touchant la compétence de l'auteur de la décision. En fait, par application de l'alinéa 18.1(4)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], il

<sup>2</sup> L'arrêt *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.), aux p. 225 à 229, contient une analyse du concept des «motifs raisonnables de croire». Voir également *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.).



the record.<sup>3</sup> The Adjudicator, in this case, found there to be an equivalency between a New York State offence and a Canadian *Criminal Code* offence. This is at the heart of the decision leading to the deportation order. If in fact there is no *Criminal Code* offence because section 159 is unconstitutional, then, the Adjudicator's decision would be based on an error of law which under the ordinary common law principles of natural justice would vitiate that decision.

In addition, the Adjudicator's decision will attract the application of section 7 of the Charter if it is one that deprives the applicant of "life, liberty and security of the person." Counsel for the respondent argues that it is unclear whether a deportation order constitutes a deprivation of an individual's liberty. In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299, the Federal Court of Appeal held that a deportation order engaged an individual's liberty interest. While the decision of the Federal Court of Appeal in the case was upheld, the Supreme Court<sup>4</sup> did not find it necessary to make a decision on this point. On the other hand, in *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35, the Federal Court of Appeal had earlier held that deportation (for a serious crime) did not engage an individual's liberty interest. Thus, the jurisprudence on this point seems divided.

Whether or not an individual's liberty interest is engaged, however, I understand both counsel to agree that at the very least the security of the person of an individual who is subject to a deportation order is engaged. See *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 and the comments of Mr. Justice Linden in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992]

<sup>3</sup> 18.1 . . .

(4) The Trial Division may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

<sup>4</sup> [1992] 1 S.C.R. 711.

n'est même pas nécessaire que l'erreur de droit soit manifeste au vu du dossier<sup>3</sup>. L'arbitre a conclu en l'espèce qu'une infraction reconnue dans l'État de New York équivalait à une infraction prévue dans le *Code criminel* du Canada. Cette conclusion est au cœur même de la décision qui a mené à la mesure d'expulsion. S'il n'existe pas effectivement d'infraction prévue au *Code criminel* parce que l'article 159 est inconstitutionnel, la décision de l'arbitre est fondée sur une erreur de droit qui entacherait cette décision en vertu des principes de justice naturelle habituels reconnus en common law.

De plus, la décision de l'arbitre donnera lieu à l'application de l'article 7 de la Charte si elle porte atteinte au droit du requérant «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». L'avocat de l'intimé fait valoir qu'il n'est pas certain qu'une mesure d'expulsion porte atteinte à la liberté d'une personne. Dans l'affaire *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299, la Cour d'appel fédérale a statué qu'une mesure d'expulsion touchait la liberté d'une personne. Bien que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans cette affaire ait été confirmée par la Cour suprême<sup>4</sup>, celle-ci n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur ce point. Par contre, dans l'arrêt *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35, la Cour d'appel fédérale avait déjà statué que l'expulsion (pour un crime grave) ne touchait pas la liberté d'une personne. Par conséquent, la jurisprudence à cet égard n'est pas unanime.

Peu importe que la liberté d'une personne soit touchée ou non, je constate que les deux avocats sont d'accord pour reconnaître qu'une mesure d'expulsion touche, à tout le moins, la sécurité de la personne qu'elle vise. Voir *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] R.C.S. 177, et les remarques du juge Linden dans *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1

<sup>3</sup> 18.1 . . .

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas:

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

<sup>4</sup> [1992] 1 R.C.S. 711.

1 F.C. 581 (C.A.), at pages 587-588. Indeed, it is difficult to see how the decision could be otherwise. The applicant in this case is in detention. He is not to be allowed to stay here as a visitor. He will be forcibly returned to a country to which he does not wish to go instead of being allowed to depart voluntarily to the country of his choice.

Thus, whether one is operating solely under the common law principles of natural justice, or also invoking section 7 of the Charter, the result in my view is the same. If the applicant can demonstrate that the Adjudicator made a decision based on an error of law because an equivalent Canadian offence does not exist, then, that decision must be set aside.

I note, as well, that there is no dispute that the applicant is entitled to challenge the validity of section 159 even though he is doing so indirectly, in the context of the deportation proceedings, and not as a result of having been charged or convicted under section 159. This follows from the Supreme Court's decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pages 312-314. In that case, the Chief Justice held that even though a corporation could not benefit from the constitutional guarantee of freedom of religion, it still had the right to challenge the validity of a law on the ground that the law infringed that guarantee. He emphasized that it was the nature of the law, not the status of the accused which was in issue. If a legislative provision is constitutionally invalid, it is constitutionally invalid for all purposes.

## (2) Section 7

I turn then to the argument that section 159 of the *Criminal Code* is unconstitutional as in conflict with section 7 of the Charter. Section 7 states:

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

There are two questions to address: (1) what is the right which section 159 infringes that can be characterized as a matter of life, liberty or security of the person? and (2) assuming such a right is found, what

C.F. 581 (C.A.), aux pages 587 et 588. En effet, il est difficile de voir comment il pourrait en être autrement. Le requérant en l'espèce est détenu. On ne lui permettra pas de demeurer au pays en qualité de visiteur. On l'obligera à retourner de force dans un pays où il ne veut pas aller, plutôt que de lui permettre de se rendre volontairement dans le pays de son choix.

Par conséquent, qu'on invoque uniquement les principes de justice naturelle reconnus en common law ou qu'on s'appuie, en outre, sur l'article 7 de la Charte, le résultat me paraît identique. Si le requérant peut établir que la décision de l'arbitre est fondée sur une erreur de droit, parce qu'il n'existe pas d'infraction équivalente au Canada, cette décision doit être annulée.

Je note également qu'il n'est pas contesté que le requérant est autorisé à contester la validité de l'article 159, bien qu'il le fasse indirectement dans le contexte d'une procédure d'expulsion, plutôt qu'après avoir été accusé ou déclaré coupable en vertu de cet article. Il en est ainsi par application de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pages 312 à 314. Dans cette cause, le juge en chef a statué qu'une personne morale, qui ne pouvait se prévaloir de la liberté de religion garantie par la Constitution, pouvait néanmoins contester la validité d'une loi au motif qu'elle violait cette garantie. Il a mis l'accent sur le fait que c'était la nature de la loi et non le statut de l'accusé qui était en cause. Lorsqu'une disposition législative est inconstitutionnelle, elle demeure inconstitutionnelle peu importe la fin poursuivie.

## (2) L'article 7

J'examinerai maintenant l'argument selon lequel l'article 159 du *Code criminel* est inconstitutionnel parce qu'il contrevient à l'article 7 de la Charte. L'article 7 dispose:

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

Deux questions doivent être tranchées: (1) quel droit auquel l'article 159 porterait atteinte peut être qualifié de droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne? (2) en supposant qu'un tel droit

is the principle of fundamental justice that is not complied with when someone is convicted of an offence under section 159?

Counsel for the applicant and counsel for the respondent characterized the right which is abrogated by section 159 at different levels of abstraction. Counsel for the applicant categorized the right as the right to control one's body without state interference. A less general characterization of the right could be said to be the right to engage in consensual sexual activity. Counsel for the respondent, however, would characterize the right as the right to engage in anal intercourse.

Counsel for the applicant's argument that section 7 encompasses the right to control one's body without state interference is based upon the Supreme Court decisions in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. In the latter, Mr. Justice Sopinka referred to the decision in *Morgentaler* as well as to that in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. He concluded that section 7 encompasses notions of personal autonomy involving, at the very least, control over one's bodily integrity free from state interference, as well as freedom from state-imposed psychological and emotional stress. He wrote:

There is no question, then, that personal autonomy, at least with respect to the right to make choices concerning one's own body, control over one's physical and psychological integrity, and basic human dignity are encompassed within security of the person, at least to the extent of freedom from criminal prohibitions which interfere with these.<sup>5</sup>

Counsel for the respondent argues that the comments in *Morgentaler* and *Rodriguez* must be related to the particular facts of those cases. He asserts that the right to control one's body, in the broadest sense, cannot be what was meant. He points out that those cases dealt with the physical integrity of the individual (arising out of concerns such as health and life). While sexual activity may be an important aspect of human life, it is argued that it is not of the same order of importance as physical security or integrity. I j

<sup>5</sup> *Rodriguez*, *supra*, at p. 588.

existe, quel est le principe de justice fondamentale qui n'est pas respecté lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction prévue à l'article 159?

a La qualification par les avocats du requérant et de l'intimé du droit abrogé par l'article 159 relève de niveaux d'abstraction différents. Selon l'avocat du requérant, il s'agit du droit d'une personne de contrôler son corps sans ingérence de l'État. En termes b moins généraux, on pourrait dire qu'il s'agit du droit d'avoir des relations sexuelles consensuelles. L'avocat de l'intimé le définit toutefois comme le droit de pratiquer le coït anal.

c La prétention de l'avocat du requérant selon laquelle l'article 7 englobe le droit d'une personne de contrôler son corps sans ingérence de l'État se fonde d sur les arrêts rendus par la Cour suprême dans les affaires *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519. Dans cette dernière cause, e le juge Sopinka a mentionné la décision rendue dans l'affaire *Morgentaler* ainsi que celle prononcée dans la cause *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123. Il a conclu que l'article 7 englobait des notions f d'autonomie personnelle qui comprend, à tout le moins, la maîtrise de l'intégrité de la personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension émotionnelle et psychologique imposée par l'État. Il a déclaré:

g Il n'y a donc aucun doute que la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale, tout au moins l'absence de prohibitions pénales qui y fassent obstacle<sup>5</sup>.

h L'avocat de l'intimé fait valoir que les remarques formulées dans *Morgentaler* et *Rodriguez* doivent être liées aux faits particuliers de ces espèces. Il soutient que le droit d'une personne de disposer de son corps, dans le sens le plus large, ne peut avoir la portée qu'on lui a imputée. Il souligne que ces causes concernaient l'intégrité physique de la personne (liée à des concepts comme la santé et la vie). Bien que la sexualité puissent constituer un aspect important de la vie humaine, il soutient qu'elle n'est pas aussi impor-

<sup>5</sup> *Rodriguez*, *supra*, à la p. 588.

would interpret the comments in *Rodriguez* as carving out for protection a broader area than just physical security. It is not necessary to decide this issue, however, since I would find it difficult, in any event, to conclude that section 159 does not engage the “liberty or security of the person.” A consequence of being convicted of the offence described therein can be a ten-year jail sentence. That alone would seem to me to engage section 7 of the Charter.

I turn, then, to the concept “principles of fundamental justice.” It has been clear, since the decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (hereinafter *B.C. Motor Vehicles*), that fundamental justice encompasses more than just natural justice or what is labelled in the United States as procedural due process. This is so despite the fact that there was some respected authority which equated the two terms, see for example, *De Smith’s Judicial Review of Administrative Action*, (4th ed., 1980, at page 157), the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, paragraph 2(e) and *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at page 923. The Supreme Court held that if only procedural guarantees were involved, the more common term “natural justice” would have been used by the drafters of the Charter. The concept “principles of fundamental justice” has been held to encompass “the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of other components of our legal system.”<sup>6</sup> This has not proved to be an easy concept to define because there is no readily identifiable body of law to give it content. The arguments of counsel, in this case, demonstrate this difficulty.

Counsel for the applicant argues that in arriving at a conclusion as to whether or not a particular law violates the principles of fundamental justice, it is necessary for the Court to undertake a balancing of the individual and state interests in the particular law. In the *Rodriguez* decision, Mr. Justice Sopinka wrote: “[w]here the deprivation of the right in question does

<sup>6</sup> *B.C. Motor Vehicles*, *supra*, at p. 512.

tante que la sécurité et l’intégrité physique. J’interprérais les remarques formulées dans *Rodriguez* comme élargissant la portée de la protection garantie au-delà de la simple sécurité physique. Il n’est pas nécessaire de trancher cette question, toutefois, car j’aurais de la difficulté à conclure, quoi qu’il en soit, que l’article 159 ne touche pas la «liberté» ou la «sécurité de la personne». Une condamnation pour l’infraction qui y est prévue peut entraîner une peine d’emprisonnement de dix ans. Ce simple fait semble, selon moi, donner lieu à l’application de l’article 7 de la Charte.

Qu’en est-il maintenant du concept des «principes de justice fondamentale»? Il est clair, depuis la décision prononcée dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 (ci-après, *B.C. Motor Vehicles*), que la justice fondamentale a une portée plus étendue que la simple justice naturelle ou que le concept désigné aux États-Unis par l’expression «procedural due process». Il en est ainsi malgré que certains auteurs respectés aient établi une correspondance entre ces deux notions; voir, par exemple, *De Smith’s Judicial Review of Administrative Action*, 4<sup>e</sup> édition, 1980, à la page 157, la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, alinéa 2e) et l’arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, à la page 923. La Cour suprême a statué que si seules des garanties procédurales avaient été en jeu, l’expression plus commune «justice naturelle» aurait été utilisée par les rédacteurs de la Charte. Le concept des «principes de justice fondamentale» a été considéré comme englobant «les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique»<sup>6</sup>. Ce concept ne s’est pas révélé facile à définir parce qu’il n’existe pas d’ensemble législatif facilement identifiable qui en précise la teneur. Les arguments des avocats en l’espèce témoignent de cette difficulté.

L’avocat du requérant soutient que la Cour doit, pour tirer une conclusion quant à l’atteinte qu’une loi donnée porte aux principes de justice fondamentale, pondérer les intérêts de l’individu et ceux de l’État dans la disposition législative visée. Dans l’arrêt *Rodriguez*, M. le juge Sopinka a déclaré: «Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien

<sup>6</sup> *B.C. Motor Vehicles*, *supra*, à la p. 512.

little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose.<sup>77</sup> Reference was made to the *Morgentaler* decision. Thus it is a principle of fundamental justice that a right listed in section 7 cannot be impaired by any law unless that law is appropriate to (proportional to) the harm which Parliament or a provincial legislature seeks to address.

With respect to the particular legislative provision in the present case, counsel for the applicant argues that it does not meet the balancing test because it establishes a different age threshold for consensual anal intercourse from that applicable to other forms of sexual activity. He argues that its purpose is to discourage homosexual youth from acknowledging their sexual orientation. He argues that in addition to exposing them to a ten-year jail term, this imposes unjustified psychological and emotional stress on them and that the purpose of the section is an invalid one.

Counsel for the respondent argues that all provisions based on age are arbitrary and that the age difference in this case is not so arbitrary as to infringe the constitutional principle of balance relevant for section 7 purposes. He concedes that to the extent the provision has as its purpose the discouraging of the recognition by youth of their homosexual orientation, the provision would have an invalid purpose. However, he does not concede that this is the sole purpose of section 159. Nor does he concede that a principle of fundamental justice is identified, in the manner which counsel for the applicant has adopted, that is, by undertaking a balancing of the state *versus* private interests.

Counsel for the respondent argues that the principles of fundamental justice are found in "an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of [the alleged principle] within the judicial process and in our legal system, as it evolves."<sup>78</sup> Counsel for the respondent argues that to determine whether an alleged principle is fundamental to our legal system

pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable<sup>77</sup>. L'affaire *Morgentaler* a été invoquée. Il existe donc un principe de justice fondamentale portant qu'une loi ne peut porter atteinte à un droit énuméré à l'article 7, à moins d'être adaptée (proportionnelle) au problème auquel le législateur fédéral ou provincial entend remédier.

En ce qui a trait à la disposition législative en cause en l'espèce, l'avocat du requérant soutient qu'elle ne satisfait pas au critère de proportionnalité parce qu'elle fixe un âge différent pour consentir aux relations sexuelles anales par rapport aux autres formes d'activités sexuelles. Il soutient que l'objectif visé consiste à décourager les jeunes homosexuels de reconnaître leur orientation sexuelle. Il prétend que cette disposition, en plus de les exposer à une peine d'emprisonnement de dix ans, leur impose une tension psychologique et émotionnelle injustifiée et que son objet est par conséquent illégal.

L'avocat de l'intimé fait valoir que toutes les dispositions fondées sur l'âge sont arbitraires et que la différence d'âge en l'espèce n'est pas arbitraire au point de porter atteinte au principe constitutionnel de proportionnalité applicable à l'article 7. Il admet que, dans la mesure où cette disposition vise à décourager la reconnaissance par les jeunes de leur orientation homosexuelle, son objet est illégal. Toutefois, il n'admet pas qu'il s'agit là du seul objet de l'article 159. Il n'admet pas non plus que la nécessité de pondérer les intérêts de l'État et les intérêts privés correspond, comme l'a affirmé l'avocat du requérant, à un principe de justice fondamentale.

L'avocat de l'intimé soutient que les principes de justice fondamentale se trouvent dans «l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce [prétendu] principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause»<sup>78</sup>. L'avocat de l'intimé prétend que, pour déterminer si un prétendu principe est fondamental

<sup>77</sup> *Rodriguez, supra*, at p. 594.

<sup>78</sup> *Rodriguez, supra*, at p. 591 quoting *B.C. Motor Vehicles*.

<sup>77</sup> *Rodriguez, supra*, à la p. 594.

<sup>78</sup> *Rodriguez, supra*, à la p. 591, avec mention de *B.C. Motor Vehicles*.

one must look at “the common law and the legislative history of the offence in question,” at the law in other jurisdiction as well as at “the rationale behind that practice and the principles which underlie it.”<sup>9</sup> He identifies the “tenet” for which justification is sought, in this case, as the right to engage in anal intercourse. He looks at the legislative history of such activity as the subject of an offence in the common law and the prevalence of similar offences in the criminal law of other countries. The legislative history of the provision and the role it has played in the past, of course, cannot lead to a conclusion that the right to anal intercourse is a basic tenet of our legal system.

This method of analysis is clearly circular. Counsel for the respondent has defined the right under section 7 at too low a level of abstraction and has also described it in the same terms as the basic tenet of our legal system for which validation is sought. I would expect that this kind of analysis would in general lead to claimed rights being denied more often than not, at least, when that right was what might be labelled a “relic from the past.” Mr. Justice Sopinka rejected this type of circular reasoning in the *Rodriguez* case.<sup>10</sup>

I note that while the references to the legislative antecedents to section 159 lead to the conclusion as noted above, the review of comparative international sources makes it clear that most modern democratic states do not adopt the age differentiation found in

<sup>9</sup> *Rodriguez*, *supra*, at pp. 591-592.

<sup>10</sup> That respect for human dignity is one of the underlying principles upon which our society is based is unquestioned. I have difficulty, however, in characterizing this in itself as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7. While respect for human dignity is the genesis for many principles of fundamental justice, not every law that fails to accord such respect runs afoul of these principles. To state that “respect for human dignity and autonomy” is a principle of fundamental justice, then, is essentially to state that the deprivation of the appellant’s security of the person is contrary to principles of fundamental justice because it deprives her of security of the person. This interpretation would equate security of the person with a principle of fundamental justice and render the latter redundant. [*Rodriguez*, *supra*, at p. 592.]

dans notre système juridique, il faut se reporter à «la common law et à l’historique législatif de l’infraction en cause» et examiner la législation d’autres ressorts et «la raison d’être de cette pratique et les principes qui la sous-tendent»<sup>9</sup>. Il identifie le «précepte» dont on cherche la justification en l’espèce comme le droit d’avoir des relations sexuelles anales. Il examine l’historique législatif de ce type d’activités comme constituant une infraction en common law et l’existence d’infractions similaires prévues par le droit criminel d’autres pays. L’historique législatif de cette disposition et le rôle qu’elle a joué par le passé ne peuvent évidemment mener à une conclusion selon laquelle le droit d’avoir des relations sexuelles anales est un précepte fondamental de notre système juridique.

Il est clair que cette méthode d’analyse est tautologique. L’avocat de l’intimé a défini le droit protégé par l’article 7 en faisant appel à un degré trop peu élevé d’abstraction, et il l’a décrit dans les mêmes termes que le précepte fondamental de notre système juridique qu’on cherche à justifier. Je m’attendrais à ce que ce type d’analyse mène généralement au rejet des droits revendiqués dans la plupart des cas, du moins, lorsque ce droit correspond à ce qu’on peut appeler une «relique du passé». Le juge Sopinka a rejeté ce type de raisonnement tautologique dans l’affaire *Rodriguez*<sup>10</sup>.

Si l’examen des antécédents législatifs de l’article 159 mènent à la conclusion susmentionnée, il demeure qu’il ressort clairement de l’étude comparative des sources internationales que la majorité des États démocratiques modernes n’établissent pas une

<sup>9</sup> *Rodriguez*, *supra*, aux p. 591 et 592.

<sup>10</sup> On ne conteste pas que le respect de la dignité humaine est l’un des principes fondamentaux de notre société. J’ai toutefois de la difficulté à le qualifier en soi de principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7. Si le respect de la dignité est à la source de plusieurs principes de justice fondamentale, les lois qui ne traduisent pas un tel respect ne vont pas toutes à l’encontre de ces principes. Affirmer que le «respect de la dignité et de l’autonomie de la personne» est un principe de justice fondamentale revient donc essentiellement à affirmer que priver l’appelante de la sécurité de sa personne est contraire aux principes de justice fondamentale parce qu’elle est privée de la sécurité de sa personne. Cette interprétation assimilerait la sécurité de la personne à un principe de justice fondamentale et rendrait ce dernier redondant. [*Rodriguez*, *supra*, à la p. 592.]

section 159. At the same time, a review of those provisions indicates that the age chosen for consensual sexual activity falls within a range and is not uniform.

I return then to counsel for the applicant's argument that the "basic tenets of our judicial system" require, in each instance, a balancing of the state interests against individual interests to see if the limitation which has been imposed on the right to liberty or security of the person is justified. That analysis would seem to be synonymous with the type of analysis which is undertaken when any breach of a Charter right is assessed for validity under section 1. It would seem also to expand section 7 so that it becomes an omnivorous section, eclipsing many other provisions of the Charter. At the same time, the extent to which what is a principle of fundamental justice becomes equated with societal acceptance of certain values, the values protected thereby may become attenuated. After all, Parliament is presumed to operate in conformity with the societal values of the majority. Yet the Charter was designed as a bulwark against such opinions—as protection for individual rights in the face of the views of the majority.

As a trial judge, I recognize that the development of the common law is the result of alternating expansions and contractions. At one stage, general principles are enunciated by judicial pronouncement. These, over the course of time, eventually become articulated in more specific terms until, often, a fairly rigid system of jurisprudential rules develop. These will remain until the rules are again "blown open" by a general judicial pronouncement. When an area of law has been "blown open," by a decision of the highest court, it is very difficult, in the initial stages thereafter, for a lower court to determine exactly how decisions are to be made. I find this to be the case with the admonition that when dealing with section 7, one is to identify the "basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of other components of our legal system."

distinction fondée sur l'âge comme celle qui se trouve à l'article 159. Par ailleurs, l'examen de ces dispositions démontre que l'âge fixé pour des relations sexuelles consensuelles varie à l'intérieur de certaines limites et n'est pas uniforme.

Je reviens à l'argument de l'avocat du requérant selon lequel les «préceptes fondamentaux de notre système judiciaire» exigent, dans chaque cas, qu'on pondère les intérêts de l'État et ceux de l'individu afin de déterminer si la restriction imposée au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne est justifiée. Cette analyse semble identique à celle effectuée dans tous les cas où l'on apprécie une atteinte à un droit garanti par la Charte pour déterminer si elle se justifie conformément à l'article premier. Elle semble aussi étendre la portée de l'article 7, de sorte qu'il devienne une disposition fourre-tout éclipsant beaucoup d'autres dispositions de la Charte. Par ailleurs, dans la mesure où un principe de justice fondamentale finit par correspondre à l'acceptation sociale de certaines valeurs, les valeurs qu'il protège peuvent s'atténuer. Après tout, le législateur est présumé agir en accord avec les valeurs sociales de la majorité. Pourtant, la Charte a été conçue comme un rempart contre de telles opinions—c'est-à-dire, pour protéger les droits individuels face aux points de vue de la majorité.

En ma qualité de juge de première instance, je reconnais que l'évolution de la common law résulte de mouvements d'expansion et de contraction qui surviennent en alternance. Tout d'abord, des principes généraux sont énoncés par les tribunaux judiciaires. Puis, avec le temps, ils sont formulés en termes plus précis, souvent, jusqu'à l'élaboration d'un système assez rigide de règles jurisprudentielles. Ce système demeure en place jusqu'à ce que les tribunaux judiciaires les fassent «sauter» en termes généraux. Lorsqu'une partie du droit «saute» ainsi par suite d'une décision d'un tribunal d'instance supérieure, il est très difficile, du moins au début, pour une cour d'instance inférieure de déterminer exactement comment elle doit rendre ses décisions. C'est le cas, selon moi, de la mise en garde voulant qu'on doive, pour appliquer l'article 7, identifier les «préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique».

If the *B.C. Motor Vehicles* case had not contained the broad definition referred to above, I would have interpreted section 7 as being somewhat analogous in nature to the principles encompassed by the rules of natural justice. I would not see it as requiring the Court, in every instance, to evaluate the substantive policy of particular pieces of legislation and decide whether the state interest was proportionally balanced to the deprivation of individual rights. In the first place, the grammatical structure of section 7 indicates that the “principles of fundamental justice” are adjectival—the rights (life, liberty and security of the person) are not to be taken away except in accordance with those principles. Thus, the principles place limits on how the rights are to be taken away, not whether or not as a policy matter they should be.

In addition, all the legislative history of section 7 indicates that it was not intended that the section should be the equivalent of substantive due process in the United States—it was not intended that the courts should exercise a broad policy-reviewing role with respect to all legislation. The capacity to act as the United States Supreme Court had done, in striking down the New Deal legislation in that country, was clearly not something which the drafters of the Charter wished to import.

When I review the cases which have found that a principle of fundamental justice has been infringed, I find situations which could be said to be analogous to, although not limited to, the rules of natural justice. In the *Morgentaler* decision the law was found to be invalid as being too vague. In other cases, provisions have been found to be invalid because *mens rea* was not required<sup>11</sup> or because the individual had no knowledge of the sanction imposed on him.<sup>12</sup> Others relate to the nature of admissible evidence.<sup>13</sup> These concerns are analogous to the principles of natural justice which require, for example, that a person must know the case against him or her before being disadvantaged by a decision and be given an adequate opportunity to answer.

<sup>11</sup> *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.

<sup>12</sup> *B.C. Motor Vehicles*, *supra*.

<sup>13</sup> *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577.

Si la définition large susmentionnée n'avait pas été énoncée dans *B.C. Motor Vehicles*, j'aurais interprété l'article 7 comme étant de nature analogue aux principes compris dans les règles de justice naturelle. Je ne le considérerais pas comme exigeant que la Cour évalue dans chaque cas la politique substantielle de chaque loi et décide si l'intérêt de l'État fait contre-poids à l'atteinte portée aux droits individuels. En premier lieu, la structure grammaticale du libellé de l'article 7 indique que les termes «principes de justice fondamentale» sont des déterminants—les droits (à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne) ne peuvent être niés qu'en conformité avec ces principes. Par conséquent, ces principes limitent la façon dont ces droits peuvent être niés, et ne tranchent pas la question de principe quant à savoir s'ils devraient l'être ou non.

De plus, tout l'historique législatif de l'article 7 indique que le législateur n'avait pas l'intention d'en faire l'équivalent du concept substantiel du *due process* aux États-Unis—il n'avait pas l'intention que les juges exercent un large contrôle des politiques concernant toutes les lois. Il est clair que les rédacteurs de la Charte ne désiraient pas importer le pouvoir d'agir comme la Cour suprême des États-Unis a agi en annulant la loi donnant effet au New Deal.

En examinant les causes dans lesquelles on a jugé qu'un principe de justice fondamentale avait été violé, je trouve des situations dont on pourrait dire qu'elles sont analogues aux règles de justice naturelle, mais qu'elles ne s'y limitent pas. Dans la décision *Morgentaler*, la loi a été jugée invalide en raison de son imprécision. Dans d'autres causes, des dispositions ont été invalidées parce qu'elles n'exigeaient pas l'existence d'une *mens rea*<sup>11</sup>, ou parce que la personne en cause ne connaissait pas la sanction qui lui était imposée<sup>12</sup>. D'autres concernent la nature des éléments de preuve recevables<sup>13</sup>. Ces considérations s'apparentent aux principes de justice naturelle qui exigent, par exemple, qu'une personne sache ce qu'on lui reproche avant de faire l'objet d'une déci-

<sup>11</sup> *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

<sup>12</sup> *B.C. Motor Vehicles*, *supra*.

<sup>13</sup> *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577.



In any event, most of the arguments which are made in this case for the purposes of section 7 are also repeated for the purposes of section 15. I prefer to deal with them within the latter.

### (3) Section 15

The section provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

It is argued that section 159 of the *Criminal Code* infringes that section on two grounds: (1) it discriminates on the basis of sexual orientation which is an analogous ground to those specifically listed in section 15, and (2) it discriminates on the basis of age because other comparable provisions of the *Criminal Code* relating to sexual activities stipulate the age of consent as 14.

I did not understand the respondent to suggest that sexual orientation was not an analogous ground. However, he argued that: (1) section 159 does not just proscribe anal intercourse as between males, it applies also to heterosexual as well as homosexual coupling; (2) not all male homosexual couples engage in this kind of sexual activity; and (3) while homosexuals may be an analogous group for section 15 purposes, section 159 does not directly address itself to sexual orientation. Counsel for the applicant, on the other hand, argues that the section has a disparate impact in so far as homosexual males are concerned and therefore discriminates against them. I do note that in the debates in the House of Commons, the antecedents to section 159 and section 159 itself are referred to as the "homosexual provisions." I am persuaded, on the basis of the statistical evidence

sion défavorable, et qu'on lui donne une occasion suffisante de répondre à ces allégations.

Quoi qu'il en soit, la plupart des arguments invoqués relativement à l'article 7 sont également invoqués en ce qui a trait à l'article 15. Je préfère les traiter en rapport avec ce dernier article.

### (3) L'article 15

Cet article dispose:

15. (1) La Loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et aux mêmes bénéfices de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge, ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Le requérant soutient que l'article 159 du *Code criminel* enfreint cet article pour deux raisons: (1) il établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, un motif analogue à ceux énumérés expressément à l'article 15, et (2) il établit une discrimination fondée sur l'âge parce que d'autres dispositions comparables du *Code criminel* concernant les activités sexuelles fixent l'âge du consentement à 14 ans.

D'après ce que j'ai compris, l'intimé n'a pas suggéré que l'orientation sexuelle ne constitue pas un motif analogue. Toutefois, il fait valoir les prétentions suivantes: (1) l'article 159 n'interdit pas les relations sexuelles anales uniquement entre les personnes de sexe masculin, il s'applique autant aux relations hétérosexuelles qu'aux relations homosexuelles; (2) ce ne sont pas tous les couples d'homosexuels qui pratiquent ce type d'activité sexuelle; (3) enfin, bien que les homosexuels constituent un groupe analogue pour l'application de l'article 15, l'article 159 ne vise pas directement l'orientation sexuelle. L'avocat du requérant soutient, par contre, que cet article a un effet différent sur les homosexuels de sexe masculin et qu'il établit donc une discrimination contre eux. Je constate que, dans les débats de la Chambre des communes, on fait allusion aux dispositions que l'ar-

which has been filed that counsel for the applicant's argument is correct.

In addition, as I understand the respondent's argument, it is conceded that section 159 constitutes an infringement of section 15 on the ground of age. The respondent's memorandum of fact and law acknowledges that section 159 draws a distinction based upon the enumerated ground of age and that this distinction is discriminatory: it imposes a burden upon a person under the age of 18 (who is neither husband nor wife), specifically, the risk of criminal prosecution in circumstances where such burden is not imposed upon a person 18 years of age or older.<sup>14</sup>

The jurisprudence is clear that once discrimination under section 15 has been found to exist, that discrimination must then be assessed in the light of section 1 of the Charter.<sup>15</sup> Section 1 provides:

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

One turns then to consider whether the discrimination which is admitted to exist can meet the test of being "demonstrably justified in a free and democratic society." The burden of proof is on the respondent. It must be shown that there is a legislative purpose of sufficient importance to warrant abrogating the constitutionally protected right not to be discriminated against and that the means chosen to achieve that objective are both reasonable and demonstrably justified.<sup>16</sup> Within this second analysis one must examine: (1) whether there is a rational connection between the objective and the means chosen to attain it; (2) whether the chosen means impair the rights as little as possible; and (3) whether there is a propor-

<sup>14</sup> Par. 198 of the respondent's memorandum of fact and law.

<sup>15</sup> *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 181-182. See also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3d ed., (1992), at pp. 1165-1166.

<sup>16</sup> *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-140; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

ticle 159 a remplacées et à l'article 159 proprement dit en les désignant comme les «dispositions sur l'homosexualité». Je suis convaincue, à partir de la preuve statistique qui a été produite, que l'argument de l'avocat du requérant est juste.

En outre, d'après ce que je comprends de l'argument de l'intimé, il admet que l'article 159 contrevient à l'article 15 en créant une discrimination fondée sur l'âge. Dans son mémoire, l'intimé reconnaît que l'article 159 établit une distinction fondée sur l'âge, qui est l'un des motifs énumérés, et que cette distinction est discriminatoire: elle impose un fardeau aux personnes de moins de 18 ans (qui ne sont pas mari et femme) et, plus particulièrement, le risque d'une poursuite criminelle dans des circonstances dans lesquelles un tel fardeau n'est pas imposé aux personnes de 18 ans et plus<sup>14</sup>.

La jurisprudence établit clairement que la discrimination visée par l'article 15, une fois prouvée, doit être appréciée en regard de l'article premier de la Charte<sup>15</sup>. L'article premier se lit comme suit:

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

Il s'agit alors de se demander si la discrimination dont l'existence a été concédée satisfait au critère voulant que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». C'est l'intimé qui a le fardeau de la preuve. Il doit prouver que la disposition législative en cause a un objet suffisamment important pour justifier la suppression du droit constitutionnel de ne pas subir de discrimination et que les moyens retenus pour réaliser cet objet sont raisonnables et ont une justification qui puisse se démontrer<sup>16</sup>. Dans le cadre de cette deuxième analyse, il faut examiner la question de savoir: (1) s'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et les moyens retenus pour y parvenir; (2) si l'atteinte

<sup>14</sup> Para. 198 du mémoire de l'intimé.

<sup>15</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux p. 181 et 182. Voir également Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> édition, 1992, aux p. 1165 et 1166.

<sup>16</sup> *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux p. 138 à 140; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

tionality between the effects of the means and the legislative objectives.

The first step, then, is to identify the purpose or purposes of the provision in question. Counsel for the applicant, as noted, characterizes its purpose as being to discourage homosexual youths from acknowledging their sexual orientation. Counsel for the respondent, on the other hand, characterizes the purpose as being to protect youth from the increased risk of HIV transmission which arises from anal intercourse. Counsel agree that both the purpose and the effects of a legislative provision are relevant. Either can invalidate the legislation. This follows from the Supreme Court decision in *Big M Drug Mart*, where it was said: "effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose."<sup>17</sup> While *Big M Drug Mart* dealt with the identification of the purpose of legislative provisions in relation to paragraph 2(a) of the Charter (freedom of religion), I do not understand the process to be any different when an analysis under section 1 is being undertaken.

Both counsel also agree that the purpose must be assessed as of the date of the law's enactment and that one cannot justify a provision by relying upon a purpose that the provision might have come to serve at a later time:<sup>18</sup> legislation which is invalid cannot be saved by a shifting purpose. One issue between the parties, in this case, the date as of which an examination of the purpose of the impugned provision should take place.

There can be little doubt that section 159 of the *Criminal Code* had its origins in the sodomy laws of the middle ages and earlier.<sup>19</sup> These were carried forward into the first codification of the Canadian criminal law in 1892 [*The Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29],<sup>20</sup> where they remained for a long time

<sup>17</sup> *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, *supra*, at p. 334.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> M. Goodich, "Sodomy in Medieval Secular Law" (1976), 1 *J. Homosexuality* 295.

<sup>20</sup> D. H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892* (Toronto: Univ. of Toronto Press, 1989); G. Parker, "The Origins of the Criminal Code", in D. H. Flaherty (éd.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1 (Toronto: Univ. of Toronto Press, 1981).

aux droits causée par ces moyens est minimale; enfin, (3) si l'effet de ces moyens est proportionnel à l'objet de la loi.

La première étape consiste donc à établir l'objet ou les objets de la disposition en cause. Tel que je l'ai déjà précisé, l'avocat du requérant affirme qu'elle a pour objet de décourager les jeunes homosexuels de reconnaître leur orientation sexuelle. L'avocat de l'intimé prétend, par contre, que cette disposition vise à protéger les jeunes du risque accru de transmission du VIH que présentent les relations sexuelles anales. Les avocats s'entendent pour dire que l'objet et l'effet de la loi sont tous les deux pertinents. L'un et l'autre peuvent la rendre invalide. Ce principe ressort de l'arrêt *Big M Drug Mart* de la Cour suprême, dans lequel elle a affirmé: «les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable»<sup>17</sup>. Bien que l'arrêt *Big M Drug Mart* concerne la détermination de l'objet de dispositions législatives en regard de l'alinéa 2a) de la Charte (liberté de religion), je ne vois pas en quoi le processus à suivre serait différent lorsqu'on en analyse l'objet en regard de l'article premier.

Les deux avocats s'entendent également sur le fait que l'objet de la loi doit être évalué par rapport au moment de son adoption et qu'il n'est pas possible de justifier une disposition en se fondant sur le but que cette disposition peut servir à une date ultérieure<sup>18</sup>: une loi inconstitutionnelle ne peut être validée par un facteur changeant. En l'espèce, le litige entre les parties touche aussi la date à laquelle l'examen de l'objet de la disposition contestée doit être effectué.

Il est assez clair que l'article 159 du *Code criminel* tire ses origines des lois sur la sodomie remontant au Moyen Âge et même plus loin<sup>19</sup>. Ces lois ont été reprises dans la première codification du droit criminel canadien en 1892 [*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29]<sup>20</sup>, et elles y sont demeurées très

<sup>17</sup> *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, *supra*, à la p. 334.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> M. Goodich, «Sodomy in Medieval Secular Law» (1976), 1 *J. Homosexuality* 295.

<sup>20</sup> D. H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1989; G. Parker, «The Origins of the Criminal Code», dans D. H. Flaherty (éd.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1981.

thereafter. Significant reforms to the *Criminal Code* were enacted in 1969 [*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38]. These saw many types of sexual activity previously subject to criminal prosecution removed from the Code.<sup>21</sup> The aphorism most closely associated with those reforms is "the state has no business in the bedrooms of the nation." The amendments made to the Code relevant for present purposes were clearly influenced by the Wolfenden Report.<sup>22</sup> The then Minister of Justice, Mr. Turner, in speaking to the proposed amendments in the House of Commons said:

These amendments remove certain sexual conduct between consenting adults in private from the purview of the criminal law. There is one point which I cannot emphasize too strongly in this regard. It is that parliament would not, in enacting these amendments, be condoning this type of conduct. Parliament by not imposing the criminal law upon fornication or adultery is not thereby condoning fornication or adultery. By having broadened the laws affecting divorce during the last parliament, parliament did not by that promote or condone divorce as a remedy worthy of emulation. Individuals will continue to be responsible to themselves for their moral behaviour.

I should like to place on the record a passage from the Wolfenden report dealing with this matter in the United Kingdom:

Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law's business.<sup>23</sup> [Underlining added.]

A reading of the debates and the legislative history, including the Wolfenden Report, makes it clear that a distinction was made between the age of con-

<sup>21</sup> *House of Commons Debates*, 28th Parl., 1st Sess., (Second Reading of Bill C-150), at pp. 4723, 4746-4747, 4759, 4777-4792, 4861-4866, 5376-5391, 5410-5414, 5467-5508, 5916, 5944-5952 (January 23, 24, 27, February 11, 13, 25, 1969); Canada, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-150*, at p. 171 (March 4, 1969); *House of Commons Debates*, 28th Parl., 1st Sess., (Third Reading of Bill C-150), at pp. 7605-7619, 7630-7648, 7658-7675, 7690-7708, 7750-7773, 8606-8610, 8669 (April 16, 17, 18, 21, May 12, 13, 1969).

<sup>22</sup> *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (London: 1957).

<sup>23</sup> *House of Commons Debates*, 1st Sess., 28th Parl., at p. 4723 (January 23, 1969).

longtemps par la suite. Des réformes importantes du *Code criminel* ont été entreprises en 1969 [*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38]. À cette occasion, de nombreux types d'activités sexuelles qui pouvaient auparavant donner lieu à des poursuites criminelles ont été rayées du Code<sup>21</sup>. Selon l'aphorisme le plus étroitement associé à ces réformes, «ce qui se passe dans la chambre à coucher des citoyens ne regarde pas l'État». Les modifications au Code qui sont pertinentes en l'espèce ont été nettement influencées par le Wolfenden Report<sup>22</sup>. Le ministre de la Justice alors en place, M. Turner, a déclaré en Chambre, relativement aux modifications proposées:

Ces modifications enlèvent de l'empire de la loi certains actes sexuels commis dans l'intimité par des adultes consentants. Il y a un point sur lequel je ne puis trop appuyer à cet égard: le Parlement, en adoptant ces modifications, n'excusera pas ces mœurs. Ce n'est pas parce que le Parlement n'applique pas le Code criminel pour la fornication et l'adultère qu'il excuse la fornication et l'adultère. Ce n'est pas parce que le Parlement a élargi la législation sur le divorce qu'il a favorisé, excusé ou entériné la destruction des liens légitimes par le divorce comme une institution digne d'émulation. Les individus continueront à être responsables envers eux-mêmes de leur conduite morale.

Je voudrais consigner au compte rendu un passage tiré du rapport Wolfenden traitant de cette question au Royaume-Uni:

À moins que la société ne s'efforce délibérément, par l'intermédiaire de la loi, d'établir un parallèle entre le crime et le péché, il restera le domaine de la moralité ou de l'immoralité privée qui, disons-le, crûment, ne regarde pas la loi<sup>23</sup>. [Soulignement ajouté.]

La lecture des débats et de l'historique de la loi, y compris le rapport Wolfenden, fait nettement ressortir qu'une distinction a été faite entre l'âge du consente-

<sup>21</sup> *Débats de la Chambre des communes*, 28<sup>e</sup> Lég. 1<sup>re</sup> sess. (2<sup>e</sup> lecture du projet de loi C-150), aux p. 4723, 4746 et 4747, 4759, 4777 à 4792, 4861 à 4866, 5376 à 5391, 5410 à 5414, 5467 à 5508, 5916, 5944 à 5952 (les 23, 24 et 27 janvier, et les 11, 13 et 25 février 1969); Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-150*, à la p. 171 (4 mars 1969); *Débats de la Chambre des communes*, 28<sup>e</sup> Lég. 1<sup>re</sup> sess. (3<sup>e</sup> lecture du projet de loi C-150), aux p. 7605 à 7619, 7630 à 7648, 7658 à 7675, 7690 à 7708, 7750 à 7773, 8606 à 8610, 8669 (les 16, 17, 18 et 21 avril et les 12 et 13 mai 1969).

<sup>22</sup> *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Londres, 1957.

<sup>23</sup> *Débats de la Chambre des communes*, 28<sup>e</sup> Lég., 1<sup>re</sup> scss., à la p. 4723, le 23 janvier 1969.

sent under what is now section 159 and the age of consent for other types of consensual sexual activity because (1) homosexual practices were considered immoral and (2) there was a concern that homosexuality was a learned behaviour or a disease such that de-criminalizing the activity in question could lead to youth being corrupted. The Code provisions were again amended in 1988 [*An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24 (now R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 19)] and the present section 159 came into existence at that time with the age of consent being reduced from 21 to 18 years.

I accept counsel for the respondent's argument that whatever may have been the purpose of the provisions in earlier times, if that purpose changed with the 1988 amendment, or if a new and valid purpose became a foundation of the section, then, that new purpose can be relied upon as support for the section's validity. Such would not be a shifting purpose as proscribed in *Big M Drug Mart*. The question, however, is whether such a new purpose did in fact become a foundation of the section.

Counsel for the respondent describes the purposes of section 159 as being three in number: (1) to reinforce moral precepts; (2) to inhibit homosexual youth from acknowledging their sexual orientation at an early age;<sup>24</sup> (3) to protect young persons from the increased risk of HIV transmission. I am not prepared to find that the first, by itself, is a purpose which can support making the activity in question a *Criminal Code* offence. I agree that there has always been a close connection between the criminal code and moral values. That does not mean, however, that today in our pluralistic society, that moral values alone can justify making an activity criminal. If it could one immediately has to ask "by whose moral values is the state to be guided"? I am not persuaded that in a free and democratic society that it is justifiable to make an activity criminal merely because a

<sup>24</sup> The actual wording in the respondent's memorandum is "to protect young persons from engaging in non-usual sexual activities."

ment fixé à l'article qui porte maintenant le numéro 159 et l'âge du consentement aux fins d'autres types d'activités sexuelles consensuelles parce que (1) les pratiques homosexuelles étaient considérées comme immorales et (2) on craignait que l'homosexualité soit un comportement appris ou une maladie, de sorte que la décriminalisation de cette activité pourrait mener à la corruption de la jeunesse. Les dispositions du Code ont été à nouveau modifiées en 1988 [*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24 (maintenant L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19)] et l'article 159, tel qu'il se lit aujourd'hui, a été édicté à cette époque, lorsque l'âge du consentement a été abaissé de 21 à 18 ans.

Je retiens l'argument de l'avocat de l'intimé selon lequel peu importe l'objet qu'ont pu avoir ces dispositions autrefois, si cet objet a changé lors des modifications de 1988, ou si un nouvel objet valable l'a remplacé comme fondement de cet article, il est possible d'invoquer ce nouvel objet à l'appui de la validité de cet article. Il ne s'agirait pas d'un facteur changeant prohibé par l'arrêt *Big M Drug Mart*. Toutefois, la question à trancher est celle de savoir si un nouvel objet est effectivement devenu le fondement de cet article.

L'avocat de l'intimé décrit l'objectif de l'article 159 comme comportant trois volets: (1) renforcer les préceptes moraux; (2) empêcher les jeunes homosexuels de reconnaître leur orientation sexuelle dès leur jeunesse<sup>24</sup>; (3) protéger les jeunes du risque accru de transmission du VIH. Je ne suis pas disposée à conclure que le premier volet énoncé constitue en soi un objet pouvant appuyer la criminalisation de cette activité dans le *Code criminel*. Je reconnais qu'un lien étroit a toujours existé entre le *Code criminel* et les valeurs morales. Cela ne signifie toutefois pas que, dans la société pluraliste dans laquelle nous vivons aujourd'hui, les valeurs morales puissent, à elles seules, justifier la criminalisation d'une activité. Si c'était le cas, il faudrait se demander immédiatement quelles valeurs morales devraient guider l'État. Je ne suis pas convaincue que, dans une société libre

<sup>24</sup> Le véritable libellé du mémoire de l'intimé est le suivant: [TRADUCTION] «pour protéger les jeunes afin qu'ils ne participent pas à des activités sexuelles inhabituelles».

segment, indeed maybe a majority, of the citizenry consider it to be immoral.

Counsel for the respondent concedes that the second purpose is invalid for constitutional purposes. That leaves for consideration whether the protection of the young from increased risk of HIV transmission is a purpose underlying section 159. Counsel for the applicant agrees that if it is, then, there is no doubt that that purpose has become more pressing and substantial than it was in 1988. He denies however that that was or is its purpose.

The argument that the prevention of HIV transmission is a purpose of section 159, in my view, simply does not stand up on an examination of the evidence. I accept that one looks for purpose in the legislative history of a section, including any reports on which it may have been based. These include in this case the Fraser Report<sup>25</sup> and the Badgley Report.<sup>26</sup> The purpose can be assessed by considering related provisions, that is, by reading the impugned provision in its legislative context, as well as by considering the debates and legislative committee proceedings relating thereto.

Prior to 1986, for obvious reasons, there was no mention of HIV transmission as being a purpose behind the precursors to section 159. When the *Criminal Code* amendments of 1988 were first introduced in the House of Commons in November 1986, there was no mention of this as a purpose, by the sponsoring Minister. Subsequently, in the House of Commons debate, Mr. Svend Robinson noted that it was strange that the age of consent in what is now section 159 was lowered from 21 to 18 when the Special Committee on Equality Rights had recommended "that there should be a uniform age of consent for

<sup>25</sup> Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985 (Chair: P. Fraser) (hereinafter the "Fraser Report").

<sup>26</sup> Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984 (Chair: R. F. Badgley) (hereinafter the "Badgley Report").

et démocratique, la criminalisation d'une activité puisse se justifier uniquement parce qu'une partie ou peut-être même la majorité des citoyens la considèrent immorale.

L'avocat de l'intimé admet que le deuxième volet énoncé est inconstitutionnel. Il reste donc à déterminer si l'objectif de protéger les jeunes du risque accru de transmission du VIH sous-tend l'article 159. L'avocat du requérant convient que, le cas échéant, cet objet est sans aucun doute devenu beaucoup plus urgent et important qu'en 1988. Il nie toutefois que tel ait été ou que tel soit l'objet de cette disposition.

La prétention selon laquelle l'article 159 a notamment pour objet de prévenir la transmission du VIH ne tient tout simplement pas, selon moi, si l'on examine la preuve. J'admets qu'il faut chercher l'objet d'une disposition dans l'historique de la loi, y compris dans les rapports sur lesquels elle est fondée. Ces éléments comprennent, en l'espèce, le rapport Fraser<sup>25</sup> et le rapport Badgley<sup>26</sup>. L'objet d'une disposition peut être apprécié par l'examen de dispositions connexes, c'est-à-dire, en interprétant la disposition contestée dans son contexte législatif, ainsi qu'en examinant les débats et les délibérations du comité législatif qui s'y rapportent.

Pour des raisons évidentes, on n'a jamais mentionné la prévention de la transmission du VIH, avant 1986, comme un objet des dispositions que l'article 159 a remplacées. Lorsque les modifications de 1988 au *Code criminel* ont été présentées pour la première fois à la Chambre des communes, en novembre 1986, le ministre responsable du projet de loi ne l'a pas mentionnée comme l'un des objets de ces modifications. Par la suite, lors des débats de la Chambre des communes, M. Svend Robinson a souligné qu'il était étrange que l'âge du consentement dans la disposition qui porte maintenant le numéro 159 soit

<sup>25</sup> Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985 (Président: P. Fraser) (ci-après appelé le «rapport Fraser»).

<sup>26</sup> Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984 (Président: R. F. Badgley) (ci-après appelé le «rapport Badgley»).

homosexual and heterosexual activity.”<sup>27</sup> He argued that “If the Government wants to justify this form of discrimination, surely it will have to demonstrate to the committee that this conduct is more harmful than heterosexual conduct or other homosexual conduct in the same age group.”<sup>28</sup> Ms. Margaret Mitchell, Member of Parliament from Vancouver East (NDP), raised the same issue: “This Bill discriminates on the basis of sexual orientation. We believe there should be a consistent age of consent for both men and women.”<sup>29</sup>

The first occasion on which there was any mention of HIV transmission was after the Bill (Bill C-15) [*An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, 2nd Sess., 33rd Parl.] had left the floor of the House and was before the relevant Committee. When the then Minister of Justice, Mr. Hnatyshyn, appeared as a witness before that Committee, Mr. Robinson again raised the question of why the age differential existed. Mr. Hnatyshyn responded by saying that medical evidence indicated that different kinds of psychological or physical harm might attach to different types of intercourse for young people, that medical experts were not certain at what age sexual preference was established and also “the question here is the heightened danger of contracting Acquired Immune Deficiency Syndrome or other sexually transmittal disease from anal intercourse.”<sup>30</sup>

Mr. Robinson pursued his questioning with other witnesses who appeared before that Committee. He asked Dr. Bala, a witness appearing as a representa-

<sup>27</sup> See *House of Commons Debates*, 2nd sess., 33rd Parl., at p. 1046 (November 4, 1986).

<sup>28</sup> *Ibid.* See also *ibid.*, at p. 1063—where a feeble and somewhat incoherent attempt was made to respond to his query as follows: “All children under 18 cannot be treated on the same basis. There is a major change, a major distinction to be made with respect to children aged 13, 15 or 18 for example.”

<sup>29</sup> *Ibid.*, at p. 1067.

<sup>30</sup> Canada, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15 An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, at p. 1:30 (November 27, 1986).

abaissé de 21 à 18 ans, alors que le Comité spécial sur l'égalité des droits avait recommandé «qu'on adopte un âge de consentement uniforme pour les activités homosexuelles et hétérosexuelles<sup>27</sup>». Il a soutenu: «[s]'il veut justifier cette distinction, le gouvernement devra d'abord prouver au comité que cette activité est plus nuisible que l'activité hétérosexuelle ou que d'autres activités homosexuelles pratiquées entre gens du même âge<sup>28</sup>». Madame Margaret Mitchell, députée de Vancouver-Est (NPD), a soulevé la même question: «Ce projet de loi établit une distinction injuste fondée sur l'orientation sexuelle. L'âge du consentement devrait être le même pour les hommes et les femmes<sup>29</sup>».

La première occasion à laquelle on a fait mention de la transmission du VIH est survenue après que le projet de loi C-15 [*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég.] a quitté la Chambre des communes pour être étudié par le comité dont il relevait. Lorsque le ministre de la Justice d'alors, M. Hnatyshyn, a comparu en qualité de témoin devant le comité, M. Robinson a de nouveau soulevé la question du fondement de cette différenciation fondée sur l'âge. Monsieur Hnatyshyn a répondu en déclarant que la preuve médicale indiquait que différents types de préjudices psychologiques ou physiques causés à des jeunes pouvaient être liés à différents types de relations sexuelles, que les experts médicaux ne pouvaient établir avec certitude à quel âge la préférence sexuelle était établie et qu'il était question du danger accru de contracter le syndrome d'immunodéficiência acquise ou une autre maladie vénérienne par coït anal<sup>30</sup>.

Monsieur Robinson a poursuivi ses questions avec d'autres témoins qui ont comparu devant ce comité. Il a demandé au Dr Bala, un témoin qui représentait le

<sup>27</sup> Voir *Débats de la chambre des communes*, 33<sup>e</sup> Lég., 2<sup>e</sup> sess., à la p. 1046, le 4 novembre 1986.

<sup>28</sup> *Ibid.* Voir aussi *ibid.*, à la p. 1063—où une réponse timide et quelque peu incohérente a été donnée à sa question: «On ne peut pas traiter tous les enfants de moins de 18 ans sur le même pied. Il y a un gros changement, une grosse distinction à faire entre les enfants qui ont, par exemple, 13, 15 ou 18 ans».

<sup>29</sup> *Ibid.*, à la p. 1067.

<sup>30</sup> Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15, Loi modifiant le Code criminel et la Loi de la preuve au Canada*, à la p. 1:30, le 27 novembre 1986.

tive of Canadian Council on Children and Youth, whether the provision could have a health purpose. Dr. Bala responded that if AIDS transmission was really the concern underlying what is now section 159, then, surely this would justify raising the age of consent, not lowering it to 18.<sup>31</sup> He also noted that if the protection of health underlay the section, then, logically the prohibition should apply to everyone, regardless of their age. In so far as exploitation of the young was concerned he pointed out that there were other provisions in the proposed legislation which dealt with that concern and that there was no need for a separate provision to deal with this particular activity.<sup>32</sup>

Mr. Robinson questioned Dr. Mian, Director of the Suspected Child Abuse and Neglect (SCAN) Program, Toronto Hospital for Sick Children. Her response was similar to that of Dr. Bala:

I really do not see there is any real difference between anal and vaginal intercourse in terms of psychological effects. There may be some difference with regards only to the issue of AIDS, and since there have been no reported cases in young people as a result of sexual activity, I think we are really not in a position to speak to that.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> *Ibid.*, at p. 3:17 (December 11, 1986).

<sup>32</sup> ... you should have age provisions that are consistent with whatever age provisions you are having. In other words, there is no reason to single out this particular offence for different kinds of age treatment. It would be our position that to the extent you are singling out this particular offence, it is covered by all the other sexual offences that you have. There is nothing that particularly makes this offence more serious than other kinds of unwanted or inappropriate sexual activity.

I think we as a society are coming to realize and accept that while the majority may not wish to or want to or desire to participate in homosexual activity—as a parent, one might hope his child grows up to be a heterosexual, for a variety of reasons—it does not mean that we are going to take people who are engaging in homosexual conduct and particularly criminalize their conduct, unless there is a very good reason for it. Certainly from what I have read of the Badgley report and others, there is no evidence that suggests this is particularly a concern, aside from the issue of AIDS. But I am not sure that the evidence is such that the best way to deal with the problem of AIDS is through criminalizing this particular kind of conduct. [*Ibid.*, at pp. 3:36-3:37 (December 11, 1986).]

<sup>33</sup> *Ibid.*, at p. 5:9 (December 17, 1986).

Conseil canadien de l'enfance et de la jeunesse, si cette disposition pouvait avoir un objet lié à la santé. Le Dr Bala a répondu que si la transmission du SIDA était effectivement une préoccupation à l'origine de la disposition qui porte maintenant le numéro 159, il serait sûrement justifié d'augmenter l'âge du consentement, plutôt que de l'abaisser à 18 ans<sup>31</sup>. Il a en outre souligné que si cet article était fondé sur la protection de la santé, il faudrait, logiquement, que cette interdiction s'applique à tous, sans égard à l'âge. En ce qui a trait à l'exploitation des jeunes, il a précisé que d'autres dispositions de la loi proposée régissaient cette question et qu'une disposition distincte applicable à ce type particulier d'activités était superflue.<sup>32</sup>

Monsieur Robinson a posé des questions au Dr Mian, directrice, Programme SCAN (Suspected Child Abuse and Neglect), Toronto Hospital for Sick Children. Sa réponse était semblable à celle du Dr Bala:

Du point de vue psychologique, je ne vois pas beaucoup de différence entre les relations sexuelles anales et vaginales. La seule différence tient peut-être au risque que représente le SIDA mais puisqu'on n'a pas rapporté de cas de jeunes ayant contracté le SIDA à la suite d'activités sexuelles, je ne veux pas discuter de ce point<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> *Ibid.*, à la p. 3:17, le 11 décembre 1986.

<sup>32</sup> Encore faut-il fixer les limites d'âge. En d'autres termes, cette pratique sexuelle ne devrait pas être assortie de limite d'âge autre que celle prévue pour d'autres pratiques sexuelles. Nous sommes en effet d'avis que le coït anal n'est pas une infraction plus grave que d'autres pratiques sexuelles jugées indésirables par la société.

La société tend maintenant à admettre que même si la majorité n'approuve pas l'homosexualité et si les parents sont en droit d'espérer que leurs enfants ne deviendront pas homosexuels, cela ne veut pas dire pour autant que nous devons criminaliser l'homosexualité, sauf dans des cas bien particuliers. D'après le rapport Badgley, l'homosexualité est essentiellement préoccupante dans le contexte de l'épidémie de SIDA. Mais je ne pense pas qu'on parviendra à vaincre le SIDA en criminalisant ce comportement. [*Ibid.*, aux p. 3:36 et 3:37, le 11 décembre 1986.]

<sup>33</sup> *Ibid.*, à la p. 5:9, le 17 décembre 1986.



The evidence of Ms. Grant, the Executive Director from the Metropolitan Toronto Special Committee on Child Abuse, was similar:<sup>34</sup>

... there is really no difference of rationale for noting any difference between vaginal and anal intercourse in terms of criminal sanctions.

A telling exchange occurred between Mr. Robinson and Mr. Thacker, acting Chairman of the Committee. The Committee like the House would of course be controlled by the Government members of which Mr. Thacker was one. Mr. Robinson asked what purpose the section could possibly serve:

What possible social good, Mr. Chairman, could be accomplished by subjecting a young person of 17 or 16 to a term of imprisonment of 10 years for engaging in a consensual sexual activity?<sup>35</sup>

Mr. Thacker responded:

It is just saying that is a consensual activity that society is not prepared to condone or promote. We are trying to discourage it. Nothing more than that is meant.<sup>36</sup>

I cannot conclude on the basis of the evidence that a purpose underlying the enactment of section 159, in 1987-1988, was to protect young persons from the increased risk of AIDS. The section has a long history as having been aimed at other purposes. There was no independent background report, such as the Badgley or Fraser reports, suggesting that a provision such as section 159 should be enacted to protect young people against the risk of AIDS. There was no mention of this in the House of Commons by the sponsoring Minister when Bill C-15 was introduced nor was there any mention when the Bill was reported back from the Committee for third reading.<sup>37</sup> Only after Mr. Robinson raised the discriminatory nature of the provision did the Minister of Justice, when he was before the Committee as a witness, refer to AIDS transmission as a possible justification. None of the independent witness which appeared before the Legislative Committee could support pro-

<sup>34</sup> *Ibid.*, at p. 7:77 (January 20, 1987).

<sup>35</sup> *Ibid.*, at p. 9:54 (February 17, 1987).

<sup>36</sup> *Ibid.*, at p. 9:55 (February 17, 1987).

<sup>37</sup> *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., at p. 7504 (June 23, 1987).

La preuve offerte par Madame Grant, la directrice exécutive du Metropolitan Toronto Special Committee on Child Abuse, est semblable<sup>34</sup>:

... il n'y a fondamentalement pas de différence quant à la position de sanctions criminelles, que ce soit pour les rapports sexuels vaginaux ou anaux.

Des propos très révélateurs ont été échangés entre M. Robinson et M. Thacker, président suppléant du Comité. Le Comité, comme la Chambre, est évidemment contrôlé par des membres du gouvernement, dont M. Thacker faisait partie. Monsieur Robinson a demandé quel objectif cet article pouvait éventuellement servir:

Quel avantage social, M. le président, y aurait-il à assujettir un jeune de 17 ou de 16 ans à une peine d'emprisonnement de dix ans pour avoir consenti librement à un tel acte sexuel<sup>35</sup>?

Monsieur Thacker a donné la réponse suivante:

Tout simplement que notre société n'est pas disposée à tolérer ou à promouvoir de tels actes, même s'il y a consentement. Nous essayons de les décourager. Rien de plus<sup>36</sup>.

La preuve ne me permet pas de conclure qu'une fin visée par l'adoption de l'article 159 en 1987-1988 était de protéger les jeunes du risque accru de contracter le SIDA. Cet article a longtemps visé d'autres fins. Aucun rapport contextuel indépendant, tels les rapports Fraser ou Badgley, ne suggère qu'une disposition comme l'article 159 devait être adoptée pour protéger les jeunes contre le risque du SIDA. Le ministre responsable du projet de loi C-15 n'en a pas fait mention à la Chambre des communes lorsqu'il l'a présenté. Il n'en a pas non plus été fait mention lorsque le Comité a renvoyé le projet de loi en troisième lecture<sup>37</sup>. Ce n'est qu'après que M. Robinson a soulevé la nature discriminatoire de cette disposition que le ministre de la Justice, au moment où il a témoigné devant le comité, a mentionné la transmission du SIDA comme une justification possible. Aucun des témoins indépendants qui ont comparu devant le comité législatif n'ont pu appuyer la prétention selon

<sup>34</sup> *Ibid.*, à la p. 7:77, le 20 janvier 1987.

<sup>35</sup> *Ibid.*, à la p. 9:54, le 17 février 1987.

<sup>36</sup> *Ibid.*, à la p. 9:55, le 17 février 1987.

<sup>37</sup> *Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég., à la p. 7504, le 23 juin 1987.

tection against the spread of AIDS as a valid object for the provision. The only witness to support this alleged purpose was a representative of the Minister's Department<sup>38</sup> (not an objective independent witness). I have to conclude that the references by the Minister to AIDS transmission was an attempt to cobble together a pseudo-reason for not making the changes, after the potential discriminatory nature of the provision was pointed out by Mr. Robinson. Surely, a stronger foundation than this is needed to support the birth of a new purpose sufficient to render a legislative provision constitutionally valid. This is particularly so when the provision has had a long history of being based on an unconstitutional purpose.

What is more, if one considers whether or not the provision is rationally related to the objective which it is allegedly designed to achieve or whether its effects are proportional to that objective, the only conclusion that can be reached is that it is neither. All the evidence indicates that AIDS is spread by a number of activities (sharing needles among drug users, blood transfusions, both anal and vaginal intercourse). In absolute numbers it would appear that anal sex is the least frequent method of transmission. It is not rational to make one such activity a criminal offence and not the others. Also while unprotected anal sex may be riskier, as a potential conduit for HIV transmission than vaginal sex, in both cases it is unprotected sex which is the cause, not the activity itself. Lastly and perhaps most significantly, immediately prior to the 1988 enactment of section 159, Parliament had repealed the section of the Code which had made the transmission of sexually transmitted diseases a criminal offence.<sup>39</sup> This was in response to the Badgley and Fraser Reports which had recommended the repeal because the section was ineffec-

<sup>38</sup> Mr. Avison, Senior General Counsel, Criminal Law Policy, Department of Justice is the witness. See Minutes of the Legislative Committee on Bill C-15, *supra*, at p. 10:25 (March 17, 1987).

<sup>39</sup> S. 253 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34], which made it an offence for anyone with venereal disease to communicate it to another person, was repealed by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 42.

laquelle la protection contre la propagation du SIDA était un objectif valable visé par cette disposition. Le seul témoin à appuyer ce prétendu objet était un représentant du ministère du ministre<sup>38</sup> (et non un témoin indépendant objectif). Je dois conclure que le ministre a fait mention de la transmission du SIDA en essayant de concocter une pseudo raison l'autorisant à ne pas faire de changement après que M. Robinson a fait ressortir la nature éventuellement discriminatoire de cette disposition. Il faut, sans aucun doute, un fondement plus solide pour établir la création d'un nouvel objet suffisant pour rendre une disposition législative constitutionnelle. C'est particulièrement le cas lorsque la disposition en cause est depuis très longtemps fondée sur un objectif contraire à la Constitution.

Qui plus est, si l'on se pose la question de savoir si cette disposition a ou non un lien rationnel avec l'objet qu'on prétend viser ou celle de savoir si son effet est proportionnel à cet objet, on ne peut que tirer une conclusion négative à ces deux égards. Toute la preuve indique que le SIDA se propage par de nombreuses activités (le partage de seringues par les toxicomanes, les transfusions sanguines, les relations sexuelles à la fois vaginales et anales). En nombres absolus, il semblerait que le coït anal est la méthode la moins fréquente de transmission. Il n'est pas rationnel de criminaliser cette activité et non les autres. De plus, bien que le coït anal non protégé comporte des risques accrus par rapport aux relations sexuelles vaginales quant à la possibilité que le VIH pénètre dans l'organisme, dans les deux cas, ce sont les relations sexuelles sans protection qui posent un problème et non l'activité sexuelle comme telle. Fait très révélateur, le législateur a récemment abrogé l'article du Code en vertu duquel la transmission des maladies vénériennes constituait une infraction criminelle<sup>39</sup>, immédiatement avant l'adoption de l'ar-

<sup>38</sup> Ce témoin est M. Avison, premier coordinateur de la politique en matière de justice pénale, Direction de la politique, des programmes et de la recherche, du ministère de la Justice. Voir les Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15, *supra*, à la p. 10:25, le 17 mars 1987.

<sup>39</sup> L'art. 253 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, c. C-34] a été abrogé par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19, art. 42. Selon cet article, quiconque était atteint d'une maladie vénérienne et la communiquait à une autre personne commettait une infraction.

tive and, indeed, counterproductive.<sup>40</sup> It drove “underground” those who engaged in the activity which was the object of the provisions. It made it more difficult to obtain accurate reports of the incidents of disease. A much more effective way of dealing with the problem was through increased education. Accordingly, as noted, the provision of the Code which had made the transmission of sexually transmitted diseases an offence had been repealed at the very time that the respondent, now asserts, that section 159 was being enacted to protect young people from the spread of AIDS.

I cannot conclude that section 159 has a constitutionally valid purpose, or that the alleged purpose, in any event, can be rationally connected to the impugned provision, or that the effects of the provision are proportionate thereto.

#### By-Passing Extradition

Counsel’s argument is based on the comments of Mr. Justice La Forest in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at page 835:

It is, no doubt, true that extradition and deportation do not always have the same purpose, for cases can arise where they serve different ends, and fairness may demand that one procedure be used rather than the other. But that is not this case, and I would be concerned about encouraging a resort to deportation rather than extradition with its inbuilt protections geared to the criminal process. [Underlining added.]

The *Kindler* case dealt with the extradition of an individual to the United States where he faced the death penalty as a result of a murder conviction. Prior to the commencement of the extradition proceeding *Kindler* had been the subject of a deportation inquiry (see [*Kindler v. MacDonald*] [1987] 3 F.C. 34 (C.A.)).

Counsel for the applicant argues that the previous jurisprudence in this area, e.g., *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] S.C.R. 839 must now be read in the light of the Supreme Court’s decision in *Kindler* and the Charter. Under the pre-Charter jurisprudence one had to demonstrate that a

<sup>40</sup> Badgley Report and Fraser Report, *supra*.

ticle 159 en 1988. Cette modification a été faite à la suite des rapports Badgley et Fraser qui avaient recommandé son abrogation parce qu’il était inefficace et, en fait, contre-productif<sup>40</sup>. Il avait pour effet de marginaliser les personnes qui pratiquaient les activités visées par la loi. Il était plus difficile d’obtenir des rapports exacts du nombre de personnes touchées par la maladie. Une meilleure éducation s’avèrait une solution beaucoup plus efficace à ce problème. En conséquence, tel qu’il l’a déjà été mentionné, la disposition du Code qui criminalisait le fait de transmettre une maladie vénérienne a été abrogée au moment précis où l’intimé soutient maintenant que l’article 159 a été édicté en vue de protéger les jeunes de la propagation du SIDA.

Je ne peux conclure que l’objet de l’article 159 est constitutionnel ni, de toute façon, que son prétendu objet a un lien rationnel avec la disposition contestée ou que l’effet de cette disposition est proportionné par rapport à son objet.

#### Le moyen de contourner la procédure d’extradition

L’argument de l’avocat se fonde sur les remarques formulées par le juge La Forest dans l’affaire *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la page 835:

Il est sans doute vrai que l’extradition et l’expulsion n’ont pas toujours le même but car il peut y avoir des cas où elles servent à des fins différentes et l’équité peut exiger qu’une procédure soit utilisée plutôt que l’autre. Toutefois, ce n’est pas le cas en l’espèce et je m’inquiéterais de favoriser le recours à l’expulsion plutôt qu’à l’extradition qui contient des mesures de protection relatives au processus criminel. [Soulignement ajouté.]

L’affaire *Kindler* traitait de l’extradition aux États-Unis d’une personne qui devait faire face à la peine de mort dans ce pays à la suite d’une condamnation pour meurtre. Avant le début de la procédure d’extradition, *Kindler* a fait l’objet d’une enquête visant son expulsion (voir [*Kindler c. MacDonald*] [1987] 3 C.F. 34 (C.A.)).

L’avocat du requérant prétend que la jurisprudence antérieure en la matière, par exemple, *Moore v. Minister of Manpower and Immigration*, [1968] R.C.S. 839, doit maintenant être interprétée à la lumière de l’arrêt *Kindler* de la Cour suprême et de la Charte. Avant l’entrée en vigueur de la Charte, la

<sup>40</sup> Rapport Badgley et rapport Fraser, *supra*.

deportation proceeding was a sham—that the Minister did not genuinely consider it to be in the public interest that the individual be deported—before a challenge to the deportation order will succeed. It is argued that so stringent a test is no longer required—<sup>a</sup> all that need be demonstrated is that it is unfair for the deportation process to be used instead of extradition.

Counsel notes that there was evidence that the arrest of the applicant, in Canada, was triggered by the bail bondspersons in the United States who wished the applicant returned to that country. He notes that there would appear to have been communication between the law enforcement officers in the United States and the Extradition Clerk of the Department of Justice, Criminal Prosecutions Section in Toronto. Law enforcement officers in the United States indicated that extradition proceedings were not being initiated because they had decided to await the Canadian deportation process. In addition, a conditional arrest warrant for extradition purposes has in fact been filed in case the applicant is unsuccessful in this proceeding. Counsel argues that this demonstrates a decision to proceed by deportation rather than extradition—a by-passing of extradition.

Counsel argues that the choice of deportation proceedings, rather than extradition, is unfair because there are guarantees under the latter which do not exist under the former. In the case of an extradition application, the Minister has a discretion to refuse to surrender the individual to the foreign state. An individual who is extradited may only be prosecuted or punished for the offences for which he is extradited (the rule of specialty). Counsel also argues that the test for an extraditable offence (double criminality)<sup>41</sup> is more favourable for the applicant than the equivalency test applied in deportation proceedings.

<sup>41</sup> The acts alleged must not only be a crime within the requesting state, but must be such that if the factual situation was reversed, they would be a crime within Canada.

jurisprudence exigeait que l'on démontre que la procédure d'expulsion ne constituait qu'une mise en scène—c'est-à-dire, que le ministre n'estimait pas vraiment que l'expulsion de la personne servait l'intérêt public—pour contester avec succès une mesure d'expulsion. On prétend que ce critère exigeant n'est plus applicable et qu'il suffit désormais de prouver qu'il est inéquitable d'utiliser la procédure d'expulsion plutôt que la procédure d'extradition.

L'avocat souligne que des éléments de preuve démontreraient que l'arrestation du requérant au Canada avait été tramée par les responsables des cautionnements aux États-Unis, qui souhaitaient que le requérant soit retourné dans ce pays. Il ajoute qu'il semble que les agents chargés du respect de la loi aux États-Unis et le préposé à l'extradition du ministère de la Justice, Section des poursuites criminelles à Toronto, ont communiqué entre eux. Les agents chargés du respect de la loi aux États-Unis ont indiqué qu'une procédure d'extradition n'avait pas été entamée parce qu'ils avaient décidé d'attendre le résultat de la procédure canadienne d'expulsion. En outre, un mandat d'arrêt conditionnel à des fins d'extradition a effectivement été déposé au cas où le requérant n'obtiendrait pas gain de cause en l'espèce. L'avocat soutient que ces faits établissent l'intention de procéder par voie d'expulsion plutôt que par voie d'extradition—de façon à contourner le processus d'extradition.

L'avocat fait valoir que le choix d'entamer une procédure d'expulsion, plutôt qu'une procédure d'extradition, est inéquitable parce que cette dernière offre des garanties qui ne s'appliquent pas à la procédure d'expulsion. Dans le cadre d'une demande d'extradition, le ministre a le pouvoir discrétionnaire de refuser de remettre une personne aux autorités étrangères. La personne extradée ne peut être poursuivie et punie que pour les infractions qui ont fondé son extradition (règle de la spécialité). En outre, l'avocat soutient que le critère applicable à une infraction donnant lieu à l'extradition (la double criminalité)<sup>41</sup> est plus favorable au requérant que le critère de l'équivalence appliqué en matière d'expulsion.

<sup>41</sup> Les faits reprochés ne doivent pas seulement constituer une infraction dans l'État qui demande l'extradition, mais doivent être tels que si la situation factuelle était inversée, ils constitueraient un crime au Canada.

It is clear that extradition and deportation serve different purposes. Extradition is initiated by the requesting foreign state. In the absence of any such request a proceeding never begins. Deportation, on the other hand, is initiated by the expelling state, which does not wish the illegal alien to remain within its borders. I see nothing inherently unfair in a foreign state delaying extradition proceedings when it is known that the individual in question is likely to be deported in any event.

The comments of Mr. Justice La Forest in *Kindler* were directly related to the Federal Court of Appeal decision in *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34 and the decision in *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766 (H.C.); affd (1989), 70 O.R. (2d) 765 (C.A.). There was no indication by Mr. Justice La Forest that he thought that either of those decisions was wrongly decided. Whatever Mr. Justice La Forest may have meant by his statement [at page 835] that “cases can arise where . . . fairness may demand that one procedure be used rather than the other,” I do not think the statement has any applicability in this case. All of counsel’s arguments are directed at general characteristics of the extradition and deportation proceedings. There is no evidence of any particular unfairness which is likely to arise. In both *Kindler* (F.C.A.) and *Shepherd*, the validity of deportation proceedings were upheld. In both cases, there was substantial evidence that the United States authorities were awaiting the outcome of deportation proceedings rather than commencing an extradition application. The individuals in question were being deported as a result of a conviction for murder in one case and a charge of murder in the other. The aspects of extradition proceedings which are relied upon in this case (ministerial discretion, the rule of specialty and the principle of double criminality) were equally applicable in those cases. They are general characteristics of the extradition procedure. I have not been persuaded that the facts of this case differ in any way so as to take it out of the scope of application of those decisions. I am not persuaded that deportation, as opposed to extradition, is unfair to the applicant.

Il est clair que l’extradition et l’expulsion n’ont pas le même but. C’est l’État étranger qui prend l’initiative de l’extradition. En l’absence d’une demande d’extradition, aucune procédure ne peut être entamée. Par contre, l’expulsion est amorcée par l’État expulséur qui ne veut pas que l’étranger qui se trouve dans l’illégalité demeure à l’intérieur de ses frontières. Selon moi, il n’y a rien de fondamentalement inéquitable dans le fait qu’un État étranger retarde la procédure d’extradition lorsqu’elle sait que la personne en cause est susceptible d’être expulsée de toute façon.

Les commentaires formulés par le juge La Forest dans *Kindler* visaient directement la décision de la Cour d’appel fédérale dans *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34 et le jugement *Shepherd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 70 O.R. (2d) 766 (H.C.); conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 765 (C.A.). Rien n’indique que le juge La Forest ait conclu que l’une ou l’autre de ces décisions était erronée. Peu importe ce qu’il a voulu dire [à la page 835] en affirmant qu’ «il peut y avoir des cas où . . . l’équité peut exiger qu’une procédure soit utilisée plutôt qu’une autre», je ne pense pas que cette affirmation s’applique en l’espèce. Tous les arguments de l’avocat sont axés sur des caractéristiques générales des procédures d’expulsion et d’extradition. Aucune preuve n’établit qu’une conséquence inéquitable particulière risque de se produire. Dans les affaires *Kindler* (C.A.F.) et *Shepherd*, la validité de la procédure d’expulsion a été reconnue. Dans ces deux causes, une preuve substantielle démontrait que les autorités américaines attendaient l’issue de la procédure d’expulsion, plutôt que d’introduire une demande d’extradition. Les personnes en cause ont été expulsées à la suite d’une condamnation pour meurtre, dans un cas, et d’une accusation de meurtre, dans l’autre. Les aspects de la procédure d’extradition invoqués en l’espèce (le pouvoir discrétionnaire, la règle de la spécialité et le principe de la double criminalité) s’appliquaient également dans ces cas. Il s’agit de caractéristiques générales de la procédure d’extradition. Je n’ai pas été convaincue que les faits de la présente espèce se distinguent de façon qu’elle échappe à la portée de ces décisions. Je ne suis pas convaincue que la procédure d’expulsion, plutôt que d’extradition, soit inéquitable envers le requérant.

### Conclusion and Certification of a Question

For the reasons given above the conditional deportation order made against the applicant on May 28, 1993, will be set aside.

At the hearing of this application no representations were made with respect to the certification of a question pursuant to subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*. I assume, however, that this is a case with respect to which counsel may wish to have appeal rights. Formal judgment will therefore not be entered until two weeks from the date of the release of these reasons to allow for submissions to be made on that point. Submissions may be made in writing or if counsel prefer by way of telephone conference. If agreement cannot be reached between counsel with respect to whether a question(s) should be certified and how that question(s) should be framed, and if the choice is made to proceed by way of written submissions, then, counsel for the respondent should file such submissions within the two-week period mentioned above. Counsel for the applicant will have one week thereafter within which to respond and the entering of the formal judgment will be correspondingly delayed for an additional week.

### Conclusion et certification d'une question

Pour les motifs énoncés ci-dessus, la mesure d'expulsion conditionnelle prise contre le requérant le 28 mai 1993 est annulée.

Au moment de l'audition de la demande, aucune prétention n'a été présentée quant à la certification d'une question en vertu du paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*. Je présume, néanmoins, qu'il s'agit d'une cause relativement à laquelle les avocats voudraient pouvoir exercer des droits d'appel. Le jugement officiel ne sera donc pas inscrit avant l'expiration d'un délai de deux semaines à compter du prononcé des présents motifs, afin que des observations puissent être faites à cet égard. Ces observations pourront être présentées par écrit ou, si les avocats le préfèrent, par voie de conférence téléphonique. Si les avocats ne s'entendent pas sur la question de savoir si une question devrait être certifiée et comment elle devrait être formulée, et s'ils choisissent de présenter leurs observations par écrit, l'avocat de l'intimé devra les déposer dans le délai de deux semaines susmentionné. L'avocat du requérant aura par la suite une semaine pour y répondre et l'inscription du jugement officiel sera retardée en conséquence d'une semaine additionnelle.