SENATE SÉNAT

CANADA

First Session
Forty-second Parliament, 2015-16-17-18

Proceedings of the Standing Senate Committee on

LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

Chair:
The Honourable SERGE JOYAL, P.C.

Wednesday, September 19, 2018
Thursday, September 20, 2018

Issue No. 48

Third and fourth (final) meetings:

Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act

INCLUDING:
THE TWENTY-SEVENTH REPORT
OF THE COMMITTEE
(Bill C-51)

WITNESSES:
(*See back cover*)

Première session de la
quarante-deuxième législature, 2015-2016-2017-2018

Délibérations du Comité sénatorial permanent des

AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Président :
L'honorable SERGE JOYAL, C.P.

Le mercredi 19 septembre 2018
Le jeudi 20 septembre 2018

Fascicule nº 48

Troisième et quatrième (dernière) réunions :

Projet de loi C-51, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi

Y COMPRIS :
LE VINGT-SEPTIÈME RAPPORT
DU COMITÉ
(Projet de loi C-51)

TÉMOINS :
(*Voir à l'endos*)

54217-54222

STANDING SENATE COMMITTEE ON LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Serge Joyal, P.C., *Chair*

The Honourable Pierre-Hugues Boisvenu, *Deputy Chair*

The Honourable Renée Dupuis, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Batters	Jaffer
Carignan, P.C.	McIntyre
Dalphond	Pate
* Day	Pratte
(or Mercer)	Sinclair
Eaton	* Smith
* Harder, P.C.	(or Martin)
(or Bellemare)	* Woo
(or Mitchell)	(or Saint-Germain)

*Ex officio members

(Quorum 4)

Changes in membership of the committee:

Pursuant to rule 12-5 and to the order of the Senate of November 7, 2017, membership of the committee was amended as follows:

The Honourable Senator Pate replaced the Honourable Senator Boniface (*September 19, 2018*).

The Honourable Senator Dalphond replaced the Honourable Senator Gold (*September 19, 2018*).

The Honourable Senator Sinclair replaced the Honourable Senator Pate (*September 13, 2018*).

COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Président : L'honorable Serge Joyal, C.P.

Vice-président : L'honorable Pierre-Hugues Boisvenu

Vice-présidente : L'honorable Renée Dupuis

et

Les honorables sénateurs :

Batters	Jaffer
Carignan, C.P.	McIntyre
Dalphond	Pate
* Day	Pratte
(ou Mercer)	Sinclair
Eaton	* Smith
* Harder, C.P.	(ou Martin)
(ou Bellemare)	* Woo
(ou Mitchell)	(ou Saint-Germain)

* Membres d'office

(Quorum 4)

Modifications de la composition du comité :

Conformément à l'article 12-5 du Règlement et à l'ordre adopté par le Sénat le 7 novembre 2017, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit :

L'honorable sénatrice Pate a remplacé l'honorable sénatrice Boniface (*le 19 septembre 2018*).

L'honorable sénateur Dalphond a remplacé l'honorable sénateur Gold (*le 19 septembre 2018*).

L'honorable sénateur Sinclair a remplacé l'honorable sénatrice Pate (*le 13 septembre 2018*).

Published by the Senate of Canada
Available on the Internet: http://www.parl.gc.ca

Publié par le Sénat du Canada
Disponible sur internet : http://www.parl.gc.ca

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Wednesday, September 19, 2018
(113)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4:15 p.m., in room 257, East Block, the chair, the Honourable Serge Joyal, P.C., presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Batters, Boisvenu, Carignan, P.C., Dalphond, Dupuis, Eaton, Jaffer, Joyal, P.C., McIntyre, Pate, Pratte and Sinclair (12).

In attendance: Julian Walker and Maxime Charron-Tousignant, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament; Chantale Lamarche, Communications Officer, Senate Communications Directorate.

Also present: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Thursday, May 10, 2018, the committee continued its examination of Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act. *(For complete text of the order of reference, see proceedings of the committee, Issue No. 47.)*

WITNESSES:

As an individual:

Michael Spratt, Partner, Abergel Goldstein & Partners.

Criminal Lawyer's Association:

Genevieve McInnes, Counsel;

Anne-Marie McElroy, Counsel.

Outaouais CAVAC:

Kathleen Dufour, Director General.

Indigenous Bar Association:

Katherine Hensel, Barrister and Solicitor.

Canadian Civil Liberties Association:

Samara Secter, Associate, Addario Law Group.

The chair made a statement.

Mr. Spratt, Ms. McInnes, Ms. McElroy, Ms. Dufour, Ms. Hensel and Ms. Secter each made a statement and answered questions.

At 6:20 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le mercredi 19 septembre 2018
(113)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 16 h 15, dans la pièce 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Serge Joyal, C.P. (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Batters, Boisvenu, Carignan, C.P., Dalphond, Dupuis, Eaton, Jaffer, Joyal, C.P., McIntyre, Pate, Pratte et Sinclair (12).

Également présents : Julian Walker et Maxime Charron-Tousignant, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement; Chantale Lamarche, agente de communications, Direction des communications du Sénat.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 10 mai 2018, le comité poursuit son examen du projet de loi C-51, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi. (*Le texte intégral de l'ordre de renvoi figure au fascicule n^o^ 47 des délibérations du comité.*)

TÉMOINS :

À titre personnel :

Michael Spratt, associé, Abergel Goldstein & Partners.

Criminal Lawyer's Association :

Genevieve McInnes, avocate;

Anne-Marie McElroy, avocate.

CAVAC de l'Outaouais :

Kathleen Dufour, directrice générale.

Association du Barreau autochtone :

Katherine Hensel, avocate.

Association canadienne des libertés civiles :

Samara Secter, associée, Addario Law Group.

Le président fait une déclaration.

Me Spratt, Me McInnes, Me McElroy, Mme Dufour, Me Hensel et Me Secter font des déclarations et répondent aux questions.

À 18 h 20, la séance est levée jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, Thursday, September 20, 2018
(114)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 10:45 a.m., in room 257, East Block, the chair, the Honourable Serge Joyal, P.C., presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Batters, Boisvenu, Carignan, P.C., Dalphond, Dupuis, Eaton, Jaffer, Joyal, P.C., McIntyre, Pate, Pratte and Sinclair (12).

In attendance: Julian Walker and Maxime Charron-Tousignant, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament; Chantale Lamarche, Communications Officer, Senate Communications Directorate.

Also present: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Thursday, May 10, 2018, the committee continued its examination of Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act. *(For complete text of the order of reference, see proceedings of the committee, Issue No. 47.)*

WITNESSES:

Department of Justice Canada:

Carole Morency, Director General and Senior General Counsel, Criminal Law Policy Section;

Nathalie Levman, Counsel, Criminal Law Policy Section;

Matthew Taylor, Acting Senior Counsel, Criminal Law Policy Section.

The chair made a statement.

It was agreed that the letter from the Honourable Jody Wilson-Raybould, P.C., Q.C., M.P. Minister of Justice and Attorney General of Canada, be filed as an exhibit (Exhibit 5900-1.42/LCJC-C-51, 48, "1")

It was agreed that the committee proceed to clause-by-clause consideration of Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act.

It was agreed that the title stand postponed.

The chair asked whether clauses 1 to 9 shall carry.

It was agreed that clauses 1 to 9 carry, on division.

The chair asked whether clause 10 shall carry.

The Honourable Senator Pate moved that Bill C-51 be amended in clause 10, on page 5, by adding the following:

OTTAWA, le jeudi 20 septembre 2018
(114)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 10 h 45, dans la pièce 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Serge Joyal, C.P. (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Batters, Boisvenu, Carignan, C.P., Dalphond, Dupuis, Eaton, Jaffer, Joyal, C.P., McIntyre, Pate, Pratte et Sinclair (12).

Également présents : Julian Walker et Maxime Charron-Tousignant, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement; Chantale Lamarche, agente de communications, Direction des communications du Sénat.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 10 mai 2018, le comité poursuit son examen du projet de loi C-51, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi. (*Le texte intégral de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 47 des délibérations du comité.*)

TÉMOINS :

Ministère de la Justice Canada :

Carole Morency, directrice générale et avocate générale principale, Section de la politique en matière de droit pénal;

Nathalie Levman, avocate, Section de la politique en matière de droit pénal;

Matthew Taylor, avocat-conseil par intérim, Section de la politique en matière de droit pénal.

Le président fait une déclaration.

Il est convenu que la lettre de l'honorable Jody Wilson-Raybould, c.r., députée, ministre de la Justice et procureure générale du Canada soit déposée en tant que pièce. (Pièce 5900-1.42/LCJC-C-51, 48, « 1 »)

Il est convenu que le comité procède à l'étude article par article du projet de loi C-51, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice.

Il est convenu de reporter l'étude du titre.

Le président demande si les articles 1 à 9 sont adoptés.

Les articles 1 à 9 sont adoptés avec dissidence.

Le président demande si l'article 10 est adopté.

L'honorable sénatrice Pate propose de modifier le projet de loi C-51 à l'article 10, à la page 5, de la façon suivante :

(a) by replacing lines 17 to 20 with the following:

"(b) the complainant is incapable of consenting to the activity in question, in particular because they are

(i) unable to understand the nature, circumstances, risks and consequences of the sexual activity in question,

(ii) unable to understand that they have the choice to engage in the sexual activity in question or not, or

(iii) unable to affirmatively express agreement to the sexual activity in question by words or by active conduct;"; and

(b) by adding the following after line 20:

"**(2.2) Section 153.1 of the Act is amended by adding the following after subsection (3):**

(3.1) For greater certainty, capacity to consent at the time of the sexual activity that forms the subject-matter of the charge cannot be inferred from evidence on capacity to consent at the time of another sexual activity.".

Ms. Morency, Ms. Levman and Mr. Taylor were invited to the table and answered questions for the remainder of the meeting.

After debate, the Honourable Senator Pate moved that the motion in amendment be amended by the following:

(a) by replacing lines 18 to 20 with the following:

"(b) the complainant is incapable of consenting to the activity for any reason other than the one referred to in paragraph (a.1), including, but not limited to because they are:

(i) unable to understand the nature, circumstances, risks and consequences of the sexual activity in question,

(ii) unable to understand that they have the choice to engage in the sexual activity in question or not, or

(iii) unable to affirmatively express agreement to the sexual activity in question by words or by active conduct;"

(b) by adding the following after line 20:

"**(2.2) Section 153.1 of the Act is amended by adding the following after subsection (3):**

(3.1) For greater certainty, capacity to consent at the time of the sexual activity that forms the subject-matter of the charge cannot be inferred from evidence on capacity to consent at the time of another sexual activity.".

After debate, the question being put on the subamendment, it was negatived on the following vote:

a) par substitution, aux lignes 20 à 22, de ce qui suit :

« b) il est incapable de le former, pour l'activité en question, notamment pour l'un des motifs suivants :

(i) il n'a pas la capacité de comprendre la nature, les circonstances, les risques et les conséquences de l'activité sexuelle en question,

(ii) il n'a pas la capacité de comprendre qu'il peut choisir de se livrer ou non à l'activité sexuelle en question,

(iii) il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou sa façon d'agir. »

b) par adjonction, après la ligne 22, de ce qui suit :

« (2.2) L'article 153.1 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (3) de ce qui suit :

(3.1) Il est entendu que la capacité de consentir au moment de l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation ne peut être déduite d'éléments de preuve portant sur la capacité de consentir lors d'une autre activité sexuelle. »

Mme Morency, Mme Levman et M. Taylor sont invités à la table et répondent aux questions pour le reste de la réunion.

Après débat, la sénatrice Pate propose que la motion d'amendement soit amendée par ce qui suit :

a) En remplaçant les lignes 21 et 22 par ce qui suit :

« b) il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1), notamment :

(i) il n'a pas la capacité de comprendre la nature, les circonstances, les risques et les conséquences de l'activité sexuelle en question,

(ii) il n'a pas la capacité de comprendre qu'il peut choisir de se livrer ou non à l'activité sexuelle en question,

(iii) il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou sa façon d'agir. »

b) par adjonction, après la ligne 22, de ce qui suit :

« (2.2) L'article 153.1 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (3) de ce qui suit :

(3.1) Il est entendu que la capacité de consentir au moment de l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation ne peut être déduite d'éléments de preuve portant sur la capacité de consentir lors d'une autre activité sexuelle. »

Après débat, le sous-amendement, mis aux voix, est rejeté par le vote suivant :

YEAS

The Honourable Senators Joyal, Dupuis, Jaffer, Pate, Pratte, Sinclair — 6.

NAYS

The Honourable Senators Batters, Boisvenu, Carignan, Dalphond, Eaton, McIntyre — 6.

ABSTENTIONS

The Honourable Senators — Nil.

The question being put on the motion in amendment, it was negatived, on division.

It was agreed that clause 10 carry, on division.

The chair asked whether clauses 11 to 18 shall carry.

It was agreed that clauses 11 to 18 carry, on division.

The chair asked whether clause 19 shall carry.

After debate, it was ageed that clause 19 carry, on division.

The chair asked whether clauses 20 to 24 shall carry.

It was agreed that clauses 20 to 24 carry, on division.

The chair asked whether clause 25 shall carry.

It was agreed that clause 25 carry, on division.

The chair asked whether clauses 26 to 30 shall carry.

It was agreed that clauses 26 to 30 carry, on division.

The chair asked whether clauses 31 to 40 shall carry.

It was agreed that clauses 31 to 40 carry, on division.

The chair asked whether clauses 41 to 50 shall carry.

It was agreed that clauses 41 to 50 carry, on division.

The chair asked whether clauses 51 to 60 shall carry.

It was agreed that clauses 51 to 60 carry, on division.

The chair asked whether clauses 61 to 70 shall carry.

It was agreed that clauses 61 to 70 carry, on division.

The chair asked whether clauses 71 to 81 shall carry.

It was agreed that clauses 71 to 81 carry, on division.

It was agreed that the title carry.

It was agreed that the bill carry, on division.

The chair asked if the committee wished to consider appending observations to the report.

It was moved by Senator Dupuis that the committee proceed in camera.

After debate, the question being put on the motion, it was negatived on the following vote:

POUR

Les honorables sénateurs Joyal, Dupuis, Jaffer, Pate, Pratte, Sinclair — 6.

CONTRE

Les honorables sénateurs Batters, Boisvenu, Carignan, Dalphond, Eaton, McIntyre — 6.

ABSTENTIONS

Les honorables sénateurs — aucun.

La motion d'amendement, mise aux voix, est rejetée avec dissidence.

L'article 10 est adopté avec dissidence.

Le président demande si les articles 11 à 18 sont adoptés.

Les articles 11 à 18 sont adoptés avec dissidence.

Le président demande si l'article 19 est adopté.

Après débat, l'article 19 est adopté avec dissidence.

Le président demande si les articles 20 à 24 sont adoptés.

Les articles 20 à 24 sont adoptés avec dissidence.

Le président demande si l'article 25 est adopté.

L'article 25 est adopté avec dissidence.

Le président demande si les articles 26 à 30 sont adoptés.

Les articles 26 à 30 sont adoptés avec dissidence.

Le président demande si les articles 31 à 40 sont adoptés.

Les articles 31 à 40 sont adoptés avec dissidence.

Le président demande si les articles 41 à 50 sont adoptés.

Les articles 41 à 50 sont adoptés avec dissidence.

Le président demande si les articles 51 à 60 sont adoptés.

Les articles 51 à 60 sont adoptés avec dissidence.

Le président demande si les articles 61 à 70 sont adoptés.

Les articles 61 à 70 sont adoptés avec dissidence.

Le président demande si les articles 71 à 81 sont adoptés.

Les articles 71 à 81 sont adoptés avec dissidence.

Il est convenu d'adopter le titre.

Il est convenu d'adopter le projet de loi, avec dissidence.

Le président demande si le comité souhaite annexer des observations au rapport.

La sénatrice Dupuis propose que la réunion du comité se poursuive à huis clos.

Après discussion la motion, mise aux voix, est rejetée par le vote suivant :

YEAS

The Honourable Senators Joyal, Dupuis, Jaffer — 3.

NAYS

The Honourable Senators Batters, Boisvenu, Carignan, Eaton, Pate, Pratte, Sinclair — 7.

ABSTENTIONS

The Honourable Senators Dalphond, McIntyre — 2.

The Honourable Senator Pate moved that the following draft observations be appended to the report:

> The deletion of provisions known to be unconstitutional or obsolete is an important first step in the revision and modernization of the *Criminal Code*, but much remains to be done to make the Code clear, coherent, and comprehensive. The government of Canada should undertake a more thorough reform and modernization of the *Criminal Code*. The Committee recognizes that a Law Commission can make an important contribution to this endeavour.
>
> The committee also recognizes that the independent, multi-disciplinary and evidence-driven perspective of a Law Commission can assist elected officials in creating fair and just criminal law. The reports of the Law Reform Commission and the Law Commission of Canada provide important recommendations for legislative development and reform, particularly with respect to criminal law. A Law Commission can also offer valuable research and advice on new and emerging justice issues.
>
> Systematic study of the kind a Law Commission could undertake is needed to ensure that Canada's criminal justice system responds adequately to systemic bias and respects the rights of victims, accused persons and the Canadian public as a whole.
>
> For these reasons, the Committee is of the view that the Government should take all measures necessary to fund and otherwise ensure the existence of a Law Commission of Canada capable of fulfilling the purposes, powers and duties currently set out in the *Law Commission of Canada Act*.

After debate, the Honourable Senator Carignan, P.C., moved that the observations be amended by the following:

> The deletion of provisions known to be unconstitutional or obsolete is an important first step in the revision and modernization of the *Criminal Code*, but much remains to be done to make the Code clear, coherent, and comprehensive. The Committee calls upon the Government of Canada, as it has done emphatically in the past, to undertake a more thorough reform and modernization of the *Criminal Code*.

POUR

Les honorables sénateurs Joyal, Dupuis, Jaffer — 3.

CONTRE

Les honorables sénateurs Batters, Boisvenu, Carignan, Eaton, Pate, Pratte, Sinclair — 7.

ABSTENTIONS

Les honorables sénateurs Dalphond, McIntyre — 2.

L'honorable sénatrice Pate propose d'ajouter les observations préliminaires suivantes au rapport :

> La suppression des dispositions désuètes ou ayant été déclarées inconstitutionnelles est un bon point de départ pour la révision et la modernisation du *Code criminel*, quoiqu'il faudrait en faire bien davantage pour rendre cette loi claire, cohérente et exhaustive. Le gouvernement du Canada doit procéder à une réforme et à une modernisation plus approfondies du *Code criminel*. Le comité pense qu'une Commission du droit peut apporter une importante contribution à cette fin.
>
> Le comité pense aussi que, grâce à sa démarche indépendante, multidisciplinaire et fondée sur des données probantes, une Commission du droit pourrait aider les représentants élus à élaborer des mesures de droit pénal justes et équitables. Les rapports de la Commission de réforme du droit et de la Commission du droit du Canada contiennent d'importantes recommandations pour l'élaboration et la réforme des lois, particulièrement en droit pénal. Une telle commission pourrait également formuler des analyses et des conseils précieux sur les nouveautés et les enjeux naissants en matière de justice.
>
> Le Canada a besoin des études systématiques que pourrait faire une Commission du droit pour garantir que son système de justice pénale réponde adéquatement aux préjugés systémiques et respecte les droits des victimes, des accusés et de la population canadienne dans son ensemble.
>
> Pour ces raisons, le comité est d'avis que le gouvernement doit prendre toutes les mesures nécessaires, y compris en matière de financement, pour assurer l'existence d'une Commission du droit du Canada capable d'assumer les objectifs, les pouvoirs et les devoirs énoncés actuellement dans la *Loi sur la Commission du droit du Canada*.

Après débat, l'honorable sénateur Carignan, C.P., propose de modifier les observations de la manière suivante :

> La suppression des dispositions désuètes ou ayant été déclarées inconstitutionnelles est un bon point de départ pour la révision et la modernisation du *Code criminel*, quoiqu'il faudrait en faire bien davantage pour rendre cette loi claire, cohérente et exhaustive. Comme il l'a déjà fait, le comité signale au gouvernement du Canada qu'il devrait entreprendre une réforme et une modernisation plus approfondies du *Code criminel*.

After debate, the question being put on the motion in amendment, it was adopted by a show of hands.

It was agreed that the chair report the bill, with observations, to the Senate.

At 12:19 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

Après débat, la motion d'amendement est mise aux voix et adoptée par un vote à main levée.

Il est convenu que le président fasse rapport du projet de loi, avec des observations, au Sénat.

À 12 h 19, la séance est levée jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

La greffière du comité,

Keli Hogan

Clerk of the Committee

REPORT OF THE COMMITTEE

Tuesday, September 25, 2018

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs has the honour to present its

TWENTY-SEVENTH REPORT

Your committee, to which was referred Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act, has, in obedience to the order of reference of May 10, 2018, examined the said bill and now reports the same without amendment.

Your committee has also made certain observations, which are appended to this report.

Respectfully submitted,

SERGE JOYAL

Chair

Observations

to the Twenty-seventh Report of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs (Bill C-51)

The deletion of provisions known to be unconstitutional or obsolete is an important first step in the revision and modernization of the *Criminal Code*, but much remains to be done to make the Code clear, coherent, and comprehensive. The committee calls upon the Government of Canada, as it has done emphatically in the past, to undertake a more thorough reform and modernization of the *Criminal Code*.

RAPPORT DU COMITÉ

Le mardi 25 septembre 2018

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a l'honneur de présenter son

VINGT-SEPTIÈME RAPPORT

Votre comité, auquel a été renvoyé le projet de loi C-51, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi, a, conformément à l'ordre de renvoi du 10 mai 2018, examiné ledit projet de loi et en fait maintenant rapport sans amendement.

Votre comité a aussi fait des observations qui sont annexées au présent rapport.

Respectueusement soumis,

Le président,

SERGE JOYAL

Observations

au vingt-septième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (projet de loi C-51)

La suppression des dispositions désuètes ou ayant été déclarées inconstitutionnelles est un bon point de départ pour la révision et la modernisation du *Code criminel*, quoiqu'il faudrait en faire bien davantage pour rendre cette loi claire, cohérente et exhaustive. Le comité demande au gouvernement du Canada, comme il l'a fortement souligné dans le passé, de procéder à une réforme et à une modernisation plus approfondie du *Code criminel*.

EVIDENCE

OTTAWA, Wednesday, September 19, 2018

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4:15 p.m. to study Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act.

Senator Serge Joyal (*Chair*) in the chair.

[*English*]

The Chair: Honourable senators, it's my pleasure to welcome you to this first hearing of our second part of studying Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act. We are privileged this afternoon to welcome a very select group of lawyers and representatives of stakeholders in relation to that bill. It's my privilege to introduce them.

Of course, you will have recognized Mr. Michael Spratt that we have heard around this table, I would not say regularly, but at the call of the chair, and the clerk of the committee. And we are indebted that you took the time, Mr. Spratt, to accept our invitation.

Beside Mr. Spratt is Ms. Genevieve McInnes and Ms. Anne-Marie McElroy from the Criminal Lawyers' Association. Welcome, both of you.

On their left is Ms. Kathleen Dufour from the Outaouais CAVAC.

On her left, Ms. Katherine Hensel from the Indigenous Bar Association. We're honoured to have you with us this afternoon.

And finally Ms. Samara Secter from the Canadian Civil Liberties Association. It's a pleasure to you welcome you, Ms. Secter.

You know the general rules we follow. We, of course, invite you to make an opening statement. We have two hours. There is no doubt there will be a lot of questions from all the senators. I will ask you, if possible, to limit your presentation to a maximum of five minutes because, of course, you are a large number this afternoon. You will have ample opportunity to continue to elaborate on your positions and the points that you want to underline in relation to Bill C-51.

Michael Spratt, Partner, Abergel Goldstein & Partners, as an individual: It's always an honour and privilege to appear before this committee. I have provided a brief I hope you all have copies of. It will be much more detailed than my opening remarks. I won't introduce myself other than to say that I've now

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mercredi 19 septembre, 2018

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 16 h 15, pour poursuivre son étude du projet de loi C-51, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi.

Le sénateur Serge Joyal (*président*)occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Honorables sénateurs, il me fait plaisir aujourd'hui de vous souhaiter la bienvenue à notre première séance consacrée à la deuxième partie de notre étude du projet de loi C-51, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi. Nous avons le privilège aujourd'hui d'entendre un savant groupe de juristes et de parties intéressées se prononcer sur le projet de loi, et j'ai l'honneur de vous les présenter.

Vous avez sans doute reconnu Me Michael Spratt, qui est déjà venu témoigner, je ne dirais pas régulièrement, mais qui a déjà comparu à la demande de la présidence et du greffier. Nous vous sommes reconnaissants, maître Spratt, d'avoir accepté notre invitation.

À côté de Me Spratt sont assises Me Genevieve McInnes et Me Anne-Marie McElroy de la Criminal Lawyers' Association. Bienvenue à vous deux.

À leur gauche, nous avons Mme Kathleen Dufour, du CAVAC de l'Outaouais.

À sa gauche, Me Katherine Hensel représente l'Association du Barreau autochtone. Nous sommes honorés par votre présence.

Enfin, nous accueillons Me Samara Secter de l'Association canadienne des libertés civiles. Quel plaisir de vous accueillir aujourd'hui, maître Secter.

Vous connaissez nos règles générales. Nous vous invitons à faire une déclaration. Nous disposons de deux heures. Les sénateurs vous poseront sans doute beaucoup de questions. Je vous demande donc, dans la mesure du possible, de ne prendre que cinq minutes pour votre déclaration, car vous êtes nombreux cet après-midi. Vous aurez beaucoup d'occasions de continuer d'expliciter vos positions et vos observations par rapport au projet de loi C-51.

Michael Spratt, associé, Abergel Goldstein & Partners, à titre personnel : C'est toujours un honneur et un privilège que de comparaître devant votre comité. Je vous ai envoyé un mémoire et j'espère que vous en avez fait des copies. Le mémoire est beaucoup plus détaillé que ma déclaration. Je ne me

been practising almost 14 years, which makes me maybe becoming a senior member of the bar. Over the last two or three years especially, I've conducted a disproportionate number of sexual assault trials, both in the Superior Court and in the Ontario Court of Justice, before judges, before juries, that deal with some of the very issues that this bill will touch upon.

Maybe I'll start with something good because it's always nice to say something good about a bill before you criticize it. I'm happy to see this bill amends the Criminal Code to remove passages that are obsolete or have been found unconstitutional or may have some dubious features with respect to constitutionality.

Those amendments, from my perspective, are a welcome development. This bill doesn't remove all of the offences and provisions that have been found unconstitutional. It doesn't, for example, touch the minimum sentences that the Supreme Court found unconstitutional in the case of *Nur*, but small steps there, I suppose.

Moving on to what I think is really the meat of this bill, and that is the amendments to the sexual assault regime, the defence disclosure, what I'll call reverse disclosure. It is a provision unlike all others in this bill.

In practical terms, what this provision requires is that defendants show the prosecutor and the complainant, who have standing on the application, any documents in their possession that they want to use in cross-examination of a complainant if they meet the privacy thresholds set out in the bill. And those, as we can discuss perhaps in questions, are very broad. This covers a wide range of documents, from medical records to court filings, to public documents in some cases, even text messages that a complainant has sent to a third party or even the accused. To start with, it's a broad provision.

One of the primary critiques of it is it engages an accused's right to silence.

The defence disclosure requirement departs from some well-established case law. Under this bill an accused who is presumed innocent is going to be forced to decide between a fair trial through rigorous cross-examination — what our courts have called the crucible of the truth-finding process — and a right to silence. They either have to participate in giving information that can be used against them, giving that to a complainant they want to cross-examine and/or remaining silent. That is an impossible choice and one I submit will engage the Charter.

présenterai pas, sauf pour vous dire que j'exerce le droit depuis presque 14 ans, ce qui fait de moi peut-être un des doyens du barreau. Au cours des deux ou trois dernières années, j'ai plaidé dans un nombre disproportionné de procès pour agression sexuelle, à la fois devant la Cour supérieure de justice et la Cour de justice de l'Ontario, devant des juges, des jurys, où il était question des mêmes problèmes abordés par le projet de loi.

Je vais peut-être commencer par quelque chose de positif, parce que c'est toujours bien de dire quelque chose de gentil sur un projet de loi avant de le critiquer. Je suis heureux de voir que le projet de loi modifie le Code criminel en abrogeant des dispositions qui sont caduques ou anticonstitutionnelles, ou encore risquent de ne pas être entièrement conformes à la Constitution.

Ces amendements, à mon avis, sont les bienvenus. Le projet de loi ne supprime pas toutes les infractions et les dispositions qui ont été jugées anticonstitutionnelles. Par exemple, il ne porte pas sur les peines minimales qui ont été déclarées anticonstitutionnelles par la Cour suprême dans le jugement *Nur*, mais c'est un début.

Si on passe maintenant à ce qui est, pour moi, l'essentiel du projet de loi, c'est-à-dire les amendements qui portent sur les dispositions visant les agressions sexuelles, soit la communication de la preuve par la défense, et ce que j'appellerai la communication inversée. C'est une disposition qui ne ressemble en rien aux autres contenues dans le projet de loi.

En termes pratiques, cette disposition fait que l'accusé doit transmettre au procureur et à la partie plaignante, qui a voix au chapitre, tout document qu'il détient et dont il voudrait se servir lors d'un contre-interrogatoire de la partie plaignante si les documents sont conformes aux critères en matière de protection de la vie privée tels qu'explicités dans le projet de loi. Ces critères, et nous y reviendrons peut-être lors des questions, sont vastes. Y sont couverts une gamme étendue de documents, allant des dossiers médicaux aux actes de procédures déposés à la cour, en passant par des documents publics dans certains cas, voire même des messages SMS que la partie plaignante aurait envoyés à un tiers parti ou même à l'accusé. C'est donc une disposition de grande envergure.

L'une de mes toutes premières critiques, c'est qu'il y a atteinte au droit au silence de l'accusé.

L'exigence en matière de communication de la preuve par la défense s'écarte donc de la jurisprudence bien établie. Aux termes du projet de loi, l'accusé, dont l'innocence est présumée, sera obligé de décider s'il veut un procès équitable grâce à un contre-interrogatoire rigoureux, ce que nos tribunaux disent être essentiel pour établir la vérité, ou le droit au silence. L'accusé aura ensuite à bien participer et transmettre les renseignements qui serviront ensuite à l'inculper à la partie plaignante à qui il souhaite faire subir un contre-interrogatoire, ou bien garder son

This is not like other situations, like business records or expert reports or alibis. It's very different.

This has been noted in the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights as a problem. This is one of the only times maybe where the Conservatives have agreed with me on an issue of criminal law.

The honourable member from St. Albert—Edmonton says the precise problem is that the defence needs to tip their hands to a witness who is lying and give that witness time to tailor their story, or to incorporate new evidence, or maybe inappropriately refresh their memory.

Of course, that sort of process also impacts a right to full answer in defence. Cross-examination has been seen as a very important feature of full answer in defence and something the courts say should not be interfered with, without cause, and should only be interfered with restraint. It is an indispensable mechanism to search for the truth and it is one of the best protections we have against wrongful convictions.

I'd be happy to answer questions about those two constitutional aspects. In my last 30 seconds I want to be clear what I'm not talking about. I'm not suggesting that the current procedures under section 276, the rape shield laws, should be dispensed with. No one is suggesting that information that violates those protections should be admitted into court. No one is suggesting that irrelevant or immaterial evidence should be admitted into court. No one is suggesting a trial by ambush. No one is suggesting that complainants should be prevented from responding while under oath to the material that defence counsel may wish to cross-examine them on. And no one is advocating for the defence to use unlawfully obtained records.

We are talking about lawful records that are relevant and used appropriately. We are talking about a situation where this specific type of charge is going to have special rules that do not exist anywhere else. It will cause not only delays in our court, which we should talk about after, but also some severe constitutional problems.

The Chair: Thank you, Mr. Spratt.

Genevieve McInnes, Counsel, Criminal Lawyer's Association: Good afternoon. It's an honour to appear before the committee today. I'm a criminal lawyer. I've been practising for 12 years at all levels of court and I regularly defend

silence. C'est un choix impossible et on invoquera sans doute la Charte.

Cette situation est toute particulière, elle ne ressemble en rien aux documents commerciaux, aux rapports d'expertise ou aux alibis. C'est très différent.

Le problème a été noté au Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes. C'est peut-être l'une des rares occasions où les conservateurs sont d'accord avec moi sur un point de droit pénal.

Le député de St. Albert—Edmonton indique que le problème précis, c'est que la défense sera contrainte à montrer ses cartes à un témoin qui ment et donner à ce témoin le temps de modifier son histoire, ou d'y incorporer de nouveaux éléments, ou même de rafraîchir sa mémoire de façon inappropriée.

Bien sûr, ce genre de manœuvre a également une incidence sur le droit à une défense pleine et entière. Le contre-interrogatoire a été perçu comme étant une étape très importante de la défense entière et les tribunaux disent qu'il ne faudrait pas y toucher sans justification, et ce, avec la plus grande circonspection. C'est un mécanisme indispensable si l'on souhaite établir la vérité, et c'est l'une de nos meilleures protections contre les condamnations injustifiées.

Je me ferai un plaisir de répondre aux questions qui portent sur ces deux points constitutionnels. Pendant les 30 secondes qu'il me reste, je veux expliquer ce qui n'est pas mon intention. Je ne dis pas que les procédures prévues actuellement à l'article 276, les dispositions de protection des victimes de viol, devraient êtres abrogées. Personne ne dit que les renseignements qui violent ces protections devraient être recevables lors d'un procès. Personne ne dit que les éléments sans pertinence ou sans intérêt devraient être présentés lors d'un procès. Personne ne veut créer de piège pendant un procès. Personne ne dit que les parties plaignantes devraient être empêchées de répondre, alors qu'elles sont sous serment, aux éléments que l'avocat de la défense pourrait utiliser lors du contre-interrogatoire. Et personne ne milite pour que la défense utilise des documents obtenus de façon illégale.

Il est question de documents légaux qui sont pertinents et utilisés à bon escient. Je vous parle d'une situation selon laquelle ce type particulier d'infraction sera associé de règles spéciales qui n'existent nulle part ailleurs. Cela ne va pas seulement occasionner des retards dans le système judiciaire, dont nous devrions parler plus tard, mais également des soucis graves liés à la Constitution.

Le président : Merci, maître Spratt.

Genevieve McInnes, avocate, Criminal Lawyer's Association : Bonjour. C'est pour moi un honneur de comparaître devant le comité aujourd'hui. Je suis avocate criminaliste. J'exerce le droit depuis 12 ans à toutes les

individuals charged with sexual offences. I regularly deal with the application of sections 276 and 278 in practice.

I'd like to focus my comments on one aspect of the bill that has not, in my view, been sufficiently addressed. There's been a lot of focus on the reverse disclosure requirement of 278. I'm not going to speak about that. What hasn't been sufficiently emphasized, in my view, is that the amendments to section 278 also create a two-tiered system of admissibility in favour of the Crown. I'm going to explain what I mean by that by giving you an example in relation to a class of evidence we see every day in criminal trials, and that's electronic correspondence or text messages.

In my package of disclosure from the Crown, I often get screen shots of text message communications between the complainant and the accused. The police will routinely ask, as they are entitled to, the complainant to send them screen shots of these text messages. The police have a right to get these communications and no warrant is required.

The Crown also has the right, subject to the usual rules of evidence, to introduce these same communications at trial. No application from the Crown is required.

As it currently stands, the defendant is permitted to do the same. My client can give me copies of text messages between him and the client and, subject to the rules of evidence, I may choose to introduce them at trial.

If proposed subsection 278.92(1) as drafted is passed, the operation of this clause will be to keep the Crown in the same position that I've just outlined. The defendant will presumptively be barred from relying on this exact same category of evidence.

What you're creating is a scenario where, for example, if there are 10 text messages between the accused and the complainant after the alleged assault, the Crown may choose to lead five of these 10 text messages. The defendant will be statutorily barred, absent lengthy complex and costly litigation, from introducing the other five text messages shared between him and the complainant. This cannot be the intended result of Bill C-51. The interest of justice, including conserving the dignity of the complainant, which is a goal shared by the CLA, is not enhanced by this requirement.

This requirement doesn't address the trial-by-ambush concerns that led to the reverse disclosure requirement because at this point all records have been shared. At this second stage, the records have been shared. Yet for only those records the

instances, et je défends souvent des personnes accusées d'infractions de nature sexuelle. Je suis souvent amenée à me pencher sur l'application pratique des articles 276 et 278.

J'aimerais axer mes observations sur un aspect du projet de loi qui n'a pas, à mon avis, été assez débattu. On a mis beaucoup l'accent sur l'inversement de l'obligation de divulgation prévue à l'article 278. Je n'en parlerai pas. Par contre, je trouve qu'on n'a pas suffisamment souligner le fait que les modifications apportées à l'article 278 créeront aussi un régime d'admissibilité à deux catégories en faveur de la Couronne. Je vous expliquerai ce que j'entends par là en vous donnant un exemple d'une catégorie de preuves qu'on voit tous les jours dans les procès de nature criminelle, c'est-à-dire la correspondance électronique ou les messages textes.

Dans les documents que je reçois de la Couronne, je vois souvent des captures d'écran de communication par message texte entre le plaignant et l'accusé. Les policiers demanderont souvent, comme ils en ont le droit, que le plaignant leur fasse parvenir les captures d'écran des messages textes. Les policiers ont le droit de voir ces communications et n'ont pas besoin de mandat pour les obtenir.

La Couronne a aussi le droit, sous réserve des règles habituelles concernant la preuve, de présenter ces communications au procès. La Couronne n'a pas besoin de présenter de demande en ce sens.

Dans l'état actuel des choses, le défendeur est autorisé à faire la même chose. Mon client peut me remettre des copies de messages textes échangés avec le client, et sous réserve des règles entourant la preuve, je peux choisir de les présenter au procès.

Si le paragraphe 278.92(1) est adopté dans sa forme actuelle, les règles demeureront celles que je viens de décrire pour la Couronne. En revanche, le défendeur aura à priori l'interdiction de produire le même genre de preuve.

Il deviendrait donc possible, par exemple, que la Couronne choisisse de divulguer 5 messages textes sur 10 messages échangés entre l'accusé et le plaignant après les voies de fait présumées. Le cas échéant, le défendeur aura l'interdiction, selon la loi, à moins de se lancer dans une contestation fastidieuse, complexe et coûteuse, de présenter les cinq autres messages textes qui ont été échangés entre le plaignant et lui. Ce n'est certainement pas le résultat attendu du projet de loi C-51. Ainsi, cette exigence ne sert pas les intérêts de la justice, dont celui de conserver la dignité du plaignant, un objectif que partage la CLA.

On ne tient pas compte ici du risque de guet-apens qui ont mené à l'adoption de règles de divulgation inversée, parce qu'à ce stade, tous les documents ont été mis en commun. À cette étape, tous les documents ont déjà été présentés. Or, seuls ces

defendant wishes to introduce are they barred from doing so, and the Crown can lead them as a matter of course.

The way the law is now is that it is easier for the defendant to admit evidence than the Crown as a general constitutional imperative. This is in recognition of the significance of exculpatory evidence and the accused's right to a fair trial.

This aspect of the bill does the exact opposite. It is patently unconstitutional to force a defendant to commence complicated, expensive and time-consuming litigation simply to be put in the same position as the Crown.

I will turn over the remainder of the comments to my colleague.

Anne-Marie McElroy, Counsel, Criminal Lawyer's Association: Thank you for having me here. It's an honour to appear before the committee.

I'd like to add a few comments with respect to the procedures that are contemplated in terms of the admissibility of records in possession of the accused. Under proposed section 278.92, and how that might affect delays in the courts, which I think is something that we're all very live to.

Right now the process is contemplated as a pretrial motion. That means it would happen before a trial commences. We need to remember that a trial is a dynamic process. The evidence we anticipate hearing doesn't always come out, things change and lawyers are making strategic and tactical decisions throughout a trial, which means the defence lawyer might not know even ahead of a trial whether or not they expect to use a record.

If the bill passes as is, what I think we can expect to happen routinely in sexual assault trials is the evidence will grind to a halt mid-trial because a record that a defendant did not anticipate adducing has suddenly become relevant. This scenario is very problematic for the administration of justice as we'll likely need to adjourn a trial. The complainant would be permitted to have counsel at that time and then we'll have to set new dates to argue whether or not the record is admissible and then to continue with the trial.

Right now a seven-day notice period is contemplated. It might be reduced, but it still requires a written application and a time to allow a complainant to get counsel.

Adjourning a trial mid-cross-examination could be enormously stressful for a complainant. The likelihood of the trial being completed in the appropriate time frame so that an accused

éléments de preuve ne peuvent être présentés par le défenseur s'il le souhaite, alors que la Couronne peut tout à fait les déposer.

La loi est actuellement telle qu'il est plus facile pour le défendeur que pour la Couronne d'admettre des éléments de preuve, ce qui correspond à un impératif constitutionnel général. Il en est ainsi en raison de l'importance des preuves disculpatoires et du droit de l'accusé à un procès juste.

Cet élément du projet de loi produit le résultat contraire. Il est fondamentalement inconstitutionnel de forcer un défendeur à intenter des poursuites complexes, coûteuses et énergivores pour avoir les mêmes droits que la Couronne.

Je laisserai ma collègue présenter le reste de nos observations.

Anne-Marie McElroy, avocate, Criminal Lawyer's Association : Je vous remercie de m'accueillir. C'est un honneur de comparaître devant le comité.

J'aimerais ajouter quelques observations sur la procédure entourant l'admissibilité des documents en possession de l'accusé en vertu de l'article proposé 278.92 et sur son effet potentiel sur les délais judiciaires, qui nous préoccupent tous beaucoup, je pense.

Pour l'instant, la procédure envisagée repose sur le dépôt d'une requête préliminaire. Cela signifie qu'il faut déposer une requête avant que le procès ne commence. Il ne faut pas oublier qu'un procès est un processus dynamique. La preuve à laquelle on s'attend ne correspond pas toujours à ce qui est déposé, les choses changent, et les avocats prennent des décisions stratégiques et tactiques du début à la fin, ce qui signifie que l'avocat de la défense peut ne même pas savoir avant un procès s'il utilisera ou non un document.

Si le projet de loi est adopté tel quel, je m'attends à ce que les procès pour agression sexuelle soient constamment interrompus à mi-chemin parce qu'un élément de preuve que le défendeur n'avait pas prévu présenter devient soudainement pertinent. Ce scénario est très problématique du point de vue de l'administration de la justice, parce qu'il faudra alors probablement ajourner le procès. Le plaignant pourra alors être représenté par un avocat, et il faudra établir de nouvelles dates pour déterminer si le document en question est admissible avant de pouvoir continuer le procès.

En ce moment, la période de préavis prévue est de sept jours. Ce pourrait être moins, mais il faudra tout de même présenter une requête écrite et laisser le temps au plaignant de consulter un avocat.

L'ajournement d'un procès en plein milieu du contre-interrogatoire peut être extrêmement stressant pour un plaignant. De plus, la probabilité que le procès se termine dans les temps

person's subsection 11(b) rights to a trial in a reasonable time will be in jeopardy.

There is very much a possibility that the way the proposed clause is contemplated now could cause delays in the courts. When we consider scenarios where there are large volumes of text messages, as my colleague discussed, this could take an enormous amount of time to litigate. I'll keep my comments to that and I'd be happy to answer questions.

[*Translation*]

Kathleen Dufour, Director General, Outaouais CAVAC: Thank you for inviting me. It is an honour to be here. Thank you also for giving the victim assistance organizations the opportunity to present their views.

Quebec's network of victim assistance centres, the réseau des CAVAC du Québec, of which I am a member and that includes 17 centres, is made up of social workers, criminologists and sex therapists who provide front-line services to victims of crime, their families and witnesses to a crime. We have 170 service access points in Quebec, including through police services and criminal court divisions. For 30 years, we have offered psychological support, information, technical assistance, and guidance services. Drawing on my 25 years working with victims, I hope my remarks will be useful.

Following a year marked by the #MeToo movement, we have to reassure victims that they can break their silence when they come forward to the authorities and that they will be treated with respect and dignity. Let me simply say that Bill C-51 holds out great promise if it sends the clear message that consent must be valid throughout a sexual activity and that it can be withdrawn at any time.

That said, will trial courts have sufficiently clear guidelines to determine whether a victim was able to give consent, for example, in cases where there is intoxication or in a relationship with abuse of power? That will of course be for the legal experts to determine.

While research clearly shows that victims freeze at the time of a crime, too frequently, victims of sexual violence still have to justify before the court why they did not say no, scream, fight or try to escape. In our view, the definition of consent in the Criminal Code must be clear enough to encourage victims to come forward. Still today, some victims say they will not be believed because they did not clearly show through concrete actions that they did not consent.

voulus diminue, de sorte que le droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable en vertu de l'alinéa 11b) est compromis.

Il est fort possible que la disposition proposée, dans sa forme actuelle, cause des délais judiciaires. Dans les cas où il y a de grands volumes de messages textes, comme ma collègue l'a dit, il pourrait falloir énormément de temps pour trancher. Je m'arrêterai ici; je suis à votre disposition pour répondre aux questions.

[*Français*]

Kathleen Dufour, directrice générale, CAVAC de l'Outaouais : Merci de m'avoir invitée, c'est un honneur pour moi d'être ici devant vous. Merci aussi de permettre à des représentants d'organismes d'aide aux victimes de vous exposer leur point de vue.

Le réseau des CAVAC du Québec, dont je fais partie et qui comprend 17 centres, est formé de travailleurs sociaux, de criminologues et de sexologues qui offrent des services de première ligne à toute personne victime d'un acte criminel, à leurs proches ainsi qu'aux témoins d'un crime. Nous avons 170 portes d'entrée au Québec, entre autres au sein des services policiers, ainsi que dans les tribunaux en chambre criminelle. Nous offrons depuis 30 ans des services de soutien psychosocial, d'information, d'assistance technique et d'orientation. J'espère que mes propos, qui s'appuient sur mes 25 années d'expérience auprès des victimes, vous seront utiles.

À la suite d'une année marquée par le mouvement #MoiAussi, nous devons donner aux victimes l'assurance qu'elles peuvent briser le silence en s'adressant aux autorités et qu'elles seront reçues avec respect et dignité. J'aimerais simplement vous dire ceci : si le projet de loi C-51 permet de dire clairement que le consentement doit être valide tout au long d'une activité sexuelle, et qu'il peut être retiré en tout temps, j'y vois de grandes avancées.

Cela dit, est-ce que les tribunaux de première instance auront des balises suffisamment claires pour déterminer si une victime avait la capacité de donner son consentement, par exemple, dans les dossiers impliquant une intoxication ou dans une relation où il y a abus de pouvoir? Je laisse évidemment le soin aux juristes de le déterminer.

Alors que les recherches démontrent clairement que plusieurs victimes figent au moment de subir un acte criminel, il est encore trop fréquent qu'une victime de violence sexuelle ait à justifier, devant la cour, les raisons pour lesquelles elle n'a pas dit non, n'a pas crié, ne s'est pas débattue ou n'a pas tenté de fuir. Nous croyons que la définition du consentement au sein du Code criminel doit être suffisamment claire pour encourager les victimes à porter plainte. Encore aujourd'hui, certaines victimes

Similarly, a victim of sexual trauma might react in ways that can be misinterpreted by police, prosecutors and judges who are uninformed about the consequences of such trauma. This makes training for the various actors in the system essential.

Beyond the myths and prejudices that are often still too prevalent among various actors in the system, the rules related to victim testimony should also be analyzed. Giving testimony is a key step, allowing a victim to explain why she did not consent to a sexual activity. Victims are still called upon to recount very traumatic and intimate events, although they are not familiar with the workings of the court and still too often are not given assistance. This definitely undermines the victim's credibility.

Further, access to the victim's past record and confidential files is an especially sensitive issue. What kind of files might the accused want to use if the victim's sexual past or reputation can no longer be used as part of their defence? I can only be concerned about the impact if the courts allow victims' personal files to be used without careful analysis of their relevance. Victims would no longer trust the professionals around them, which could leave them in devastating isolation.

So giving a victim legal representation to prevent her from being subject to questioning and cross-examination about a personal file is essential to upholding victims' right to support services.

In closing, we see every day that victims' experience in the justice system depends on various factors that are clearly spelled out in the Canadian Victims Bill of Rights. While these rights include the right to fair and accurate information, the right to protection, and the right to participation, unfortunately these rights are not always consistently upheld. We are still seeing too much disparity among actors in the system and from one jurisdiction to another.

Upholding the bill of rights consistently across the country would have a major impact on victims' confidence in the justice system. Working with victims of sexual assault has taught me that victims do not want to jeopardize the right of the accused to a full defence or to have harsh sentences imposed on all accused persons. Above all, they want to be treated safely, with respect and dignity, by a system that enables them to tell their truth, and for their truth to be heard. Since the trauma undermines their ability to provide accurate testimony, this should be examined in

se disent que, puisqu'elles n'ont pas clairement démontré, par des gestes concrets, qu'elles ne consentaient pas, elles ne seront pas crues.

De même, une victime ayant vécu des traumatismes sexuels peut avoir des réactions qui peuvent être mal interprétées par des policiers, des procureurs ou des juges mal informés sur les conséquences de tels traumatismes. La formation offerte aux différents acteurs du système devient alors primordiale.

Au-delà de la présence de mythes et de préjugés encore trop présents chez plusieurs acteurs du système, il serait aussi souhaitable que les règles entourant le témoignage des victimes soient analysées. Le témoignage est une étape charnière qui permet à une victime d'expliquer pourquoi elle ne consentait pas à une activité de nature sexuelle. On demande encore aux victimes de raconter des événements fort traumatisants et très intimes, sans qu'elles aient été familiarisées avec les rouages du tribunal et, encore trop souvent, sans aide. Il ne faut pas oublier que le traumatisme peut affecter grandement la capacité d'une victime à livrer son témoignage. Cela nuira donc certainement à sa crédibilité.

Par ailleurs, l'accès aux dossiers antérieurs et confidentiels des victimes est particulièrement délicat. Quel type de dossiers l'accusé souhaiterait-il produire si le passé sexuel ou la réputation de la victime ne doit plus servir en défense? Je ne peux qu'être préoccupée de l'impact si les tribunaux autorisaient le dépôt des dossiers personnels des victimes sans effectuer une analyse fine de sa pertinence. Les victimes n'oseraient plus se confier aux professionnels qui les entourent, ce qui pourrait les maintenir dans un isolement dévastateur.

Donc, permettre à la victime d'être représentée par un avocat pour éviter qu'elle soit interrogée et contre-interrogée au sujet d'un dossier personnel est primordial pour assurer le droit des victimes à l'accès aux services d'aide.

En terminant, nous observons tous les jours que la satisfaction des victimes quant à leur expérience au sein du système de justice est tributaire de plusieurs facteurs qui sont clairement nommés dans la Charte canadienne des droits des victimes. Par exemple, le droit à de l'information juste et précise, le droit à la protection et le droit de participation sont des droits reconnus qui ne sont malheureusement pas respectés de manière uniforme. On constate encore une trop grande disparité qui peut varier selon les acteurs du système en présence ou d'une juridiction à l'autre.

Rendre le respect des dispositions de la charte uniforme à travers le pays aurait un impact majeur en ce qui a trait à la confiance qu'ont les victimes à l'égard du système de justice. Côtoyer les victimes d'agression sexuelle m'a enseigné que les victimes ne souhaitent pas mettre en péril le droit des accusés à une défense pleine et entière, ou qu'on impose à tous les accusés de lourdes peines. Elles souhaitent, par-dessus tout, être accueillies en sécurité, avec respect et dignité, par un système qui leur permettra de dire leur vérité, et que leur vérité soit

order to identify questioning and cross-examination practices that enable victims to present their truth in court. The purpose of any criminal trial is after all to shed light on the events and to make sure that those events do not happen again.

That is what the thousands of victims who report sexual violence want to see, and what those who are unfortunately still isolated in their silence also want.

Thank you.

The Chair: Thank you, Ms. Dufour.

[*English*]

It's my pleasure now to introduce Ms. Katherine Hensel.

Katherine Hensel, Barrister and Solicitor, Indigenous Bar Association: Thank you. Hello, everyone.

[*Editor's Note: The witness spoke in her Indigenous language.*]

My name is Katherine Hensel. I am here on behalf of the Indigenous Bar Association. It's an association of Indigenous lawyers, law students, legal scholars and members of the bench.

We are most acutely concerned about several elements of Bill C-51, unfortunately, although we can see how the bill attempts to meet several objectives that the members of the bar share. Those are, just to name three, reducing the incidence of sexual assault and related violence and protecting the rights of Indigenous victims and complainants where it does occur. We note that Indigenous people are, regrettably, gravely and disproportionately the victims of sexual violence, up to and including murder.

Second, as a laudable objective, reducing the over-representation of Indigenous accused and offenders in the criminal justice system. We are also, regrettably, gravely over-represented among the ranks of the accused, the convicted and the incarcerated, including with respect to crimes of sexual violence.

Finally, the members of the Indigenous bar, as officers of the court, as lawyers and as Indigenous people, aspire to a justice system in Canada that is fair to Indigenous peoples, whether as litigants, witnesses, complainants or victims.

entendue. Comme le traumatisme nuit à la capacité de livrer un témoignage juste, il serait important que l'on s'y attarde afin de dégager les pratiques juridiques d'interrogatoire et de contre-interrogatoire permettant aux victimes de présenter leur vérité devant la cour. Car c'est bien le but de toute audience criminelle : faire la lumière sur des événements, et faire en sorte que ces événements ne se reproduisent plus.

C'est aussi le souhait des milliers de personnes qui dénoncent les violences sexuelles dont elles ont été victimes, de même que le souhait de celles qui restent malheureusement encore isolées dans leur silence.

Je vous remercie.

Le président : Merci, madame Dufour.

[*Traduction*]

C'est avec plaisir que je vous présente maintenant Mme Katherine Hensel.

Katherine Hensel, avocate, Association du Barreau autochtone : Merci. Bonjour à tous.

[*Le témoin s'exprime dans une langue autochtone.*]

Je m'appelle Katherine Hensel, et je comparais au nom de l'Association du Barreau autochtone, qui regroupe des avocats, des étudiants en droit, des juristes et des juges d'origine autochtone.

Il y a plusieurs éléments du projet de loi C-51 qui nous inquiètent au plus haut point, malheureusement, bien que nous puissions voir que le projet de loi vise à accomplir différents objectifs que les membres du barreau partagent. Je n'en nommerai que trois. Il y a premièrement la réduction de l'incidence des agressions sexuelles et des violences connexes, de même que la protection des droits des victimes et des plaignants autochtones le cas échéant. Nous soulignons que les Autochtones sont malheureusement gravement et démesurément victimes de violence sexuelle pouvant aller jusqu'au meurtre.

Le deuxième objectif louable du projet de loi serait de réduire la surreprésentation des accusés et des contrevenants autochtones dans le système de justice pénale. Là encore, nous sommes malheureusement gravement surreprésentés parmi les rangs des accusés, des inculpés et des détenus, y compris pour des crimes liés à la violence sexuelle.

Enfin, les membres du Barreau autochtone aspirent, en tant qu'officiers de justice, avocats et Autochtones, à un système judiciaire au Canada qui soit juste envers les Autochtones, qu'ils soient défendeurs, témoins, plaignants ou victimes.

For far too long, Indigenous people have been, on the one hand, over-involved with a justice system that, on the other hand, fails to serve and protect us. The twin goals of a fair and just process and enhanced safety for all members of Canadian society, these are goals that Indigenous people and the members of the Indigenous bar do not see as being readily available to us through the justice system today.

I trust the members of the committee will not take these as particularly controversial statements.

We can see how Bill C-51 attempts to meet these goals by enhancing the quality and the quantity of evidence available to the court, particularly with respect to evidence concerning communications between the accused and the complainant, by balancing the evidence available concerning both the accused and the complainant, by deterring and punishing sexual assault, by clarifying and confirming that unconsciousness negates consent, and by generally increasing the information available to the court and the Crown to find truth and to undermine defences that, in turn, fundamentally undermine the quality of justice available in Canadian courts.

Again, we emphasize these are laudable goals shared by members of the Indigenous bar.

Unfortunately, these goals are not, in our submission, met by the provisions as they exist in Bill C-51. Several of them may, in our submission, enhance quality and fairness and possibly offer some protection to complainants in proceedings such as those involving the allegations against accused like Jian Ghomeshi. They would not have, in our submissions, protected the likes of Cindy Gladue or of Tina Fontaine. A justice system that produces results as we saw in *R. v. Stanley* — that's the case involving the death of Colten Boushie — will not, in our submission, protect the rights of an Indigenous accused person where it does not do so sufficiently now.

Any tools in the hands of the Crown to be used against an accused person will, under the current circumstances and the current state of Canadian courts in the justice system, enure to our collective detriment always.

They will not, in our submission, serve to protect Indigenous complainants and victims of sexual assault and sexual violence. There are a number of more technical points set out in our written submissions that have been carefully canvassed by my friends here, which we adopt and share.

There are numerous ways that Canadian society and the justice system can serve and protect sexual victimization of Indigenous people, particularly girls and women: increasing the resources

Depuis bien trop longtemps, les Autochtones sont d'une part surreprésentés dans le système judiciaire et d'autre part, mal protégés par ce même système. Du point de vue des peuples autochtones et des membres du Barreau autochtone, les objectifs conjoints d'un procès juste et équitable et d'une sécurité accrue pour tous les membres de la société ne nous sont pas accessibles au moyen du système judiciaire actuel.

Je suis persuadée que les membres du comité ne jugeront pas ces affirmations particulièrement controversées.

Nous pouvons voir que le projet de loi C-51 se veut une tentative d'atteindre ces objectifs par une amélioration de la qualité des éléments de preuve déposés en cour et de leur nombre, particulièrement en ce qui concerne les communications entre l'accusé et le plaignant. Nous voyons la recherche d'équilibre quant aux éléments de preuve sur l'accusé et le plaignant, les efforts pour prévenir les agressions sexuelles et punir les coupables d'agression; nous voyons la tentative de clarifier et de confirmer qu'une personne inconsciente ne peut pas donner son consentement et la volonté d'accroître le volume d'information accessible au tribunal et à la Couronne pour découvrir la vérité et faire échec aux défenses qui minent fondamentalement la qualité de la justice rendue par les tribunaux canadiens.

Encore une fois, nous soulignons que ce sont des objectifs louables que partagent les membres du Barreau autochtone.

Malheureusement, nous sommes d'avis que les dispositions actuellement proposées dans le projet de loi C-51 ne permettent pas de les atteindre. Plusieurs pourraient, selon nous, améliorer la qualité, l'équité et même mieux protéger les plaignants dans des affaires comme celles des allégations déposées contre des accusés comme Jian Ghomeshi. Nous croyons toutefois qu'elles n'auraient pas permis de protéger des personnes comme Cindy Gladue ou Tina Fontaine. Un système judiciaire qui produit les résultats qu'on a vus dans l'affaire *R. c. Stanley* — sur la mort de Colten Boushie — ne pourra pas, selon nous, protéger les droits d'une personne autochtone inculpée plus qu'il ne le fait déjà, ce qui est vraiment insuffisant.

Tout outil placé entre les mains de la Couronne pouvant servir contre une personne inculpée sera à notre détriment collectif dans l'état actuel des cours et du système judiciaire canadiens.

Nous croyons que ces outils ne pourront protéger ni les plaignants autochtones ni les victimes autochtones d'agression sexuelle ou de violence sexuelle. Il y a quelques éléments plus techniques que vous trouverez dans notre mémoire écrit, qui a été préparé avec soin par mes amis, que nous avons adoptés et que nous appuyons.

Il y a de nombreuses façons dont la société canadienne et le système judiciaire peuvent aider et protéger les Autochtones faisant l'objet de victimisation sexuelle, particulièrement les

for youth and adult programs in Indigenous communities; correcting systemic discrimination for funding for infrastructure, housing, health, education and child welfare; addressing in a meaningful and effective way the legacies of residential schools intergenerationally and directly; and the legacies and the direct effects of child welfare interventions.

In our submissions, encouraging complainants to come forward and making them feel safe in the courtroom has been described as putting the cart before the horse. A more apt description might be that the horse is out of the barn by the time you're trying to make a courtroom or criminal proceeding less traumatic for an Indigenous complainant or victim of sexual violence.

The amendments assume sufficient nondiscriminatory and effective access to justice on the part of complainants that does not currently exist for Indigenous complainants and victims of sexual violence.

A concern has been raised by some of our members about the distinction between unconsciousness and other conditions that may render a complainant or a victim incapable of providing meaningful consent. The distinction, the concern or the anxiety that has been identified by our members is that distinction places undue emphasis on consciousness versus the large grey area leading to unconsciousness where ability to meaningfully provide consent is compromised.

We share the concerns raised by the Criminal Lawyer's Association, as, I anticipate, by my friend from the CCLA, Ms. Secter, about the provisions of section 276 and electronic communications concerning sexual history. We submit that a case-by-case basis, as is currently the protocol in the procedure, is more effective than any blanket extension of the rape shield protections. Like my friend Mr. Spratt, we're not calling for the existing rape shield protections to be diminished, but the additions and the expansion will operate, in our submission, for the reasons that I've submitted earlier, operate exclusively to our detriment in terms of Aboriginal or Indigenous accused people being over-represented amongst the ranks of accused people generally.

Subject to your questions, those are my submissions.

The Chair: Thank you very much.

Samara Secter, Associate, Addario Law Group, Canadian Civil Liberties Association: Thank you to the committee for inviting me to speak today. I'm here on behalf of the Canadian Civil Liberties Association. The CCLA has general concerns with the bill, including its changes to the Department of Justice

filles et les femmes : il faut augmenter les ressources octroyées aux programmes pour les adultes et les jeunes dans les communautés autochtones; il faut corriger la discrimination systémique propre au financement de l'infrastructure, du logement, de la santé, de l'éducation et des services à l'enfance; il faut nous attaquer véritablement et efficacement aux conséquences intergénérationnelles et directes des pensionnats autochtones, ainsi qu'à leurs effets directs et indirects sur les interventions des services à l'enfance.

Selon nous, vous mettez la charrue devant les bœufs en voulant encourager les plaignants à dénoncer leurs agresseurs et en voulant qu'ils se sentent en sécurité au tribunal. Il serait plus juste de dire que les bœufs seront partis depuis longtemps d'ici à ce qu'on puisse faire du tribunal ou de la procédure pénale des éléments moins traumatisants pour un plaignant autochtone ou une victime autochtone de violence sexuelle.

Ces modifications sous-entendent que les plaignants auraient déjà un accès efficace et non discriminatoire à la justice, alors que ce n'est pas le cas des plaignants autochtones et des victimes autochtones de violence sexuelle.

Certains de nos membres déplorent la distinction qu'on fait entre l'inconscience et les autres conditions susceptibles de rendre un plaignant ou une victime incapable de donner un consentement éclairé. La source de l'anxiété de nos membres, c'est que cette distinction accorde un poids excessif à l'inconscience par rapport à toute la zone grise qui mène à l'inconscience, où la personne finit par perdre son aptitude à fournir un consentement éclairé.

Nous partageons les craintes exprimées par la Criminal Lawyer's Association, comme sûrement celles de mon amie de l'ACLC, Me Secter, sur l'article 276 et les communications électroniques concernant les comportements sexuels antérieurs. Nous sommes d'avis que l'analyse au cas par cas actuellement d'usage selon le protocole et la procédure est plus efficace que toute tentative d'application élargie des protections des victimes de viol. Comme mon ami Me Spratt, nous ne demandons pas que les protections actuelles à l'intention des victimes de viol soient réduites, mais nous sommes d'avis, pour les raisons que je viens d'exposer, que les ajouts et élargissements prévus n'auront pour effet que de nuire davantage aux Autochtones, aux accusés autochtones, qui sont déjà surreprésentés parmi les accusés en général.

Voilà mes positions, je suis prête à répondre à vos questions.

Le président : Merci beaucoup.

Samara Secter, associée, Addario Law Group, Association canadienne des libertés civiles : Je remercie le comité de m'avoir invitée à prendre la parole aujourd'hui. Je suis ici au nom de l'Association canadienne des libertés civiles. De manière générale, l'ACLC s'inquiète de l'effet de ce projet de loi et des

Act. My submissions today will be focused on the sexual assault amendments.

From the CCLA's perspective, Bill C-51 is unconstitutional, unworkable and ineffective. The new sexual assault provisions respond to a nonexistent problem. The existing law is vigorously applied and its protection is routinely sought by prosecuting counsel.

Conversely, the new procedural rules squarely interfere with the right to silence and the right to a fair trial where there is no compelling evidence that such interference is required or justified.

The CCLA would like to make three submissions today, but in the interest of time, I'll give you the highlights and we can come back to them in questions.

Number one is that the defence disclosure obligation is unconstitutional because it infringes on the right to silence and interferes with trial fairness.

Number two, which I'll elaborate on now, is that adding counsel for complainants in a section 276 application and the proposed section 278.92 applications creates an unfairness for the defendant.

Three is that expanding the reach of section 276 to include communications jeopardizes the right to a fair trial and introduces unworkable ambiguity into the criminal law.

Briefly, on the defence disclosure obligations, the CCLA says that proposed section 278.92 is unconstitutional for the reasons highlighted by Mr. Spratt and also because of how it interferes with defence cross-examination. Cross-examination is a most powerful weapon of the defence. The Supreme Court has agreed with that statement. Particularly that's true when the entire case turns on the credibility of witnesses.

If a witness is told in advance what the intended areas of cross-examination are, which they may be based on 278.92, and with the benefit of a lawyer is entitled to mould their answers, that will subvert the search for the truth. Proponents of the legislation say the defence has no right to a trial by ambush. That's the response, but the proposed scheme has the potential to cover communications and records that the complainant will know exist. The ambush concerns are misplaced.

modifications qu'il propose à la Loi sur le ministère de la Justice. Je concentrerai mes observations d'aujourd'hui sur les modifications touchant l'agression sexuelle.

Du point de vue de l'ACLC, le projet de loi C-51 est inconstitutionnel, inapplicable et inefficace. Les nouvelles dispositions sur l'agression sexuelle viennent répondre à un problème inexistant. La loi déjà en vigueur s'applique déjà rigoureusement, et les avocats chargés des poursuites invoquent fréquemment ses protections.

À l'inverse, les nouvelles règles de procédure proposées contreviennent carrément au droit au silence et au droit à un procès juste, et cela, sans preuve irréfutable du bien-fondé de cette modification.

L'ACLC souhaiterait faire valoir trois arguments aujourd'hui, mais comme notre temps est limité, je ne vous en présenterai que les grandes lignes, et nous pourrons y revenir pendant la période de questions.

Premièrement, nous croyons que l'obligation de divulgation imposée à la défense est inconstitutionnelle parce qu'elle contrevient au droit au silence et au droit à un procès juste.

Deuxièmement, et je m'expliquerai davantage dans un instant, nous jugeons que les dispositions de l'article 276 qui permettent au plaignant d'être représenté par un avocat et les requêtes prescrites par l'article 278.92 créent une situation d'injustice pour le défendeur.

Troisièmement, nous estimons que l'élargissement de la portée de l'article 276 pour y inclure les communications compromet le droit à un procès juste et introduit une ambiguïté impossible en droit pénal.

Brièvement, concernant l'obligation de divulgation imposée à la défense, l'ACLC estime l'article proposé 278.92 inconstitutionnel pour les raisons évoquées par Me Spratt et aussi en raison de la façon dont elle entrave le contre-interrogatoire de la défense. Le contre-interrogatoire est l'un des outils les plus puissants de la défense. La Cour suprême en convient. C'est particulièrement vrai lorsque toute l'affaire repose sur la crédibilité des témoins.

Si un témoin est informé à l'avance des questions qui feront partie du contre-interrogatoire, comme ce serait le cas en vertu de l'article 278.92, puis qu'il bénéficie des services d'un avocat pour préparer ses réponses, la recherche de la vérité sera compromise. Ceux qui sont en faveur du projet de loi affirment que la défense n'a pas le droit à un procès par guet-apens. C'est la réponse servie, mais la formule proposée risque de provoquer la divulgation au plaignant de communications et de documents qu'il connaît déjà. Il n'y a donc pas lieu de craindre le guet-apens.

I'd like to speak briefly about inviting complainant counsel in on section 276 applications. It's the CCLA's submission that the proposed legislation and its invitation for complainant counsel is unprecedented and includes the complainant as a party litigant in a criminal trial. The complainant has standing to participate and has the right to her own lawyer in a criminal trial and turns the trial into a tri-party proceeding. That party does not have the defendant's fair trial rights as a front-and-centre concern even though the stakes involve a criminal record and the potential loss of one's liberty.

The CCLA says that this introduction is unnecessary for two reasons. One is that Crown counsel play a quasi-judicial role, and that includes a duty to consult complainants and advance third party interests. If the Crown is doing its job, an enhanced participation right through counsel for a complainant is unnecessary.

Two, at a 276 hearing or a hearing to determine the admissibility of evidence that is already in the possession of the accused, there is no rationale for complainant counsel. In production applications, regular section 270 applications where the defence does not have access to those records, the complainant has a unique perspective. They're able to say, "This is in the record, this isn't in the record, here is why the record may not be relevant," and the complainant's privacy interests vis-à-vis the state are indicated in those situations.

The same is not true in a 276 application or an application to introduce evidence to which the defence already has access. There is no subpoena power at issue forcing the complainant to provide something that she does not want people to have access to. The access is already there.

Although there are no identifiable benefits to the introduction of complainant counsel, there are significant negative consequences. One reason for prohibiting third parties from participating in criminal prosecutions is that the dispute is between the community represented by the Crown and the accused. The Crown has Minister of Justice obligations. A complainant's counsel does not.

As the Ontario Superior Court of Justice judge Justice Dambrot said, fairness to an accused demands that anyone who speaks in opposition to his interests in a criminal prosecution does so bearing the duties and restraints placed on Crown counsel. A complainant's counsel would not have those restraints.

Two, to introduce complainant's counsel has the potential to create a skewing effect.

J'aimerais aborder brièvement l'idée d'inviter l'avocat du plaignant à intervenir lorsqu'une demande est soumise en vertu de l'article 276. L'ACLC est d'avis que le projet de loi et son invitation à faire intervenir l'avocat du plaignant est sans précédent puisque le plaignant est partie au litige dans un procès criminel. Le plaignant a le droit de participer au procès, il a le droit d'être accompagné de son propre avocat dans un procès criminel, de sorte que cette disposition fait intervenir une tierce partie dans la procédure. Or le droit du défendeur à un procès juste ne sera pas une préoccupation centrale de cette tierce partie, même si l'enjeu est un casier criminel et la perte potentielle de liberté de la personne.

Notre association soutient que cet ajout est inutile pour deux raisons. D'abord, cet avocat de la Couronne joue un rôle quasi-judiciaire, qui comprend le devoir de consulter les plaignantes et de protéger les intérêts de la tierce partie. Si la Couronne fait son travail, il est inutile de faire participer un autre avocat pour défendre la plaignante.

Deuxièmement, lors d'une audience en vertu de l'article 276, pour déterminer l'admissibilité de la preuve déjà en possession de l'accusé, rien ne justifie que la plaignante puisse être représentée par un avocat. Lors des demandes de production de documents, en vertu de l'article 270, comme la défense n'a pas accès aux documents, la plaignante a une perspective unique. Elle peut dire : « Ceci fait partie du dossier, cela non, et voici pourquoi tel document pourrait ne pas être pertinent. » Il est indiqué d'évoquer la protection de la vie privée de la plaignante et les intérêts de l'État dans ce genre de situation.

La même chose n'est pas vraie lorsqu'une demande est présentée en vertu de l'article 276 et qu'il faut présenter les éléments de preuve auxquels la défense a déjà accès. Il n'y a pas de pouvoir d'assignation qui forcerait la plaignante à divulguer des choses qu'elle ne voudrait pas divulguer. L'accès est déjà garanti.

Bien qu'il n'y ait pas d'avantages tangibles à permettre à la plaignante d'être représentée par un avocat, cela a des conséquences graves. Si l'on interdit aux tierces parties de participer aux poursuites criminelles, c'est en partie parce que le litige est entre la collectivité représentée par la Couronne et l'accusé. La Couronne a des obligations à l'égard de la ministre de la Justice, ce qui n'est pas le cas de l'avocat de la plaignante.

Le juge Dambrot, qui siège à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, a affirmé que l'équité envers l'accusé exige que quiconque prend parole contre ses intérêts dans des poursuites pénales soit également assujetti aux devoirs et aux contraintes imposés à l'avocat de la Couronne. L'avocat de la plaignante ne serait pas soumis à ces contraintes.

Ensuite, l'intervention de l'avocat de la plaignante pourrait avoir un effet de distorsion.

Given the underfunding of legal aid, you may see a situation where the accused is unrepresented, but there is a Crown in the courtroom and a complainant's counsel in the courtroom. The asymmetry of that situation is obvious. To have no representation for an accused and two lawyers trying to have evidence deemed inadmissible in an accused's criminal trial is unfair.

Finally, I share the delay concerns that my friends have raised. Trials are dynamic, and questions of admissibility often only crystallize as the evidence emerges. To grant a complainant standing with counsel will turn brief voir dires into protracted mid-trial motions raising section 11(b) concerns.

The last point I wanted to make was about section 276 and broadening that definition to include communications. In the interests of time, I'll leave that for questions, but it introduces ambiguity that will be the subject of costly litigation.

In short, there is no crisis in the justice system in sexual assault cases. This bill may create one. The government should be focussing on other ways of protecting and respecting complainants' rights rather than amending what is an already progressive and protective law in an unconstitutional manner.

[*Translation*]

Senator Dupuis: I would like to pursue the issue of electronic communications. Can you quickly explain your position on the issue of broadening electronic communications? What do you think the problem is?

The Chair: Can you please identify the person?

Senator Dupuis: My question is for Ms. Secter.

[*English*]

Ms. Secter: It's the CCLA's position that broadening sexual activity to include communications made for a sexual purpose expands the reach too far about what a sexual activity is. The reason I say that is because many sexual assault allegations in our time start with or end with electronic communications. Many people's sexual lives or experiences begin or end with electronic communications. There is a risk in the legislation that a judge might interpret proposed subsection 276(4) to include text messages that come right before, during or right after the sexual activity in question.

Compte tenu du sous-financement de l'aide juridique, il pourrait arriver que l'accusé ne soit pas représenté, mais qu'il y ait un procureur de la Couronne au tribunal, en plus de l'avocat de la plaignante. L'asymétrie de la situation est évidente. Il serait injuste qu'un accusé ne soit pas représenté, tandis que deux avocats essaieraient de faire déclarer des éléments de preuve inadmissibles dans un procès criminel contre l'accusé.

Enfin, je m'inquiète des délais judiciaires mentionnés par mes amis. Les procès sont des processus dynamiques, et les questions d'admissibilité surgissent souvent seulement au moment du dépôt d'éléments de preuve. En accordant à la plaignante d'être représentée par un avocat, on transformera de brefs voir-dires en motions de mi-procès interminables, souvent sur la base de l'alinéa 11b).

Le dernier point que je souhaite soulever concerne l'article 276 et l'élargissement de la définition qu'on y trouve pour inclure les communications. Par manque de temps, je vous laisserai me poser des questions à ce sujet, mais je dirai seulement que cette modification crée une ambiguïté qui suscitera bien des litiges coûteux.

Bref, il n'y a pas de crise dans le système de justice concernant les affaires d'agression sexuelle, mais ce projet de loi risque bien d'en créer une. Le gouvernement devrait se concentrer sur d'autres moyens de protéger les droits des plaignantes et de les respecter plutôt que de modifier anticonstitutionnellement une loi déjà progressiste et protectrice.

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : Je vais peut-être poursuivre sur la question des communications électroniques. Alors, pouvez-vous rapidement nous exposer votre position par rapport à la question d'élargir les communications électroniques? Quel est le problème, selon vous?

Le président : Pouvez-vous identifier la personne, s'il vous plaît?

La sénatrice Dupuis : Ma question s'adresse à Mme Secter.

[*Traduction*]

Mme Secter : L'ACLC est d'avis que l'élargissement de la définition d'activité sexuelle pour inclure les communications à des fins sexuelles confère une portée trop vaste à l'activité sexuelle. Je le dis parce que beaucoup d'allégations d'agression sexuelle, à notre époque, commencent ou finissent par des communications électroniques. La vie sexuelle ou les expériences sexuelles de bien des gens commencent ou finissent par des communications électroniques. Il y a un risque qu'un juge interprète le paragraphe proposé 276(4) de manière à inclure les messages textes échangés juste avant, pendant ou juste après l'activité sexuelle en question.

It's my submission that Parliament has created a blurred line between the activity on trial and other activity.

There's also ambiguity in when a communication will be of a sexual nature or for a sexual purpose. There has been litigation about when a photograph is for a sexual purpose, but it's not always easy to define. It's likely that the sexual purpose will be even more ambiguous for a communication than for a photograph, and trying to parse through in each case mid-trial what electronic communication is sexual and what is not will add an unnecessary layer of complexity leading to further delays.

There are already rules in place to limit improper use of communications, and Parliament does not need to expand the cumbersome admissibility regime.

[*Translation*]

Senator Dupuis: I want to make sure I understand your association's position. Are you saying that, in the case of a sexual activity that began through electronic communications, continued through electronic communications, and led to sexual relations, which continued through a series of electronic communications, possibly including photos, before or after, it is just the sexual activity on that night or morning that would be the sexual activity in question?

[*English*]

Ms. Secter: My position is that often the sexual activity that might take place has communication leading up to it and communication after it. What is at question in a criminal trial might involve all of that, and to say that you need an application to bring evidence of the communication that led up to that sexual activity in question, when really it's arguably part of this transaction, puts the defence in a unfair position.

[*Translation*]

Senator Dupuis: Mr. Spratt, you say the following on page 3 of your brief, in the second last paragraph that begins with:

[*English*]

> This positive disclosure obligation is unprecedented in Canadian law.

J'ai l'impression que le Parlement crée un flou entre l'activité visée par le procès et d'autres activités.

Il y a aussi une ambiguïté concernant la question de savoir si une communication est de nature sexuelle ou si elle a lieu à des fins sexuelles. Il y a une jurisprudence sur le moment où une photographie est considérée être utilisée à des fins sexuelles, mais ce n'est pas toujours facile à définir. Il est probable qu'il soit encore plus ambigu de conclure à des fins sexuelles lorsqu'il s'agit d'une communication plutôt que d'une photographie, de sorte que l'évaluation, à mi-procès, des communications électroniques pour déterminer lesquelles sont de nature sexuelle ou non ajoutera une couche de complexité inutile qui accentuera les délais judiciaires.

Il existe déjà des règles en place pour limiter un mauvais usage des communications, et le Parlement n'a pas besoin d'alourdir un régime d'admissibilité déjà lourd.

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : Je veux m'assurer de bien comprendre la position de votre association. Êtes-vous en train de nous dire que, dans le cas d'une activité sexuelle qui aurait été amorcée par des communications électroniques, entretenue par des communications électroniques, qui auraient mené à une relation sexuelle, laquelle aurait été poursuivie par une série de communications électroniques, peut-être accompagnées de photos, avant ou après, il n'y a que la relation sexuelle, ce soir-là ou ce matin-là, qui serait de l'ordre de l'activité sexuelle en question?

[*Traduction*]

Mme Secter : Selon moi, il n'est pas rare qu'une activité sexuelle soit précédée et suivie d'un certain nombre de communications. Un procès criminel peut faire intervenir l'ensemble de ces communications, et on place la défense dans une situation inéquitable en l'obligeant à présenter une demande pour la production des communications ayant mené à l'activité sexuelle visée alors même que l'on pourrait fort bien affirmer qu'elles en font partie intégrante.

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : Maître Spratt, vous indiquez ceci, à la page 3 de votre mémoire, à l'avant-dernier paragraphe qui commence ainsi :

[*Traduction*]

> Cette obligation formelle de divulgation est sans précédent dans la loi canadienne.

[*Translation*]

You go on to say that:

[*English*]

It is overbroad in relation to both its scope and application.

[*Translation*]

Can you clarify what you mean by "overbroad"? Are you saying there is a way to achieve the result we are aiming for in the bill by restricting its scope and application?

[*English*]

Mr. Spratt: In terms of the breadth, I'm referring specifically to the definition of the types of records that would be captured by this section. It is broader now than when this bill was first drafted because the Supreme Court in the case of *Marakah* dealt with privacy interests in text messages and confirmed that indeed when you're dealing with Charter applications that there is a privacy interest and standing in those text messages even if it's sent to a third party. That wasn't the case when the bill was drafted.

In terms of breadth, we're looking at records that might not be as private as we would normally think. Normally we think of a diary or some private memoirs that were written or something like that. That's been the litigation so far. But this would also include text messages sent to a third party or text messages sent to the accused.

I had a case where the accused was on a sponsorship application for immigration and was the sponsor of the complainant so he was intimately involved and had a joint interest in those records as well. There was some material in those records that contradicted what the complainant was saying.

That's what I mean in terms of breadth, just the number of records that are captured, even including records that may be public through civil litigation or other litigation.

In terms of the scope, we don't have other sections of the Criminal Code that have this positive disclosure obligation. Some people say defence needs to disclose their expert reports, but they only need to do so at the close of the Crown's case. They don't need to disclose their expert report to the Crown's expert before they cross-examine the expert.

[*Français*]

Vous poursuivez en disant ceci :

[*Traduction*]

Elle est de trop grande portée et son champ d'application est trop large.

[*Français*]

Pourriez-vous être plus précis quant à ce que vous considérez comme étant « *overbroad* »? Et est-ce que vous voulez dire qu'il y aurait moyen d'avoir un résultat comme celui qu'on vise dans le projet de loi en restreignant la portée et l'application?

[*Traduction*]

M. Spratt : J'entends par champ d'application le type de documents qui seraient visés par cet article suivant la définition fournie. Cette application est même plus large actuellement qu'au moment de la première mouture de ce projet de loi, car l'arrêt *Marakah* de la Cour suprême a confirmé depuis que dans le traitement des demandes fondées sur la Charte, il y a des considérations relatives à la protection de la vie privée qui entrent en jeu relativement à ces textos, et ce, même s'ils sont envoyés à une tierce partie. C'est ce qui a changé depuis la première version du projet de loi.

Il est question ici de documents qui ne sont pas aussi privés que l'on pourrait normalement le croire. Habituellement, on pense à un journal intime, à des mémoires ou à quelque chose de semblable. C'est sur ce genre de documents qu'ont porté les contestations jusqu'à maintenant. On viserait toutefois ici également les messages textes envoyés à un tiers et même ceux destinés au prévenu.

J'ai eu une cause où une demande de parrainage pour l'immigration avait été présentée, le prévenu étant l'éventuel parrain de la plaignante. Il était donc directement concerné par les dossiers produits. Certains éléments contenus dans ces dossiers contredisaient la version de la plaignante.

Quand je parle de champ d'application trop vaste, je pense donc à tous ces documents qui sont visés, en incluant même ceux qui ont pu être rendus publics à la suite d'une poursuite au civil ou d'une autre démarche juridique.

Pour ce qui est de la portée, on ne retrouve pas cette obligation formelle de divulgation dans d'autres articles du Code criminel. Certains vont faire valoir que la défense doit divulguer ses rapports d'expertise, mais cette obligation entre en jeu uniquement une fois que la Couronne a terminé de présenter sa preuve. La défense n'est pas tenue de divulguer son rapport d'expertise à l'expert de la Couronne avant de procéder à son contre-interrogatoire.

The same with alibis. People have said, we already make the defence disclose an alibi. The disclosure of an alibi isn't mandatory. It goes to the weight that alibi would be given and even when defence counsel responsibly — as they should — disclose it in advance. They don't need to disclose the evidence that they will be calling in support of that alibi, just the alibi itself.

Both in terms of the situations it's going to apply to and how novel it is to expand these obligations, that's what I'm referring to in that paragraph.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: Welcome to all our witnesses.

I am very pleased to see that there are five women in the group. This is an issue that primarily affects women, and hearing your opinion as women, specialists, and professionals is essential to us. We know that, for a woman, having to admit to being a victim of a sexual assault is a burden that is often overlooked by the justice system. The proof of that is that just one attacker in 30 ultimately receives a sentence or punishment. This is a dismal result for our justice system.

Ms. Dufour, I have two questions for you. Do you think the definition of consent in the bill is too narrow or should it be reviewed, especially as regards victims who may or may not be conscious?

Ms. Dufour: It is hard for me to be sure that the wording is clear enough. As I said, I am not a legal expert.

When I refer to the wording, especially with regard to a victim being unconscious, things certainly seem to be clear enough. I am referring instead to cases where the complainant is unable to consent for any other reason. That is where I wonder if the wording is clear enough.

There are various factors that can prevent a victim from saying she does not consent. As I said earlier, will trial courts have clear enough guidelines to determine that a victim was unable to express consent?

I also talked about the need to analyze what victims say. How should victims be given the opportunity to speak at criminal trials?

Senator Boisvenu: I want to link this to legal assistance. We know that the criminally accused in our justice system receive a

Il en va de même des alibis. D'aucuns soutiennent que nous demandons déjà à la défense de divulguer les alibis. Cette divulgation n'est toutefois pas obligatoire. Tout dépend de l'importance qui pourrait être accordée à l'alibi en question. Même lorsque l'avocat de la défense agit de façon responsable en faisant cette divulgation à l'avance, il n'a pas à communiquer les éléments de preuve qu'il fera valoir à l'appui de cet alibi. Il se limite à l'alibi lui-même.

Je fais donc référence dans ce paragraphe aux différentes situations où cela pourrait s'appliquer et aux précédents que l'on pourrait créer en étendant ces obligations.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Bienvenue à tous nos témoins.

Je suis très heureux de voir qu'il y a cinq femmes membres du groupe. C'est un sujet qui concerne d'abord les femmes, et le fait de connaître votre opinion en tant que femmes, spécialistes et professionnelles nous apparaît essentiel. On sait que, pour les femmes, le fait de devoir avouer avoir été victime d'agression sexuelle est un fardeau souvent oublié par le système de justice. La preuve, c'est qu'un seul agresseur sur 30 sera jugé à la fin, soit au moyen d'une sentence ou d'une punition. C'est un résultat peu enviable pour notre système de justice.

Madame Dufour, j'aurais deux questions à vous poser. La définition de consentement, selon vous, est-elle trop restrictive dans le projet de loi ou est-ce qu'elle mériterait d'être revue, surtout lorsqu'on parle de la notion de l'inconscience par rapport à la conscience?

Mme Dufour : Il est difficile pour moi d'être sûre que la façon dont les choses sont libellées est suffisamment claire. Je le répète, je ne suis pas juriste.

Cependant, il est certain que, lorsque je fais référence au libellé, surtout en termes d'inconscience, peut-être que les choses peuvent apparaître assez claires. Il s'agit plutôt de la situation où le plaignant est incapable de formuler le consentement pour tout autre motif. C'est à ce moment-là où je me demande si c'est suffisamment clair.

Divers motifs peuvent empêcher une victime d'exprimer le fait qu'elle n'est pas consentante. Comme je l'ai mentionné plus tôt, les tribunaux de première instance auront-ils des balises assez claires pour être en mesure de déterminer qu'une victime était incapable de formuler son consentement?

J'ai aussi parlé de l'importance d'analyser la parole des victimes. De quelle façon devrait-on donner la parole aux victimes dans les procès criminels?

Le sénateur Boisvenu : Je vais faire le lien avec le soutien juridique. On sait que les présumés criminels dans notre système

lot of government assistance through legal aid. Such assistance is rarely offered to victims.

This leads to some worrisome statistics: 50 per cent of victims of sexual assault drop their case during the trial. According to a study our committee conducted four or five years ago, victims drop their case because they do not feel supported, protected, informed or even helped.

Do you think this bill will provide enough support to victims to prevent 50 per cent of them from dropping their case and in fact lead the majority of them to see their complaint through to trial, to the conclusion of the case?

Ms. Dufour: Various factors can lead to proceedings being completed. When I refer to victim support during proceedings, that can be legal assistance, but at the same time victims are not party to criminal proceedings. One might think that it is up to Crown prosecutors, and to criminal and penal prosecutors in Quebec, to make sure a victim receives the support to which she is entitled in her role as complainant and witness.

I am not sure that a victim who is represented by her own lawyer would be able to fully express her point of view and receive the appropriate support.

In the past 25 years, I have seen favourable developments in victim support. Prosecutors and police are more attentive to victims' needs, especially as regards the impact of trauma on victims' behaviour.

I have seen some success stories. When a victim makes a complaint to police and sees the case through to the end, it is because she has received support throughout the process. She received all the necessary support from police officers, prosecutors and agencies. Our organization plays an important role. We are there every step along the way to make sure the victim understands the legal language that is often difficult for her to interpret.

It is a question of balance: the victim's importance as compared to the importance of the accused person, and the power she has in court. There is obviously an imbalance. It is deeply distressing to me that, in 2018, outrageous things are still being said to victims in court.

I do see progress though. Consent is obviously at the crux of this discussion. It is everything for the victim. She did not give consent. How will this now be addressed in court, legally speaking? The important thing, to my mind, is giving victims the

de justice bénéficient beaucoup de l'aide de l'État pour être représentés grâce à l'aide juridique. Il est rare que le même service soit offert aux victimes.

Cela mène à des statistiques inquiétantes : 50 p. 100 des victimes d'agression sexuelle abandonneront leur poursuite judiciaire en cours de procès. Selon une étude menée par notre comité il y a quatre ou cinq ans, les victimes abandonnent leurs poursuites, parce qu'elles n'ont pas le sentiment d'être soutenues, d'être protégées, d'être informées, ni d'être accompagnées.

Croyez-vous que ce projet de loi apportera un soutien suffisant aux victimes afin d'éviter que 50 p. 100 d'entre elles abandonnent leurs poursuites et que la majorité mènent le dépôt de la plainte jusqu'au procès, soit qu'elles se rendent jusqu'à la conclusion du dossier?

Mme Dufour : Différents facteurs peuvent faire en sorte qu'un procès soit mené à terme. Quand je parle du soutien des victimes du point de vue des procédures, cela peut être d'ordre juridique, mais en même temps, la victime n'est pas une partie dans le cadre des procès criminels. On peut penser que cela appartient aux procureurs de la Couronne, et au Québec, aux procureurs aux poursuites criminelles et pénales de s'assurer que la victime a tout le soutien auquel elle a droit afin de l'aider dans son rôle de plaignante et de témoin.

Je ne suis pas certaine qu'une victime qui est représentée par son propre avocat serait en mesure d'exprimer complètement son point de vue et de recevoir un soutien adapté.

Au cours des 25 ans dernières années, j'ai constaté une évolution favorable au chapitre du soutien apporté aux victimes. Les procureurs et les policiers sont plus attentifs aux besoins de celles-ci, notamment en ce qui concerne l'impact des traumatismes sur le comportement des victimes.

J'ai pu observer de belles réussites. Quand une victime dépose une plainte à la police et poursuit sa démarche jusqu'au bout, c'est parce qu'elle a été soutenue tout au long de son parcours. Elle a obtenu tout le soutien nécessaire de la part des policiers, des procureurs et des organismes. Notre organisme joue un rôle important. Nous sommes présents à chaque étape pour nous assurer que la victime comprend le langage juridique qui, pour elle, est souvent difficile à interpréter.

C'est une question de contrepoids : le poids d'une victime par rapport à celui d'une personne accusée, et le pouvoir qu'elle a en cour. De toute évidence, il y a un déséquilibre. Je suis profondément navrée qu'en 2018 des victimes se fassent encore dire des choses aberrantes en cour.

J'ose croire qu'il y a tout de même une certaine évolution. Le consentement est évidemment au cœur de cette discussion. Pour une victime, tout est là. Elle n'a pas donné son consentement. Maintenant, comment, juridiquement parlant, cela sera traité en

opportunity to speak. This might seem very simple, but we have to examine this. This is what will make a victim feel supported by the system, regardless of the outcome of the proceedings.

Senator Boisvenu: Thank you very much.

[*English*]

Senator Jaffer: Thank you to all of you. Your presentations have been thought-provoking. We really appreciate them.

Some of the things I wanted to ask were covered by Ms. McElroy. I'm still very disturbed by the right to silence. I used to be a defence lawyer, and for me, I thought the exceptions — and nobody is arguing about the exceptions of alibi and all of those. No one is wanting to touch that. I always thought the right to silence was engraved in our criminal system.

What worries me is that the prosecutor knows the case and knows the victim or the complainant and will have the case flow, and the lawyer for the accused or the accused doesn't necessarily know all the evidence that will come out. To give everything you have beforehand, not knowing what will be the emphasis or how the case will flow, I think that the right to silence is completely gone when it comes to sexual assault trials. I'd like your opinions on this, starting with Mr. Spratt.

Mr. Spratt: The one issue that identifies that, and I think every defence counsel at this table will agree, you can't tell in advance what is important and what is not important. That plays into the delay issue as well, especially if you're in front of a jury and especially if you're waiting for the complainant to retain a lawyer and argue this application.

I can tell you that in my experience, many sexual assault cases are dealt with on issues of proof and on reliability issues. There are plenty of cases that I've dealt with where I haven't called the complainant a liar, or I'm not alleging that someone is fabricating or making things up, but there are some cases where that's the case. Some people do lie in court.

One of the most dangerous things is if you start from the premise that some small number of witnesses will not tell the truth, to alert that witness before they testify, before they are under oath, that dilutes what the Supreme Court has characterized cross-examination as, and that is an important protection against wrongful convictions and an important protection to bring fairness.

cour, c'est une chose. À mes yeux, ce qui est important, c'est de donner la parole aux victimes. Cela peut paraître très simple, mais il faut s'attarder à cet aspect. C'est ce qui fera en sorte qu'une victime ait l'impression d'avoir été soutenue par un système, peu importe l'issue de cette procédure.

Le sénateur Boisvenu : Merci beaucoup.

[*Traduction*]

La sénatrice Jaffer : Merci à tous nos témoins. Vous nous avez vraiment donné matière à réflexion dans vos exposés et nous l'apprécions beaucoup.

Me McElroy a déjà répondu à quelques-unes de mes interrogations. Il y a encore la question du droit au silence qui me préoccupe vivement. J'étais moi-même avocate de la défense et je croyais qu'il s'agissait d'exceptions, quoique je n'ai rien à redire des exceptions qui s'appliquent, notamment dans le cas des alibis. Personne ne veut changer quoi que ce soit à ce niveau. J'ai toujours cru que le droit au silence était bien ancré dans notre système de justice pénale.

Je m'inquiète du fait que le procureur connaît la victime ou le plaignant et tous les détails de l'affaire qui suit son cours sans que l'avocat de la défense ou l'accusé lui-même ne connaisse nécessairement tous les éléments qui seront produits. Si l'on doit divulguer d'emblée tous les éléments à sa disposition sans connaître l'angle suivant lequel la cause sera abordée ni la manière dont le procès évoluera, j'estime que l'on renonce complètement au droit au silence dans les procès pour agression sexuelle. J'aimerais savoir ce que vous en pensez, en commençant par Me Spratt.

M. Spratt : Tous les avocats de la défense ici présents conviendront avec moi que l'on ne peut jamais savoir à l'avance ce qui sera important ou non. C'est l'un des éléments à l'origine des retards dans les procédures, surtout lorsqu'un procès se déroule devant jury et particulièrement lorsqu'il faut attendre qu'un plaignant ou une plaignante retienne les services d'un avocat pour contester une demande de la sorte.

Je peux vous dire d'expérience que les aspects liés à l'admissibilité de la preuve et à la fiabilité des parties en cause sont déterminants dans bon nombre de dossiers d'agression sexuelle. Sans vouloir accuser la plaignante ou le plaignant de mentir ou d'inventer des choses, je peux vous assurer qu'il y a des cas où c'est effectivement ce qui se produit. Certains mentent devant le tribunal.

Si l'on part de l'hypothèse qu'un petit nombre de témoins ne diront pas la vérité, il peut être particulièrement nocif d'alerter ces gens-là avant leur témoignage, avant même qu'ils ne prêtent serment, car on dilue ainsi l'efficacité du contre-interrogatoire, un outil important, selon la Cour suprême, pour assurer l'équité et éviter les condamnations injustifiées.

That's what I was saying earlier. Then the accused is left with a choice. Do you give up your right to silence? We normally don't have to present evidence. We're not called upon if we want to present any evidence until after the Crown has closed their case because we're entitled to know the case against us. If we're called upon too early to disclose that, not only do you have the problems of giving material to someone who may be lying or who may have a recollection that is not reliable or that may be influenced by the material. It's this perverse trade-off: to get the fair trial, to have that right to cross-examine, you have to give up your right to silence.

You render your trial unfair to try to make it fair. I think that is going to be a problem that the courts deal with. It's going to be a problem that is litigated in almost every sexual assault case because these issues arise in a fair number of these cases.

The one thing I haven't seen, from the proponents of this bill, is the empirical data. How often is it a problem? How often do we cross-examine on text messages? How often does it make an impact? That data isn't there to justify what is a very monumental change in how we're going to conduct trials and how these rights are balanced.

Senator Jaffer: Would anybody else like to add to what Mr. Spratt said?

Ms. Hensel: I echo Mr. Spratt's comments and Senator Jaffer's concerns with respect to giving up the right to silence. You can see, in the text of the bill, the aspiration that it will prevent what may look to laypeople, and even to people within the justice system, as inequity and unfairness to complainants.

My brief here is on behalf of Indigenous lawyers, specifically with respect to Indigenous people. That's who we represent generally. Any of the aspirations the bill has have virtually no hope. They may not be worth displacing this almost sacred right to silence for the general public and non-Indigenous complainants. We have virtually no confidence that these aspirations will be met with respect to Indigenous complainants.

Regarding right to counsel, Legal Aid Ontario is conferring with my colleague. Legal Aid Ontario is now issuing certificates for complainants in sexual assault cases for this purpose. Generally — and my understanding is that's not the case across the country; Indigenous complainants would know this ahead of time — they are less likely to be believed by police. Their intoxication or lack of intoxication and their capacity to consent

C'est ce que je disais tout à l'heure. Le prévenu a alors un choix à faire. Doit-il renoncer à son droit au silence? Nous n'avons pas normalement à produire de preuve. On ne nous demande pas de présenter quelque élément que ce soit tant et aussi longtemps que la Couronne n'a pas terminé de présenter sa preuve, car nous avons le droit de connaître toute la teneur des accusations dont nous faisons l'objet. Si l'on vous demande de divulguer des éléments trop tôt dans le processus, non seulement sera-t-il problématique de fournir de l'information à quelqu'un qui va peut-être mentir ou qui pourrait être influencé par ces informations en raison notamment de souvenirs pas très fidèles à la réalité, mais il y aura aussi un effet pervers important. Pour obtenir un procès équitable et avoir le droit au contre-interrogatoire, il faudra en effet renoncer à son droit au silence.

On rend un procès inéquitable en s'efforçant de le rendre équitable. J'estime que ce sera difficile à gérer pour les tribunaux. Il y aura des contestations à ce sujet dans à peu près toutes les causes d'agression sexuelle, car ces questions entrent en jeu dans bon nombre de ces affaires.

À ma connaissance, les proposants n'ont pas fourni de données probantes à l'appui de ce projet de loi. Est-ce que ce problème se produit fréquemment? Y a-t-il souvent des contre-interrogatoires concernant les messages textes? Dans quelle proportion de cas y a-t-il un impact? On ne fournit pas ces données probantes pour justifier cette transformation en profondeur dans le déroulement des procès et la recherche du juste équilibre entre les droits de chacun.

La sénatrice Jaffer : Est-ce que quelqu'un a quelque chose à ajouter?

Mme Hensel : Je suis d'accord avec Me Spratt et je partage les préoccupations de la sénatrice Jaffer concernant ce droit au silence auquel il faut renoncer. Comme on peut le constater en lisant le projet de loi, on souhaite empêcher ce qui pourrait être, aux yeux des non-initiés et même des intervenants du système judiciaire, une injustice envers les plaignants et les plaignantes.

J'ai présenté mon mémoire au nom des avocats autochtones en m'intéressant tout particulièrement au sort des Autochtones. Ce sont eux que nous représentons le plus souvent. Il n'y a que très peu d'espoir que les grandes aspirations de ce projet de loi se concrétisent. Il ne vaut sans doute pas la peine de toucher à ce droit presque sacré au silence pour la population en général et les plaignants non autochtones. Nous sommes de plus à peu près convaincus que les objectifs visés ne seront pas atteints dans le cas des plaignants autochtones.

Pour ce qui est du droit à un avocat, comme j'en discutais avec ma collègue, Aide juridique Ontario émet maintenant des certificats à cette fin pour les plaignantes et les plaignants dans les affaires d'agression sexuelle. D'après ce que j'ai pu comprendre, ce n'est pas une possibilité qui est offerte dans toutes les régions du pays. Les plaignantes et les plaignants autochtones se retrouvent dans une situation particulière. Ils ont

is more likely to be problemized. Their evidence is more likely to be disregarded. Their prior sexual history and other activities, criminal histories, is more likely to be considered and raised. Then, when they arrive at court in what is effectively culturally and for other reasons a foreign and hostile environment, they are more likely to be characterized as the accused person. To not to be represented by counsel or not to be effectively represented by counsel, and not to be believed by the jury or the court. You're giving up a huge amount in terms of the right to silence for something that has virtually no chance of trickling down to Indigenous complainants, who are also overrepresented as victims. I think the 1-in-30 is probably less and many of them go nowhere near a Canadian courtroom or the police.

moins de chance d'être crus par la police. Ils risquent davantage de voir leur degré d'intoxication et leur capacité à donner leur consentement être remis en question. Il arrive plus souvent que l'on ne tienne pas compte des éléments de preuve qu'ils produisent. Leurs antécédents sexuels, leurs autres activités et leur passé criminel sont plus susceptibles d'être pris en considération et mis en lumière lors du procès. Lorsque ces personnes se présentent devant le tribunal, un environnement étranger et hostile pour elles, notamment de par sa culture différente, elles risquent davantage de se retrouver dans le rôle de l'accusé, de ne pas être représentées par un avocat ou de ne pas être représentées efficacement par un avocat, et de ne pas être crues par le jury ou par la cour. Ces gens-là perdent beaucoup en renonçant à leur droit au silence à la faveur d'un avantage dont ils n'ont pour ainsi dire aucune chance de profiter à titre de plaignants autochtones, lesquels sont en outre surreprésentés parmi les victimes. On a parlé d'un agresseur sur 30 qui se voit imposer une peine et c'est sans doute moins que cela encore, car bon nombre des victimes ne s'approcheront jamais d'un tribunal ou même d'un policier.

Ms. McInnes: I wanted to add it's important to realize that, although I understand the goal of the bill is to perhaps address informational inequality from the perspective of the complainant and trying to avoid what is termed — although this really doesn't agree with the term — "trial by ambush," once the disclosure requirement is given, nothing prevents the Crown from using it for its own purposes outside of simply ensuring this idea of fairness to the complainant.

Mme McInnes : Il y a une chose que je voudrais ajouter. Je suis consciente que le projet de loi vise à supprimer les disparités quant à l'information accessible à la plaignante et à éviter ce qu'on appelle un « procès par embuscade » — même si je ne suis pas vraiment d'accord avec cette expression —, mais il est important de noter qu'une fois les documents divulgués conformément aux exigences, rien n'empêche la Couronne de les utiliser à ses propres fins qui ne se limitent pas à faire en sorte que le processus soit équitable pour la plaignante.

This is not a no-prejudice disclosure. Once the information is given, it can be given to the police, used for additional investigation against the accused and can serve the purpose as well outside as to why this has been put into the bill. That's an element of the right to silence that's infringed that I don't believe has been contemplated.

Ce n'est pas une divulgation qui se fait en assurant l'absence de préjudice. Une fois l'information communiquée, elle peut être transmise à la police, utilisée pour mener une enquête additionnelle au sujet de l'inculpé et servir à des fins dépassant nettement ce qui est prévu dans le projet de loi. Je ne crois pas que l'on ait tenu compte de cet élément en analysant la perte du droit au silence.

Senator Pratte: Is the definition of "sexual activity" for the purposes of 276 vulnerable to a court challenge, in your view? If so, on what basis? That's for any of you.

Le sénateur Pratte : Est-ce que la définition d'« activité sexuelle » utilisée aux fins de l'article 276 pourrait faire l'objet d'une contestation judiciaire, à votre avis? Si c'est le cas, sur la base de quels éléments? J'adresse la question à tous nos témoins.

Ms. Secter: The CCLA's submission is yes, it is, including communication made for a sexual purpose, which introduces ambiguity in the law that would subject to overbreadth. That is, capturing activity that should not be captured and that doesn't support necessarily the purpose behind the law of protecting dignity of complainants when the sexual activity in question includes some communication.

Mme Secter : L'ACLC est d'avis que oui, et cela comprend les communications faites à des fins sexuelles, ce qui entache la loi d'une certaine ambiguïté pouvant en étendre la portée de façon indue. Je veux dire par là que l'on viserait des activités qui ne devraient pas être visées et que l'on ne contribue pas nécessairement ainsi à l'atteinte des objectifs de la loi qui cherche à protéger la dignité des plaignants et des plaignantes dans les cas où certaines communications sont associées à l'activité sexuelle en cause.

I think there is a risk of capturing communications in this bill that were not intended to be captured, forcing the accused to bring an application when the communications are highly relevant.

Mr. Spratt: In terms of the application of the broad and sexual activity that explicitly includes communication, I don't anticipate — and perhaps this can be clarified — that when that communication relates to the subject matter of the charge, directly precedes it, or post cedes it, or deals with what the court is going to be dealing with, I don't think that will be captured. Perhaps this section can be amended to make that clear. That's currently what we deal with when we deal with other disclosures that are non-electronic.

In courts now there is, I think, a broadening of section 276 provisions to capture electronic communication already. If you look at distributing intimate images that are unconnected to the offence or sexting, namely, intimate communication over electronic means. I've had to bring 276 applications when I think those are relevant and the court has insisted on that. I'm loathe to disagree with the CCLA on this point — I don't think I've ever disagreed with them before.

From a personal perspective, I think that is appropriate. I think if a complainant has sent messages, unrelated to the charge, unrelated to the matter before the court, intimate messages to another person, I don't think they should be asked about those unrelated intimate messages, or pictures, or other activities in the course of a trial unless can you justify it under the 276 regime.

I think that's a bit different view there. I think there is some tweaking that can be made in the wording to make it perfectly clear what is intended.

Ms. Secter: I don't think there is a disagreement. It's about the ambiguity that results from the broad language. If it is related to the activity in question, there wouldn't be a section 276 application. The risk is capturing communications that are obviously related. An amendment is welcome.

Mr. Spratt: Maybe our non-disagreement shows that the section could be drafted a little more precisely because we actually are in agreement, I think.

Ms. Secter: Complete agreement.

The Chair: In fact, it could be text messages with a person other than the accused. Sex texts exist by the reality of the technology. There are people who do sex texting and they are happy with it . It's a different thing to do sex texts that will

Je crois qu'on risque d'englober des communications qui ne devraient pas être visées par ce projet de loi, ce qui obligera le prévenu à formuler une demande dans le cas des communications directement reliées à l'affaire.

M. Spratt : Pour ce qui est de l'application générale de la loi aux activités sexuelles incluant explicitement des communications, je ne pense pas que l'article en question va s'appliquer aux communications liées à l'activité en cause, qu'elles la précèdent, la suivent ou en traitent d'une autre manière. Cet article pourrait peut-être être modifié de façon à le préciser plus clairement. C'est ce qui se passe actuellement lorsqu'on traite d'autres divulgations concernant des communications qui ne sont pas électroniques.

Les tribunaux semblent déjà faire une interprétation plus large des dispositions de l'article 276 pour les appliquer aux communications électroniques. Il est question de la distribution d'images intimes qui ne sont pas liées à l'infraction ou de communications intimes par voie électronique, comme les textos à caractère sexuel. J'ai dû soumettre des demandes en application de l'article 276 lorsque je jugeais ces communications pertinentes et les tribunaux ont insisté sur ce point. Je suis désolé de ne pas pouvoir être d'accord avec l'Association canadienne des libertés civiles à ce sujet — je crois que c'est la première fois que cela m'arrive.

À mes yeux, c'est une bonne façon de faire les choses. Selon moi, si un plaignant ou une plaignante a envoyé des messages sans lien avec les accusations et l'affaire dont le tribunal est saisi, on ne devrait pas lui poser de questions au sujet de ces photos ou messages intimes envoyés à une autre personne, ou de ses autres activités dans le cadre du procès à moins que l'on puisse le justifier en application de l'article 276.

C'est peut-être une façon un peu différente de voir les choses. Il faudrait sans doute modifier légèrement la formulation de ces dispositions afin que les objectifs visés soient bien clairs.

Mme Secter : Je ne crois pas que nous soyons en désaccord. Cela témoigne de l'ambiguïté résultant de la formulation vague qui est utilisée. Si les communications sont liées à l'activité en cause, il n'y aura pas de demande en vertu de l'article 276. Il y a un risque qu'une telle exigence s'applique aux communications de toute évidence liées à l'activité. Un amendement serait donc le bienvenu.

M. Spratt : Le fait que j'ai pensé à tort que nous étions en désaccord montre peut-être que cet article pourrait être rédigé de façon un peu plus précise, car nous sommes bel et bien d'accord.

Mme Secter : Tout à fait d'accord.

Le président : En fait, il pourrait s'agir de messages textes échangés avec une personne autre que le prévenu. Qu'on le veuille ou non, la technologie permet les textos à caractère sexuel. Il y a des gens qui échangent de tels messages et qui s'en

evolve into an assault. I think there is a distinction to be made. When you put all the text communications on the floor, that is a different kind of situation, as you have properly described.

I don't want to intervene at this stage. I'm listening to your answers to my colleagues and I could not resist making the distinction. I think that's what you're looking for.

Mr. Spratt: Exactly. To be clear, even with my position about not having this reverse disclosure, the rules in 276 would still apply. There would still be those protections because no one in the defence bar, no one in that court, wants questions to be asked that engage those twin myths because that's antithetical to the truth-finding process that we all want to encourage.

Senator Sinclair: Senator Pratte, I congratulate you on having recovered your good relationship with the CCLA. I have a question for any and all of you who wish to respond. I think all of you have agreed that the issue of trial by ambush is not to be tolerated, or should be addressed, and that you don't see this as a good piece of legislation that does that.

Do you have some suggested wording or some proposed amendment that would effectively address the issue of trial by ambush?

Ms. McInnes: In the materials of the CCLA, we offered a few suggestions of how to dial back what we consider to be the unconstitutional implications of the bill. One of the ways, in my submission, that the trial by ambush concerns I cited can be mitigated and yet needless litigation and the right to make full answer in defence could also be respected is, for instance, for there to be clarity with respect to what kinds of records will not fall under the new 278 regime.

For instance, it could be clarified that for the purposes of 278.2, records of correspondence as between the complainant and the accused should not fall into the regime — that record and correspondence made public by the complainant, things such as where there's a joint privacy interest, like bank accounts, tax returns, insurance policies and the kind of documentation that — for instance, the accused and complainant could very well be a married couple. Where there are documents shared between them where there is a joint privacy interest. I think it would be absurd, respectfully, to have a result where the kind of litigation required by 278 is implicated.

There's an ability to limit the kind of record that would fall into this regime.

contentent. Les choses sont différentes lorsque ces messages à caractère sexuel mènent à une agression. Il y a donc une distinction à faire. Lorsqu'il est question de divulguer toutes les communications, c'est une autre histoire, comme vous l'avez bien décrit.

Je ne souhaitais pas intervenir en écoutant vos réponses à mes collègues, mais je ne pouvais pas m'empêcher d'établir cette distinction. Je pense que c'est le genre de clarté que vous recherchez.

M. Spratt : Tout à fait. Pour que les choses soient bien claires, bien que je ne sois pas en faveur de ce renversement de l'obligation de divulgation, les règles établies à l'article 276 continueraient de s'appliquer. Les protections prévues seraient maintenues, car aucun avocat de la défense, et personne en fait au tribunal, ne souhaite que l'on pose des questions faisant intervenir les deux mythes du viol, car cela va à l'encontre du processus de recherche de la vérité que nous privilégions tous.

Le sénateur Sinclair : Sénateur Pratte, je vous félicite de votre réconciliation avec les gens de l'Association canadienne des libertés civiles. J'ai une question pour tous ceux qui voudront bien y répondre. Je crois que vous avez tous convenu que le problème des procès par embuscade ne pouvait être toléré et devait être réglé, et que ce n'est pas ce projet de loi qui va permettre de le faire.

Pourriez-vous nous suggérer une formulation ou des amendements pouvant permettre de régler cette question des procès par embuscade?

Mme McInnes : Dans le mémoire de l'ACLC, nous suggérons quelques mesures à prendre pour tempérer les effets du projet de loi que nous jugeons anticonstitutionnels. À mon avis, on peut atténuer les inquiétudes relatives aux procès par embuscade et les contestations inutiles tout en respectant le droit à une défense pleine et entière si l'on précise quels documents ne seront pas visés en application du nouvel article 278.

On pourrait spécifier par exemple aux fins de l'article 278.2 que la correspondance entre la plaignante et le prévenu ne doit pas être assujettie au régime. On peut penser aux communications et aux documents rendus publics par la plaignante mettant en cause la vie privée des deux parties, comme des comptes de banque, des déclarations de revenus, des polices d'assurance et des documents semblables, comme dans le cas où il s'agit d'un couple marié. Lorsqu'il existe de tels documents mettant en cause la vie privée des deux parties, il m'apparaîtrait absurde, ceci dit très respectueusement, qu'il en résulte un différend qui ferait intervenir l'article 278.

Il est possible de mieux définir le genre de documents qui seraient assujettis au régime.

The other point is that, following on from my prior submissions, if the concern is disclosure to the complainant, there's no need to make an additional hurdle for the defendant and render their records inadmissible when the Crown's records are admissible. That means that if there is an insistence on the accused showing their records, once that disclosure is made, why are you also rendering them inadmissible? The Crown has made their disclosure. The accused has made their disclosure. Everybody is on the same playing field. Why are you making the accused's records inadmissible and letting the Crown file whatever they want, subject to the usual rules of evidence? That's a huge disparity that is, from the perspective of the CCLA, unquestionably unconstitutional.

Senator Sinclair: That's your full answer in defence point, as I understand it?

Ms. McInnes: That's correct.

Senator Sinclair: Does anybody else wish to comment on my question?

Ms. McElroy: I could add that regarding the records that my colleague has identified, the complainant would have knowledge of those already. It's not an ambush, so to speak, if they either produced the record as it might be in terms of a text message or they're aware of it because it's joint in some capacity. I think this idea of the threat of trial by ambush isn't really there.

Then, when we think about other records that might be brought before the courts, such as a third-party record, the procedure that's in place is very robust and allows for a two-tiered approach where the judge may order production if they think it's going to be relevant. That's already in place. I think the idea of the trial by ambush is not really there.

Mr. Spratt: To add something, there are procedures in the court currently that mitigate some of that fear. When you're cross-examining a witness on a record, you have to produce the record to them when they're in court so they get a chance to see it. They can refresh their memory from that record. Then, always the Crown has the ability to re-examine that witness in case there's any context that needs to be added or any nuance that was lost. There is an ability to respond currently that mitigates some of that trial by ambush concern.

Ms. Secter: I completely agree. The concept of ambush is misplaced when the complainant is the creator of the record and should know of its existence, and when there are already robust procedures in trial that can be used to protect them.

Pour faire suite à ce que je disais précédemment, dans le cas d'une divulgation à la plaignante, il ne sert à rien d'opposer un obstacle additionnel au défendeur en rendant ses dossiers irrecevables en preuve alors que ceux de la Couronne le sont. Si l'on insiste pour que le prévenu communique les documents en sa possession, pourquoi les déclarer irrecevables une fois qu'il l'a fait? La Couronne a divulgué ce qu'elle avait à divulguer, et le prévenu en a fait autant. Tout le monde est sur le même pied. Pourquoi déclarer irrecevables les documents du prévenu et laisser la Couronne déposer tout élément qu'elle juge pertinent, sous réserve des règles généralement applicables à la preuve? Il s'agit d'un déséquilibre flagrant qui, aux yeux de l'ACLC, est assurément inconstitutionnel.

Le sénateur Sinclair : C'est ce qui conclut votre défense pleine et entière, si j'ai bien compris?

Mme McInnes : Tout à fait.

Le sénateur Sinclair : Quelqu'un d'autre veut répondre à ma question?

Mme McElroy : Je pourrais ajouter que le plaignant ou la plaignante aurait déjà pris connaissance des documents auxquels ma collègue fait référence. On ne peut pas parler d'embuscade si l'on a déjà communiqué le document comme un message texte ou si les deux parties en connaissent le contenu parce qu'il les concerne toutes les deux. Je ne crois pas qu'il y ait vraiment un risque de procès par embuscade.

Pour ce qui est des autres documents pouvant être présentés devant le tribunal, comme ceux provenant d'une tierce partie, des procédures très rigoureuses sont en place dans le cadre d'une approche à deux paliers qui permet au juge d'en ordonner la production s'il estime qu'ils seront pertinents. Comme de telles mesures sont déjà en vigueur, j'estime que la menace d'un procès par embuscade ne se pose pas vraiment.

M. Spratt : J'ajouterais que certaines procédures en usage dans les tribunaux permettent de dissiper une partie de ces craintes. Lorsqu'on procède au contre-interrogatoire d'un témoin au sujet d'un document, il faut lui présenter ce document au tribunal pour qu'il ait la chance d'en prendre connaissance. Cela peut lui permettre de se rafraîchir la mémoire. La Couronne a ensuite la possibilité d'interroger à nouveau ce témoin s'il convient de mettre certaines choses en contexte ou de préciser une nuance qui aurait été perdue. Il existe donc déjà des moyens permettant d'atténuer une partie des préoccupations relatives à la crainte d'un procès par embuscade.

Mme Secter : Je suis tout à fait d'accord. Il ne peut y avoir embuscade lorsque le plaignant ou la plaignante est à l'origine du document et devrait en connaître l'existence, d'autant plus que des procédures rigoureuses sont en place lors des procès pour assurer sa protection.

Senator McIntyre: Thank you all for your presentations. There are two types of records: Those in the hands of third parties and those in the hands of the accused. In the case of complainants' records in the hands of third parties, the bill only makes one minor change in that it extends the notice period for application from 14 to 60 days.

As for the records in the hands of the accused, we all understand that the new procedure may require — I say "may require" — the defence to disclose elements of its case and evidence in its possession. I understand your concerns; as a former criminal defence attorney, I really understand your concerns. The new procedure would allow a complainant and complainant's counsel to prepare a response to cross-examination at trial well in advance. These amendments do not balance well with the rights of the accused. As Ms. Secter mentioned a while ago, cross-examination is defence counsel's best weapon. If you don't score points on cross-examination, then you're not going to win your trial. It's just as simple as that.

That said — and here is my question — the new provisions would require a judge to hold a two-stage process: There would be an application process and an admissible process. In other words, if the application doesn't succeed, then there's no admissibility whatsoever.

How helpful will those two-stage processes be? Will they be very helpful in sorting things out?

Mr. Spratt: There's already a sorting mechanism that we have now, and that's just the rules of relevancy. We're already talking about evidence that would otherwise be relevant and admissible. It's not hearsay evidence, you have to prove it and it has to be relevant to an issue in the case.

The further stage about balancing all the factors is unhelpful, because it's going to tend to exclude evidence that would otherwise be probative and relevant. The process in which it's done by risks contaminating the fact-finding process of the court. Then, in addition, there are the delay issues.

I understand there's a balance to be sought here. Perhaps if a piece of evidence is so marginally relevant but engages some privacy interests, a judge may exclude it. I can't see many situations where the defence would disclose this material, bring it and want to cross-examine on it when it was so marginal and just barely crossed that threshold of relevancy that the judge would otherwise exclude it.

I just don't see the impact of this balancing really working practically in our courts.

Le sénateur McIntyre : Merci à tous pour vos exposés. Il y a deux types de dossiers : ceux qui sont en possession de tierces parties et ceux qui sont en possession du prévenu. Dans le cas des dossiers d'intérêt pour le plaignant ou la plaignante en possession d'une tierce partie, le projet de loi apporte seulement un changement mineur en prolongeant de 14 à 60 jours le délai de communication préalable.

Quant aux dossiers en possession de l'accusé, nous comprenons tous que les nouvelles dispositions pourraient exiger — et je dis bien « pourraient exiger » — que la défense divulgue les éléments de preuve en sa possession. Comme j'ai été moi-même avocat de la défense en droit pénal, je comprends tout à fait vos préoccupations. La nouvelle façon de faire permettrait à un plaignant et à son avocat de préparer longtemps à l'avance les réponses à un éventuel contre-interrogatoire. Ces amendements ne tiennent pas suffisamment compte des droits de l'accusé. Comme Mme Secter le mentionnait précédemment, le contre-interrogatoire est le meilleur outil à la disposition de l'avocat de la défense. Si vous ne marquez pas de points en contre-interrogatoire, vous n'allez pas gagner votre procès. C'est aussi simple que cela.

Cela étant dit, j'en arrive à ma question. En vertu des nouvelles dispositions, le juge devra suivre un processus en deux étapes. Il y aura d'abord une demande, puis la détermination de la recevabilité. Autrement dit, si l'on ne donne pas suite à la demande, aucun élément ne pourra être jugé recevable.

Dans quelle mesure ce processus en deux étapes sera-t-il bénéfique? Est-ce que l'on pourra ainsi mieux tirer les choses au clair?

M. Spratt : Nous avons déjà un mécanisme de triage, et il s'agit simplement des règles liées à la pertinence. Nous parlons déjà de preuves qui seraient autrement pertinentes et admissibles. Il ne s'agit pas de ouï-dire : il faut fournir des preuves et cela doit être lié à un élément de l'affaire.

L'étape suivante visant à équilibrer tous les facteurs est inutile, car elle aura tendance à exclure des preuves qui seraient autrement probantes et pertinentes. Le processus par lequel cela se fait risque de contaminer le processus de recherche des faits mené par le tribunal. Ensuite, il y a également les questions liées aux retards.

Je comprends qu'il faut tenter d'atteindre un équilibre. Dans certains cas, si une preuve est peu pertinente, mais qu'elle concerne certains intérêts privés, un juge peut l'exclure. Je ne peux pas penser à de nombreuses situations dans lesquelles l'avocat de la défense divulguerait cette information et la soumettrait à un contre-interrogatoire si cette information est peu pertinente et atteint tout juste le seuil de pertinence sous lequel le juge l'aurait exclue.

Je ne crois tout simplement pas que l'impact de l'atteinte de cet équilibre fonctionnerait concrètement dans nos tribunaux.

Senator McIntyre: In round two, I would have another question on consent.

Senator Pate: Thank you to all of you for appearing and for all of your work. As someone who has spent the better part of four decades working with individuals, particularly women who have been victimized, but also youth, men and women who have been criminalized, the interest in a fair and due process is something I see as vitally important.

I'm struck by many of the comments echoing what we heard when the rape shield provisions were initially introduced by counsel in similar positions to those — you are all too young — that you are in now.

It's important to note that the proponents who are talking about ambush — it's not just the proponents; it's the Supreme Court of Canada. At paragraph 55 of the decision you all know well, the Supreme Court of Canada said:

> If the defence is going to raise the complainant's prior sexual activity, it cannot be done in such a way as to surprise the complainant. The right to make full answer and defence does not include the right to defend by ambush.

That's where that language came in, not from proponents per se.

One of the things that I'm struck by — and I'm curious as I was reading your submission and as I'm hearing you — is where is the evidence, the data, to support the fact that this will result in delay and wrongful convictions? Also, do you have evidence, for instance, that section 276 applications have caused such delays and wrongful convictions? What would you propose? I'll give you an opportunity to answer what Senator Sinclair asked you: What would you propose in the alternative that would still preserve the issue that's trying to be addressed, which is to not continue the historical approach to sexual assault with misogynist, sexist and racist stereotypes about complainants that have given rise to this legislation, in fact?

Mr. Spratt: Briefly, in terms of evidence, it should be incumbent on those moving these changes to present evidence.

That's where we should see evidence — from the party wishing to change the law. That was done in the section 276 debate, and unlike the section 276 debate, we are talking about material that is relevant to credibility. There are no myths here. No one is suggesting that these records would be used in a way

Le sénateur McIntyre : Pendant la deuxième série de questions, j'aimerais poser une autre question sur le consentement.

La sénatrice Pate : J'aimerais remercier tous les témoins de comparaître devant le comité. J'aimerais également les remercier de leurs travaux. Comme j'ai passé la plus grande partie de quatre décennies à travailler avec des personnes, surtout des femmes, qui avaient été victimisées, mais aussi des jeunes, des hommes et des femmes qui avaient été criminalisés, je crois qu'il est extrêmement important d'établir une procédure juste et équitable.

Je suis frappée par le grand nombre de commentaires qui se font l'écho de ce que nous avons entendu lorsque les dispositions sur la protection des victimes de viol ont été présentées par des avocats dans des situations semblables aux vôtres — vous êtes tous trop jeunes.

Il est important de souligner que les demandeurs qui parlent de surprise — ce ne sont pas seulement les demandeurs, mais aussi la Cour suprême du Canada. Au paragraphe 55 d'une décision que vous connaissez tous bien, la Cour suprême du Canada a dit :

> Si la défense doit invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante, elle ne pourra pas le faire de manière à prendre par surprise la plaignante. Le droit à une défense pleine et entière ne comprend pas le droit de recourir à la surprise pour se défendre.

C'est là d'où vient ce libellé, et non des demandeurs eux-mêmes.

L'une des choses qui me frappent — et qui a piqué ma curiosité pendant que je lisais votre mémoire et que j'écoutais vos témoignages —, c'est que j'aimerais savoir où sont les preuves ou les données qui appuient l'affirmation selon laquelle cela entraînera des retards et des erreurs judiciaires. De plus, avez-vous des preuves, par exemple, que l'utilisation de l'article 276 a entraîné des retards et des erreurs judiciaires? Que proposeriez-vous? J'aimerais vous donner l'occasion de répondre à la question que vous a posée le sénateur Sinclair. Quelle solution de rechange proposeriez-vous, tout en préservant l'enjeu qu'on tente de résoudre, c'est-à-dire cesser d'utiliser l'approche traditionnelle en cas d'agression sexuelle, car elle entretient des stéréotypes misogynes, sexistes et racistes à l'égard des plaignants, ce qui a entraîné la création de ce projet de loi?

M. Spratt : Brièvement, en ce qui concerne les preuves, le fardeau de la preuve devrait revenir aux personnes qui proposent ces changements.

Ceux qui souhaitent modifier la loi devraient donc présenter des preuves. C'est ce qui a été fait dans le débat sur l'article 276, et contrairement au débat sur l'article 276, nous parlons d'éléments liés à la crédibilité. Il n'y a pas de mythe dans ce cas-ci. Personne ne laisse entendre que ces documents seraient

that violated section 276. One of the reasons the Supreme Court upheld 276 is because it doesn't matter what the complainant was wearing. It doesn't matter when the complainant reported it. It doesn't matter what her prior sexual history is. I will tell you the Supreme Court will say it does matter that the complainant comes into court and said to the police that it did happen, yet sent a text message to the accused saying it didn't happen. That's the difference between the two, I think.

In terms of some amendments that might ease some of the concerns — I think CCLA has made some, and I would agree with — it would be not giving the complainant standing; having the judge in a closed hearing, perhaps at an in camera hearing — where the complainant is not a party — take a look at the evidence; having it incumbent on the Crown not to share anything in that closed proceeding with the complainant.

That would take care of some of the concerns that were raised in the House of Commons and that have been raised by us about having an untruthful or unreliable witness inappropriately tailor or shade their evidence with respect to the information that the defence seeks to use.

Ms. Secter: I would add that CCLA is not suggesting that myth-based reasoning is valuable; no one is arguing for that, or that trial by ambush is acceptable. The point being made is the legislation is so broadly worded that records that would not surprise the complainant, but are relevant and not based on myths, would be caught and an application would be necessary for those types of records.

One of the biggest issues that the CCLA sees with that is the introduction of complainant's counsel into that process. This is because on a 276 application now, if the Crown is there, hears the evidence and then the witness does come and testify about whether it's the prior sexual activity that's at issue, the defence counsel can ask about their preparation with Crown counsel, can understand what went on between Crown counsel and the complainant. If the complainant has her own counsel on a 276 application and the 276 application is granted, those conversations would be privileged. That excludes the defence counsel from understanding what went on regarding the complainant's evidence in that regard.

Ms. McInnes: I have one brief point. As an FYI, the CLA included alternate wording at page 16 to the 278.92. In it, we effectively indicate that, of course, it's possible to keep the

utilisés d'une façon qui irait à l'encontre de l'article 276. L'une des raisons pour lesquelles la Cour suprême a confirmé l'article 276, c'est parce que les vêtements de la plaignante n'ont aucune importance. De plus, le moment où la plaignante a signalé l'agression ou ses antécédents sexuels n'ont également aucune importance. Par contre, la Cour suprême déclarera que ce qui a de l'importance, c'est si la plaignante se présente devant le tribunal et raconte à la police qu'une chose s'est produite, mais qu'elle envoie un message texte à l'accusé pour lui dire que cette chose ne s'est pas produite. C'est la différence entre les deux, selon moi.

Dans certaines des modifications qui pourraient alléger certaines préoccupations — je crois que l'ACLC en a formulé quelques-unes avec lesquelles je suis d'accord —, la plaignante n'aurait pas qualité pour agir. On demanderait au juge d'examiner les preuves au cours d'une audience fermée, peut-être dans le cadre d'une audience à huis clos — à laquelle la plaignante ne participe pas. Il reviendrait à la Couronne de ne rien communiquer à la plaignante sur les discussions qui se sont déroulées pendant cette audience à huis clos.

Cela permettrait de résoudre certaines des préoccupations qui ont été soulevées à la Chambre des communes et que nous avons également soulevées relativement à un témoin qui ment ou qui n'est pas fiable et qui pourrait ainsi, de façon inappropriée, modifier ou ajuster ses preuves en fonction des informations que la défense souhaite utiliser.

Mme Secter : J'aimerais ajouter que l'ACLC ne laisse pas entendre qu'un raisonnement fondé sur un mythe est valable. Personne ne fait valoir cela, et personne ne pense qu'un procès qui a recours à la surprise est acceptable. Ce qu'on fait valoir, c'est que le libellé de la loi est tellement général que des éléments qui ne surprendraient pas les plaignants, mais qui sont pertinents et non fondés sur des mythes, seraient visés et qu'il faudrait donc faire une demande pour les utiliser.

Pour l'ACLC, le plus gros problème dans ce cas-ci, c'est l'intégration de l'avocat du plaignant dans ce processus. En effet, actuellement, lorsqu'on présente une demande en vertu de l'article 276, si la Couronne est présente et entend les preuves et qu'ensuite le témoin se prononce sur la question de savoir si ce sont les activités sexuelles antérieures qui posent un problème, l'avocat de la défense peut poser des questions sur la préparation avec l'avocat de la Couronne, et peut comprendre ce qui s'est passé entre l'avocat de la Couronne et le plaignant. Si le plaignant a son propre avocat en vertu de l'article 276 et que la demande en vertu de l'article 276 est approuvée, ces conversations seraient privilégiées. Cela empêcherait l'avocat de la défense de comprendre ce qui s'est produit relativement aux preuves du plaignant à cet égard.

Mme McInnes : J'aimerais brièvement faire valoir un point. À titre d'information, à la page 16, l'Association des avocats criminalistes a fourni un libellé de rechange à l'article 278.92.

disclosure requirement and have a requirement that disclosure be made within the notification period as governing whether the record is admissible. If the record has not been disclosed in the appropriate time period — and that could be waived subject to argument — the record can't be utilized, and taking out the additional admissibility threshold.

In my view, it's the admissibility portion of the voir dire that would take so much time. You would have a judge, a defendant and their lawyer, a complainant and their lawyer and the Crown all sitting in court reviewing what could be hundreds of pages of records and ascertaining the admissibility of each one. That would take an inordinate amount of time.

If the admissibility component is removed, the Crown, in consultation with the complainant, can choose to object to the introduction of any evidence they take issue with on an item by item basis. And that's the way our law currently works. It's the mandatory requirement for a voir dire for every record in every case that will be a colossal use of court time.

The Chair: And the amount of proof to be reviewed, especially if all the text communications come on the table. You will see the amount of material the court will have to go into.

Senator Pate: I do not speak French sufficiently so as to ask you a question in French. One of the issues this is also trying to address is the fact that Crowns often, like defence counsel, have been accused sometimes ascribing to some of the same misogynist and racist attitudes as well. In fact, Ms. Hensel raised that, and the Indigenous Bar Association did in their brief.

If you can address the same question I was asking previously, how will these provisions assist in assisting the court to ensure that usually woefully unprepared victims are better prepared for the court process, given what we know about how many complainants don't come forward and the attrition rate when they do come before the system in part because of those issues?

[*Translation*]

Ms. Dufour: I hope I understood your question.

From our point of view, although we are not legal experts, we certainly consider that the rules, especially for cross-examination, are extremely harmful to victims, who appear before the court without preparation and cannot defend themselves on an equal footing.

A Crown prosecutor does of course prepare the victim to testify. The prosecutor and police discuss the facts of the case with her to make sure she clearly explains the deposition she has

Dans ce libellé, nous indiquons qu'évidemment, il est possible de maintenir l'exigence de divulgation et de prévoir une exigence selon laquelle cette divulgation doit être effectuée pendant la période d'avis pour que le dossier soit admissible. Si le dossier n'a pas été divulgué dans la période de temps déterminée — et cela pourrait être éliminé après argumentation —, le dossier ne peut pas être utilisé, et cela enlève le seuil d'admissibilité supplémentaire.

À mon avis, c'est la partie de l'admissibilité du voir-dire qui prendrait autant de temps. Un juge, un défendeur et son avocat, un plaignant et son avocat, ainsi que la Couronne, seraient tous réunis devant un tribunal pour examiner ce qui pourrait représenter des centaines de pages et déterminer l'admissibilité de chacune. Cela prendrait énormément de temps.

Si on élimine l'élément de l'admissibilité, la Couronne, en consultation avec le plaignant, peut décider de s'opposer à la présentation de toute preuve qu'elle conteste, une par une. Et c'est la façon dont la loi actuelle fonctionne. C'est l'exigence d'un voir-dire pour chaque document dans chaque cas qui prendra une énorme partie du temps du tribunal.

Le président : En plus de la quantité de preuves qui devront être examinées, surtout si toutes les communications par messages textes sont présentées. Vous verrez la quantité de documents que devra examiner le tribunal.

La sénatrice Pate : Je ne suis pas suffisamment à l'aise en français pour vous poser une question dans cette langue. L'un des enjeux qu'on tente également de résoudre, c'est le fait que la Couronne a souvent été accusée, comme l'avocat de la défense, d'avoir parfois manifesté certaines de ces attitudes misogynes et racistes. En fait, Mme Hensel a soulevé ce point, et l'Association du Barreau autochtone l'a soulevé dans son mémoire.

J'aimerais revenir sur la question que j'ai posée plus tôt, c'est-à-dire la façon dont ces dispositions aideront les tribunaux à veiller à ce que les victimes, qui sont habituellement très mal préparées, soient mieux préparées pour le processus judiciaire, étant donné ce que nous savons sur le nombre de victimes qui ne signalent pas leur cas et sur le taux d'attrition lorsqu'elles se présentent dans le système, en partie en raison de ces problèmes.

[*Français*]

Mme Dufour : J'espère avoir bien saisi votre question.

Il est certain que, de notre point de vue, nous qui ne sommes pas juristes, nous observons que les règles, surtout lors du contre-interrogatoire, sont extrêmement nuisibles aux victimes qui, sans préparation, se présentent devant la cour et ne peuvent se défendre à armes égales.

Évidemment, un procureur de la Couronne va préparer la victime à rendre témoignage. Le procureur et le policier vont discuter avec elle des faits de la cause pour s'assurer qu'elle

already made to police. The deposition is often made when the victim makes the report to police, and things evolve so there may be things that were not said at the time of the complaint to police. I was referring to the impact of the trauma.

The majority of victims have never set foot in a court before. They do not know how a trial unfolds during cross-examination by a defence attorney, who of course has certain tactics to bring out the truth, from his perspective. The victim is not used to those kinds of questions: I am referring to multiple questions, double negatives and questions in quick succession. Things are changing, however, since more and more prosecutors are objecting to this and more and more judges are stepping in to ask that questions be put more respectfully.

A victim who has been through a trauma is not able to answer the questions well, even if her answers are truthful. That is why I stressed the need to thoroughly prepare and support victims for their appearance in court. The truth can be sought out while preserving the rights of the accused to a fair and equitable trial. I truly believe in this.

Victims often testify in court and do not do so on an equal footing because it takes time and a great deal of preparation to really understand how a trial works. We do that. We never discuss the facts of the case with a victim, but we take the time to carefully explain the role of each actor. How does a trial proceed? What is questioning? What is cross-examination? We even help victims answer questions that might seem leading or might throw them off. Certain changes are planned to help victims prepare their answers properly. I do not see this as something that stands in the way of seeking the truth. It simply helps prepare victims well to answer those questions.

[*English*]

Senator Batters: First of all, I want to say thank you to all of you for being here. You all play a very important role in the criminal justice system. We appreciate your time in being here. I was a lawyer who practised privately for many years. I know those of you who come to this committee and you take the time to prepare a brief, you're taking time away from paying work basically to help us and Canadians to understand this bill better and how it might be improved, so that's much appreciated.

explique de façon claire ce qu'elle a déjà donné comme déposition aux policiers. Souvent la déposition est faite lors de la plainte policière et les choses évoluent, ce qui fait en sorte qu'au procès, il peut y avoir des choses qui n'ont pas été dites au moment de la plainte policière. Je parlais de l'impact du traumatisme.

La majorité des victimes n'ont jamais mis les pieds en salle de cour. Elles ne savent pas comment se déroule un procès lors de son contre-interrogatoire par un avocat de la défense, qui a évidemment certaines tactiques pour faire sortir la vérité, selon sa perspective. La victime n'est pas habituée à ce type de questions, et je fais référence aux questions multiples, aux doubles négations et aux questions rapides. On voit une évolution, car de plus en plus de procureurs s'y opposent et de plus en plus de juges vont intervenir pour demander à ce qu'on pose les questions avec plus de respect.

Une victime qui n'est pas préparée et qui a vécu un traumatisme ne sera pas en mesure de bien répondre aux questions, même si ses réponses communiquent la vérité. C'est pourquoi je parlais de l'importance de bien préparer et de soutenir les victimes pour leur témoignage en cour. Il pourrait y avoir une recherche de la vérité tout en préservant le droit des accusés à avoir un procès juste et équitable. J'y crois profondément.

Les victimes témoignent souvent à la cour et ne le font pas à armes égales, parce qu'il faut du temps et énormément de préparation afin de bien comprendre comment un procès se déroule. Nous le faisons. Jamais on ne va discuter avec une victime des faits de la cause, mais on prend le temps de bien expliquer le rôle de chaque acteur. Comment un procès se déroule? Qu'est-ce qu'un interrogatoire? Qu'est-ce qu'un contre-interrogatoire? On va même aider les victimes à répondre aux questions qui peuvent avoir l'air tendancieuses ou peuvent leur faire perdre leurs moyens. On prévoit certains changements qui feront en sorte que les victimes puissent bien se préparer à leurs réponses. Je ne le vois pas comme quelque chose qui nuit à la recherche de la vérité. Cela permet simplement d'offrir aux victimes la capacité de bien se préparer à répondre à ces questions.

[*Traduction*]

La sénatrice Batters : Tout d'abord, je tiens à remercier tous les témoins d'être ici aujourd'hui. Vous jouez tous un rôle très important dans le système de justice pénale. Nous vous sommes reconnaissants d'avoir pris le temps de comparaître. J'ai été avocate au privé pendant de nombreuses années. Je sais que lorsque vous prenez le temps de comparaître devant notre comité et de rédiger un mémoire écrit, vous renoncez à du temps rémunéré pour essentiellement nous aider et aider les Canadiens

Mr. Spratt, in the brief you submitted to this committee about reverse disclosure, I thought you expressed it very well when you stated:

> Cross-examination has long been held to be the crucible of truth our courts rely upon to deliver fair and just verdicts. In short, section 278.92(1) will serve to undermine justice.

You went on to say:

> This positive disclosure obligation is unprecedented in Canadian law. It is over-broad in relation to both its scope and application. It violates the right to silence and the right to full answer in defence. Additionally, this unprecedented reverse disclosure will result in protracted constitutional litigation and adjournments of trials and will only serve to exacerbate the delay problems that plagued our criminal and civil courts.

Could you tell us a bit more about why you believe this reverse disclosure provision would be found to be unconstitutional in your view? And why do you specifically think that this particular provision would serve to worsen Canada's court delay crisis?

Mr. Spratt: I'll start with the delay issue because I think that's going to be the impact that's felt first.

The cases I've had where this issue would have arisen include prior cross-examinations based on text messages that were sent to my client and based on medical records that were in possession of my client.

The relevance of that material only became apparent and the contradiction only arose after the complainant gave evidence in chief.

I'm not going to, as a defence lawyer moving forward, should this pass as it is, proactively disclose all of the information I have until I know I'm going to use it and it's relevant and important.

There is a mechanism for the judge to abridge the seven-day notice requirement and the judges will abridge it. When these applications crystallize in the middle of a trial, it means that day is taken off, I go back to my office and I draft a written application and, importantly, the complainant will need time to have a lawyer, and there will need to be argument on it.

à mieux comprendre ce projet de loi et les améliorations qu'on peut lui apporter. Nous vous en sommes donc très reconnaissants.

Monsieur Spratt, dans le mémoire sur la divulgation dans l'autre sens que vous avez présenté à notre comité, j'ai trouvé que vous aviez très bien exprimé cette notion par ces mots:

> Le contre-interrogatoire est depuis longtemps considéré comme étant le creuset de vérité sur lequel s'appuient nos tribunaux pour rendre des verdicts justes et équitables. En résumé, le paragraphe 278.92(1) pourrait nuire à la justice.

Vous avez poursuivi en disant:

> Cette obligation positive en matière de divulgation est sans précédent dans le droit canadien. Sa portée et son application sont trop vastes. Elle viole le droit au silence et le droit à une défense pleine et entière. De plus, cette divulgation dans l'autre sens sans précédent entraînera des litiges constitutionnels prolongés et des ajournements de procès et ne fera qu'aggraver les problèmes liés aux retards qui accablent nos tribunaux criminels et civils.

Pourriez-vous nous en dire davantage sur les raisons pour lesquelles vous croyez que cette disposition sur la divulgation dans l'autre sens serait jugée inconstitutionnelle? Et pourquoi croyez-vous que cette disposition particulière aggravera la crise liée aux retards dans les tribunaux du Canada?

M. Spratt : J'aborderai d'abord la question des retards, car je pense que ce sera le premier impact qui se fera ressentir.

Les affaires auxquelles j'ai participé et dans lesquelles cet enjeu se serait posé concernent des contre-interrogatoires antérieurs fondés sur des messages textes qui avaient été envoyés à mon client et fondés sur des dossiers médicaux détenus par mon client.

La pertinence de ces éléments et la contradiction sont seulement apparues après la présentation de la preuve principale par le plaignant.

À titre d'avocat de la défense, si ces dispositions sont adoptées dans leur forme actuelle, je ne divulguerai pas au préalable tous les renseignements dont je dispose avant de savoir si je vais les utiliser et s'ils sont pertinents et importants.

Il existe un mécanisme par lequel les juges peuvent abréger l'exigence de préavis de sept jours, et les juges l'abrégeront. Lorsque ces demandes apparaissent au milieu d'un procès, la journée est annulée, je retourne à mon bureau et je rédige une demande écrite et, point important, le plaignant aura besoin de temps pour trouver un avocat, et on devra mener une argumentation à cet égard.

Sometimes that can be accomplished in the middle of a week-long trial just by using that day. But the last two jury trials I've done for sexual assault charges, I think the trial itself would have been put at risk, especially if we're looking at time for a complainant to get a lawyer. You can't keep a jury sitting waiting for a day or two or three.

I think that we're going to see delays there, not so much in bringing the applications if it's apparent before trial starts, because they can be scheduled and, of course, they can take time that can be used on other matters. I think the real delays we're going to see are the wasted court time and the delays in setting continuations for trials when these issues arise in the middle of trial. I think that's when we're going to see them arise the most.

That's bad for the criminal system. It's also bad for the civil system, which no one ever talks about. Civil trials are being kicked down the road years and years to accommodate criminal trials so we don't have charges stayed. That, I think, is a delay issue, and encapsulates the delay issue.

With respect to the constitutional infirmity, it flows from what really is an unprecedented disclosure. We know the defence is entitled to take a purely adversarial role in the process. We know the presumption of innocence and right to silence and fair trial is intimately linked to those constitutional values I spoke about. Perhaps the robust Crown disclosure to defence, which is mandated under the Charter in *Stinchcombe*, has been a good thing for our system but never has there been a finding that the defence needs to actively participate in a reverse disclosure like that. And when you deal with those novel situations that impact all of those other rights, including the incidental aspects that have been raised by the CCLA about the inability to ask a witness about their preparation — what information they actually received and who they talked to about that information — we can do that with Crown counsel but we can't do it if they have a private lawyer because of the lawyer-client relationship.

I think it's not just the impact on the right to silence that I spoke about, but it takes into account these incidental impacts, including 11(b) considerations that might arise.

Senator Batters: Thank you very much. I appreciate your time.

Parfois, cela peut se faire au milieu d'un procès d'une semaine en utilisant seulement cette journée. Toutefois, je crois que cela aurait posé un risque pour les deux derniers procès par jury pour agression sexuelle auxquels j'ai participé, surtout si nous tenons compte du temps dont un plaignant a besoin pour trouver un avocat. On ne peut pas demander à un jury en fonction d'attendre un, deux ou trois jours.

Je crois que nous observerons des retards, mais pas trop en ce qui concerne la présentation des demandes si c'est apparent avant le début du procès, car on peut les ajouter à l'horaire et, évidemment, elles peuvent prendre du temps qui pourrait être utilisé à d'autres fins. Je crois que les plus gros retards que nous observerons seront liés au gaspillage du temps du tribunal et aux retards attribuables à la nécessité d'établir une date pour la suite du procès lorsque ces problèmes se posent au milieu d'un procès. Je crois que c'est à ce moment-là qu'ils se poseront le plus souvent.

C'est mauvais pour le système de justice pénale. C'est aussi une mauvaise chose pour le système civil, dont on ne parle jamais. Les procès civils sont repoussés d'une année à l'autre pour faire place aux procès criminels et éviter la suspension des accusations. Je crois que cela représente un problème lié aux retards et que cela englobe le problème des retards.

La lacune sur le plan constitutionnel découle de ce qui est réellement une divulgation sans précédent. Nous savons que la défense a le droit de s'en tenir à un rôle de confrontation dans ce processus. Nous savons aussi que la présomption d'innocence et le droit au silence et à un procès équitable sont indissociablement liés aux valeurs constitutionnelles dont j'ai parlé. Il se peut que la divulgation robuste de la Couronne à la défense, telle qu'exigée en vertu de la Charte dans l'affaire *Stinchcombe*, a eu des répercussions positives sur notre système, mais on n'a jamais conclu que la défense devait participer activement à une telle divulgation dans le sens inverse. Et dans le cas de ces nouvelles situations qui ont des répercussions sur tous les autres droits, y compris les éléments secondaires qui ont été soulevés par l'ACLC relativement à l'incapacité d'interroger un témoin sur sa préparation — c'est-à-dire les renseignements qu'il a reçus et les personnes à qui il a transmis ces renseignements —, nous pouvons faire cela avec l'avocat de la Couronne, mais nous ne pouvons pas faire cela s'il s'agit d'un avocat de la pratique privée en raison du secret professionnel.

Je crois qu'il ne s'agit pas seulement des répercussions sur le droit au silence dont j'ai parlé, car cela tient également compte de ces répercussions secondaires, y compris les éléments relatifs à l'alinéa 11b) qui pourraient être soulevés.

La sénatrice Batters : Merci beaucoup. Je vous suis reconnaissante du temps que vous nous avez accordé.

[*Translation*]

Senator Dupuis: If I understand the position that a number of you have taken, at present, there is no rule of evidence or otherwise preventing complainants, the majority of whom are women, from being treated well by the police, Crown prosecutor and judge. It seems that the system is perfectly organized. So there are no rules that cause problems in the criminal justice system for the victims of sexual assault. That is the impression your presentations have left me with. Perhaps I am mistaken and you will clarify that for me. If so, what can be done to make criminal justice fair because — and you pointed this out, Ms. Hensel — there are in fact problems for members of the First Nations and for Inuit, whether they are the victims or the accused.

Ms. Hensel, what I see in your comments is that the vulnerable members of our society don't actually find their way, are not represented, and are used in a system as Crown witnesses. As you rightly said, Ms. Secter, a criminal trial is a trial between two parties: the community and the accused. As for those representing the community, nothing indicates that the complainant, the potential victim, will not always automatically be lying or that the accused will not always be telling the truth. So we are faced with a sort of standstill, a real situation, that gives us the impression that the system is not working. Can you help us find ways to make the system work better? If not with Bill C-51, perhaps in another way.

[*English*]

The Chair: That's a large question, but deserving of a short answer because my eyes are fixed on the clock.

Ms. McElroy: I don't think any of us would take issue with the fact that being a complainant in a sexual assault trial is not an easy thing. Regardless of how well you've been treated by the police, the Crown and so on, it remains a very difficult experience. Most people are not used to being in a courtroom. It's a foreign experience whether or not you're Indigenous. It's something that's uncomfortable.

I think criminal law is a very blunt tool. To work towards a better system and a better way of dealing with sexual assault in our society, we need to be looking outside of what this bill provides us, whether that's the resources that Ms. Hensel spoke about or judicial education to make sure that the trials are staying on track and that the provisions in 276 and 278 are being adhered to or providing complainants with counsel so that they just be walked through, like Ms. Dufour was saying: This is what a

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : Si je comprends bien la position que plusieurs d'entre vous ont énoncée, dans la situation actuelle, aucune règle de preuve ou autre n'empêche une plaignante — puisque la majorité sont des femmes — d'être bien traitée par la police, le procureur de la Couronne ou la personne qui juge le procès. On a l'impression que tout le système est parfaitement organisé. Donc, il n'y a aucune règle qui entraîne des problèmes dans le monde de la justice criminelle quant aux victimes d'agression sexuelle. C'est l'impression que je garde de vos présentations. Je me trompe peut-être, et vous allez m'aider. Si c'est le cas, comment faire pour que la justice criminelle soit équitable, car en réalité — et vous l'avez bien souligné, madame Hensel —, il y a des problèmes pour les membres des Premières Nations et les Inuits, qu'ils soient victimes ou accusés.

Madame Hensel, ce que je constate dans vos propos, c'est que, en ce qui concerne les personnes vulnérables de notre société, dans la réalité des faits, ces personnes ne trouvent pas leur chemin, ne sont pas représentées et sont utilisées dans un système comme témoins de la Couronne. Vous l'avez bien dit, madame Secter, le procès criminel est un procès entre deux parties, soit la communauté et la personne accusée. En ce qui a trait aux représentants de la communauté, rien n'indique que la personne qui est la plaignante, la victime potentielle, ne sera pas toujours nécessairement quelqu'un qui ment, et que l'accusé ne sera pas toujours quelqu'un qui dit la vérité non plus. Donc, on se retrouve devant une sorte de hiatus qui illustre une situation réelle et qui nous donne l'impression que le système ne fonctionne pas. Pouvez-vous nous aider à trouver des façons de faire en sorte que le système fonctionne mieux? Si ce n'est pas par le truchement du projet de loi C-51, ce pourrait être par un autre moyen.

[*Traduction*]

Le président : C'est une vaste question, mais elle mérite une réponse brève, car je surveille étroitement le temps.

Mme McElroy : Je crois que tout le monde convient qu'il n'est pas facile d'être le plaignant dans un procès pour agression sexuelle. Même si le plaignant a été bien traité par la police, la Couronne et les autres intervenants, cela reste une expérience très difficile. La plupart des gens n'ont pas l'habitude de se trouver dans une salle d'audience. C'est une expérience inhabituelle, que vous soyez autochtone ou non, et les gens sont mal à l'aise.

Je crois que le droit criminel est un outil très imprécis. Pour être en mesure d'améliorer le système et de trouver une meilleure façon de traiter les cas d'agressions sexuelles dans notre société, nous devons chercher au-delà de ce que nous offre ce projet de loi, qu'il s'agisse des ressources dont parlait Mme Hensel ou de la sensibilisation à l'égard du système judiciaire, afin de veiller à ce que les procès suivent leur cours et que les dispositions des articles 276 et 278 soient respectées ou

cross-examination is. Just to prepare them for that experience, I think we need to be looking at those things as opposed to the provisions that have been put forth in this bill that I think will likely attract constitutional challenges. I think we need to be looking wider.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: Once again, I would like to tell our guests how grateful we are for their testimony.

My question is for the group. Three main findings emerged from the Senate's 2012-13 study on sexual assault: very long delays, victim protection, and lack of support. Sexual assault trials last the longest and have the highest number of postponements, particularly in Quebec.

Will the amendments to the bill reduce those delays? We know that, when there are many postponements, the passage of time influences the memory of witnesses.

In terms of sexual assault trials, do you think the improvements made to the Criminal Code will also make it possible to improve the performance of victims who appear as witnesses? Will they ensure that the witnesses are "more credible" — if I may put it that way? There was a trial, in Saint-Jérôme I believe, and it took eight years. After such a long time, victims lose credibility in their testimony. Will reviewing the definitions in the bill improve that aspect?

Mr. Spratt, go ahead, dive in.

[*English*]

Mr. Spratt: This won't speed up matters. I agree with you that no one wants to have delays in our criminal courts — not victims. It certainly doesn't help the quality of evidence. I can tell you with certainty that none of the individuals I represent want to have these matters hanging over their head outstanding. All my clients want speedier trials.

I don't think this bill is going to help with that. I don't purport to speak for victims, and I certainly don't have the knowledge that Ms. Dufour has. I do sometimes see a lack of support for victims where a sexual assault case is transferred from one court to another and a new Crown takes over, and so the victim, or the complainant, is meeting the Crown for the first time that is going to be prosecuting their case and the Crown has just got the file for the first time — or complainants who have never set foot in

qu'on fournisse l'aide d'un avocat aux plaignants, afin qu'on leur explique ce qui se passe, comme le disait Mme Dufour. C'est l'essence d'un contre-interrogatoire. Je crois que nous devons envisager d'adopter ces mesures pour préparer les gens à cette expérience plutôt que les dispositions qui ont été présentées dans ce projet de loi, car à mon avis, ces dispositions feront probablement l'objet de contestations constitutionnelles. Je crois que nous devons élargir nos recherches.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Encore une fois, je réitère à nos invités toute notre reconnaissance pour leurs témoignages.

Ma question s'adresse au groupe. L'étude que le Sénat a menée, en 2012-2013, sur la problématique liée aux agressions sexuelles a révélé trois grandes conclusions. Celles-ci concernaient les très longs délais, la protection des victimes et le manque de soutien. Les procès pour agression sexuelle sont les plus longs et ce sont des procès pour lesquels il y a le plus de remises, particulièrement au Québec.

Est-ce que les modifications apportées au projet de loi réduiront ces délais? Parce qu'on sait que, lorsqu'il y a beaucoup de remises, l'espace-temps influe sur la mémoire des témoins.

Concernant les procès pour agression sexuelle, croyez-vous que les améliorations apportées au Code criminel permettront aussi d'améliorer la performance des victimes qui agissent en tant que témoins? Est-ce qu'elles feront en sorte que les témoins soient « plus crédibles » — excusez le terme? Il y a eu un procès, à Saint-Jérôme je crois, pour lequel il a fallu huit ans. Après une si longue période de temps, une victime perd de la crédibilité lors de son témoignage. Est-ce que le fait de revoir les définitions de ce projet de loi améliorera cet aspect?

Monsieur Spratt, allez-y, plongez!

[*Traduction*]

M. Spratt : Cela ne permettra pas d'accélérer le processus. Je suis d'accord avec vous sur le fait que personne ne souhaite qu'il y ait des retards dans nos tribunaux criminels — sûrement pas les victimes. Cela n'améliore certainement pas la qualité des preuves. Je peux affirmer avec certitude qu'aucune des personnes que j'ai représentées ne souhaite que ces choses restent en suspens. Tous mes clients souhaitent obtenir un procès plus rapide.

Je ne crois pas que ce projet de loi nous aidera sur ce plan. Je ne prétends pas parler au nom des victimes, et je n'ai certainement pas les connaissances de Mme Dufour. J'observe parfois un manque de soutien pour les victimes lorsqu'une affaire d'agression sexuelle est transférée d'un tribunal à un autre. En effet, dans ces cas, un nouvel avocat de la Couronne reprend le dossier, ce qui signifie que la victime ou le plaignant rencontre pour la première fois l'avocat de la Couronne qui

court before or aren't informed about the reason for adjournments. I think we can all agree, that sort of information should be provided. It's maybe a provincial responsibility and not a federal responsibility, but there needs to be better communication there.

The one thing I've seen is — and I think this is something that came out of the Ghomeshi trial, and some people, including myself, categorize this as being in response to Ghomeshi — where a complainant says, I was asked if I had any communication with him, or if I went over to his house, or if I did something, and I said no because I thought it would look bad if I gave the answer. Then they're confronted with a piece of information that shows that their answer wasn't true. That complainant may have given a different answer if they had known the truth wouldn't be held against them. The fact you contacted the person who you said abused you after, or the fact you acted in a certain way, or didn't report, that wouldn't be held against you. It's the fact that you aren't full and frank with your information at the first instance. That is what I submit, rightly, a court may be able to use.

Information like that, so a complainant knows exactly the situation and is on as equal footing as possible as everyone else in the court. I don't think anyone is going to say that would be inappropriate. I'll defer to Ms. Dufour. I don't see that in this bill.

Ms. Hensel: If complainants have access to counsel, not necessarily as parties to these applications, it is difficult to believe, given the events of the last few years, particularly the Ghomeshi trial but also the public debate on these issues, they would not press their clients on the issue of, do you have communications. Really, check again, because that's what I'm here for — that's the main thing I'm here for is to make sure. It's very unfortunate circumstances in that particular trial. Bad facts make for bad law. That may be the case here.

I think the skills and knowledge, insight, circumstances and considerations that counsel will be bringing to the task of advising complainants, which is — well, it's not a full certificate, but in Ontario it is covered. It may well address the very concerns that were accentuated by that trial.

Senator Jaffer: For many of us this bill is in response to Ghomeshi's trial. What we saw there was terrible when it comes to the complainants. We're all upset about that. What I'm struggling with is that I feel the spirit of this bill is credible, but the effect of it is going to hurt the complainant again because

s'occupera de son cas, et que cet avocat vient tout juste de recevoir le dossier. Il se peut aussi que les plaignants ne soient jamais entrés dans une salle d'audience auparavant ou qu'on ne les ait pas informés de la raison des ajournements. Je crois que nous pouvons tous nous entendre sur le fait que ces renseignements devraient être fournis. Cette responsabilité revient peut-être aux provinces et non au gouvernement fédéral, mais il faut améliorer les communications à cet égard.

J'ai entendu, et je pense avec certains que c'est une conséquence du procès Ghomeshi, une plaignante avouer qu'elle avait nié avoir communiqué avec l'accusé, être allée chez lui ou avoir fait quelque chose de crainte de mal paraître si elle l'avait admis. On lui prouve ensuite qu'elle a menti. Elle aurait peut-être dit la vérité si elle avait su que cette vérité n'aurait pas joué en sa défaveur. Un contact avec le prétendu agresseur, après le fait, un certain comportement, l'absence de plainte, rien de cela ne vous serait reproché. Ce qui est en premier lieu nuisible, c'est de retenir des renseignements, les travestir. Je me permets de suggérer que le tribunal pourrait, selon les règles, s'en servir.

De ce genre de renseignement, pour que la plaignante soit pleinement au courant de la situation et soit traitée sur le même pied, autant que possible, que n'importe qui d'autre par le tribunal. Je ne crois pas qu'on dira que ce serait inapproprié. Je m'en remets à Mme Dufour. Cela me semble absent du projet de loi.

Mme Hensel : Si les plaignantes ont un avocat, pas nécessairement en leur qualité de parties dans ces demandes, il est difficile de croire, compte tenu des faits survenus ces dernières années, particulièrement du procès Ghomeshi, mais aussi du débat public sur ces questions, que l'avocat n'insistera pas pour savoir si sa cliente a communiqué avec l'agresseur. Il l'incitera à bien réfléchir, c'est son rôle, la principale raison pour laquelle il l'accompagne, pour s'en assurer. Il est très malheureux que ces circonstances aient été révélées pendant ce procès. À faits erronés droit mal fondé. C'en est peut-être la preuve, ici.

Je pense que les compétences et les connaissances, le flair, les circonstances et les points à considérer que l'avocat mettra en œuvre pour conseiller la plaignante ne sont peut-être pas une garantie parfaite, mais, en Ontario, le problème est prévu. C'est peut-être une réponse aux craintes mêmes que ce procès a mises en relief.

La sénatrice Jaffer : Pour beaucoup d'entre nous, ce projet de loi répond au procès de Ghomeshi. Ç'a été épouvantable pour les plaignantes. Cela nous bouleverse toutes. J'ai la pénible impression que si l'esprit de ce projet de loi est crédible, il aura néanmoins l'effet de nuire encore aux plaignantes, à cause de

there will be longer trials, acquittals, you name it. Could you say one or two things we could do to improve on this bill?

Mr. Spratt: I think one thing that can be done, as was suggested by others, is narrow the scope. We're dealing with lawfully possessing that third party record. We're not talking about someone breaking into a home to steal a diary or stealing records. I think narrowing the scope might alleviate some of the concerns about "over-breadth." I think that loosening the admissibility requirement, where an application might need to be brought that is going to be heard in camera — but if a judge finds it is relevant and otherwise admissible, and doesn't defend any of the exclusionary rules, that it can be admitted without the balancing that we see in the section here. If that's a closed hearing there's a duty on the Crown not to disclose that material, then the problems that have been identified about tainting of evidence would be eliminated as well.

Ms. McElroy: I think what we've been discussing partially is the inequity that people are seeing with respect to the complainant. I don't think that's necessarily solved by taking a right, such as the right to silence, away from the accused. Perhaps if there was a mechanism where the judge could appoint counsel to the complainant without necessarily having standing, then that could engage that conversation of again, check again, do you have any communication and so on. Without necessarily having that standing piece if the complainant was entitled to have counsel appointed to her.

Senator Pratte: I was wondering what impact there will be, if any, of the extension of the period to serve the application from 14 to 60 days? Does that have any impact at all?

Ms. McInnes: I can say there were practice guidelines set up within court administration where, by and large, in the Superior Court of Justice they want these applications served 60 days, four months, six months ahead of time because they are so time consuming. The court recognizes how much court time these applications take. In practice we all serve them well in advance of that time requirement. In my view there is no distinction in terms of lengthening that.

Senator Sinclair: Senator Pate and I were going to ask the same question. I'll let Senator Pate ask it when it's her turn.

Senator Pate: Thank you. A number of witnesses have recommended, and one of the things I'm proposing, is that there be some amendment to this bill to specify what short of unconsciousness equals capacity. It sounds like a number of you agree that it might be helpful if we at least bring this into what the law recognizes right now. I'm curious what your comments are about that.

procès plus longs, d'acquittements, tout ce que vous voulez. Avez-vous une ou deux idées qui nous permettraient d'améliorer ce projet de loi?

M. Spratt : Je pense qu'on pourrait notamment, comme d'autres l'ont proposé, en limiter la portée. Ces dossiers, des tiers en ont légalement la possession. Ce n'est pas que quelqu'un soit entré par effraction pour s'emparer d'un journal intime ou de dossiers. Je pense qu'en limitant la portée du projet de loi, on pourrait atténuer les craintes d'un ratissage trop large. Je pense qu'une condition d'admissibilité moins rigoureuse, qui permettrait d'entendre à huis clos la demande — mais si le juge considère qu'elle est pertinente et par ailleurs admissible et qu'il ne défend aucune des règles d'exclusion, on peut l'admettre sans ce jeu d'équilibre que révèle l'article. Dans une audience à huis clos, il incombe à la Couronne de ne pas divulguer ce renseignement. Du coup, on prévient les problèmes reconnus d'altération des éléments de preuve.

Mme McElroy : Je pense que nous avons discuté avec partialité de l'injustice perçue que subit la plaignante. Je ne crois pas que la solution soit nécessairement la privation d'un droit, comme celui, pour l'accusé, de garder le silence. Peut-être qu'avec un mécanisme permettant au juge de lui nommer un avocat, sans nécessairement la qualité d'agir, on pourrait demander à la plaignante de réfléchir encore une fois, de vérifier les faits, de dire si elle a communiqué avec l'agresseur et ainsi de suite. Sans nécessairement cette qualité d'agir si la plaignante a obtenu le droit de se faire attribuer un avocat.

Le sénateur Pratte : Je me demandais quelles seraient les conséquences, le cas échéant, de la prolongation à 60 jours de la période de signification de la demande de 14 jours? Y en aurait-il?

Mme McInnes : Je peux répondre que l'administration des tribunaux a élaboré des lignes directrices sur la signification de ces demandes. En général, la Cour supérieure de justice exige leur signification 60 jours, quatre mois, six mois d'avance, parce que ça prend beaucoup de temps. Le tribunal est conscient de cette lenteur. Dans la pratique, nous les signifions toutes amplement d'avance, avant la fin du délai. D'après moi, la prolongation de la période n'aura pas de conséquence.

Le sénateur Sinclair : La sénatrice Pate et moi allions poser la même question. Je la laisse la poser quand viendra son tour.

La sénatrice Pate : Merci. Un certain nombre de témoins ont recommandé et c'est ce que je propose notamment, qu'on amende le projet de loi pour préciser ce qui, à part l'inconscience, entre dans la notion de capacité. Un certain nombre d'entre vous semble d'accord qu'il pourrait être utile d'au moins se servir de ce que la loi reconnaît actuellement. Je suis curieuse de savoir ce que vous en pensez.

The Chair: It's a question that you have raised in your presentations and you were supposed to elaborate more in the answers. I'm glad that Senator Pate raised this because I thought it was an issue that was not covered as much as we would have expected.

Ms. Hensel: The concern is by making a binary between unconsciousness and everything else, it appears that Parliament places such weight on unconsciousness that it will have a gravitational pull and it will diminish the rigour and distort the assessment of conditions short of unconsciousness that will negate capacity to consent.

We've identified it as a very live issue for those very few Indigenous complainants who do make it into a Canadian courtroom. I think I've stated it. It will distort the analysis in a way that it is not currently distorted. You have to be closer to unconscious. There is a continuum, and it will change the nature of the interpretation with respect to consent. That will operate to the detriment of complainants.

The Chair: Are there any other comments on that issue?

Ms. McInnes: My friend and I were just discussing how difficult it would be. I don't disagree with the comments made by Ms. Hensel. At common law, there's no question that a complainant can reach a point of intoxication that is not unconscious, but she's clearly unable to consent. That's a fact-based analysis sometimes based on witness observation. Sometimes there's expert evidence called, which is a bit trickier. It would seem to me practically unworkable to articulate that in the legislation because it's fact specific based on the presentation of each complainant, how much they may have had to drink and so on.

I understand the position of Ms. Hensel. I'm just not sure how practically you could draft that.

[*Translation*]

The Chair: Ms. Dufour, I saw you nodding.

Ms. Dufour: Yes, absolutely. In my view, more should be said about the notion of consent. Clearly, I cannot claim to know the legal impact. We can take this a step further by asking ourselves whether, for example, the courts are currently carrying out a proper analysis of all cases of sexual violence within couples where there's a whole history of violence perpetrated by the husband against the wife and absolute control, so the issues are sexual violence and consent. Are those cases properly interpreted by the courts?

When sexual activity occurs, in cases where a complainant claims to have been intoxicated and cannot have given her consent, the question comes up. For her, it is clear that she had

Le président : Vous avez soulevé la question dans votre exposé et vous étiez censée en dire plus dans vos réponses. Je suis heureux que la sénatrice Pate en parle, parce que je craignais qu'on n'en traite pas autant que ce à quoi nous nous serions attendus.

Mme Hensel : On craint qu'en distinguant l'inconscience de tout le reste, le Parlement semble lui accorder un poids excessif, néfaste à la rigueur et à la rectitude de l'évaluation des conditions autres que l'inconscience, ce qui niera la capacité de donner son consentement.

Nous avons découvert que c'est une question très pertinente pour les très peu nombreuses plaignantes autochtones qui réussissent à se faire entendre d'un tribunal canadien. Je pense l'avoir dit. Je pense que ça faussera encore plus l'analyse. Il faut se rapprocher de la notion d'inconscience. Il existe une gradation insensible, et ça modifiera la nature de l'interprétation du consentement, au détriment des plaignantes.

Le président : D'autres observations sur cette question?

Mme McInnes : Mon amie et moi discutions justement de la difficulté que ça présenterait. Je ne m'inscris pas en faux contre les observations de Mme Hensel. Dans la common law, il n'y a pas de doute qu'une plaignante puisse être intoxiquée au point où, sans être inconsciente, elle est visiblement incapable de donner son consentement. Cela vient d'une analyse des faits parfois fondée sur ce que des témoins ont observé. Parfois, on fait appel à un expert, ce qui est un peu plus délicat. Il me semble que ce serait à peu près impossible à la loi de l'exprimer, parce que ça dépend des faits précis qu'expose chaque plaignante, par exemple sa consommation d'alcool et ainsi de suite.

Je comprends la position de Mme Hensel. Je ne suis tout simplement pas sûre de la manière par laquelle, dans la pratique, on pourrait rédiger un article de loi sur cette question.

[*Français*]

Le président : Madame Dufour, je vous ai vue hocher la tête.

Mme Dufour : Oui, tout à fait. De mon point de vue, on devrait en dire davantage sur la notion de consentement. Évidemment, je ne peux prétendre connaître l'impact sur le plan légal. On peut pousser la réflexion plus loin en se posant la question à savoir, par exemple, si les tribunaux font actuellement une analyse correcte de tous les cas de violence sexuelle au sein des couples où on retrouve tout un vécu de violence de la part du conjoint envers sa conjointe et une emprise totale, dont les enjeux sont la violence sexuelle et le consentement. Ces cas sont-ils bien interprétés par la cour?

Lorsqu'une activité sexuelle a lieu, dans le cas où une plaignante dit avoir été intoxiquée et qu'elle ne peut pas avoir donné son consentement, la question se pose. Pour elle, il est

not consented. However, for the court, what is the acceptable level of intoxication required for a victim to give consent or not? That is the big question, and I invite you to reflect on it. The context of consent is at the heart of many debates, not only in court, but everywhere. That is why I think it is important to clarify the context.

In Quebec, fortunately, we no longer see trials that last eight years. The *Jordan* decision also had an impact. Now, it often takes two years from the time the complaint is filed with the police until the trial begins.

I would like to add a point about delays. It is preferable to give the victim a chance to be well represented and to comment on certain exchanges, text messages and such. It is much more useful for victims to be represented with those aspects in mind, to be able to properly explain themselves without being taken by surprise, to explain certain exchanges, rather than being told that those factors may well extend the procedure. Victims must be able to provide their version of the facts and report things properly. This right must take precedence over the fear that the procedures may take longer.

[*English*]

Senator McIntyre: I have a short question regarding the issue of consent.

I think we can all agree the bill seeks to clarify the law of consent and the defence of honest but mistaken belief in consent. In other words, it seeks to clarify two components, a legal component — how consent is defined — and a factual component — whether the complainant subjectively consented and whether the accused had an honest but mistaken belief in consent.

It appears to me the proposed amendments in clauses 19 and 20 of the bill seek to clarify both of these components and are intended to reflect the Supreme Court's decision in *R. v. J. A.*, which is a 2011 decision. As we know, Madam Justice McLachlin wrote the majority decision. Justice Fish wrote in dissent, and he was of the opinion that Parliament could take the same approach as the one taken in the United Kingdom's Sexual Offences Act 2003. I'm sure you're familiar with this.

In other words, Parliament could enact a provision under which an unconscious complainant would be presumed not to have consented to sexual activity unless the defendant provided evidence proving that it was more likely than not that the complainant had given consent. In other words, he had a different opinion than Madam Justice McLachlin. Could I hear from you on that?

Mr. Spratt: I have no difficulty with those clarifications.

clair qu'elle n'avait pas consenti. Toutefois, pour la cour, quel est le niveau d'intoxication acceptable qui fera en sorte qu'une victime aurait dû donner ou non son consentement? Voilà la grande question, et je vous invite à la réflexion sur ce point. Le contexte du consentement est au cœur de plusieurs débats, non seulement en cour, mais partout. C'est pourquoi il est important, à mon avis, de clarifier ce contexte.

Au Québec, heureusement, on ne voit plus de procès qui durent huit ans. L'arrêt *Jordan* a aussi eu un impact chez nous. Maintenant, il s'écoule souvent deux ans entre le moment où la plainte est déposée à la police et le début du procès.

J'aimerais ajouter un point quant aux délais. Il est préférable de donner à la victime la chance d'être bien représentée et l'occasion, par exemple, de fournir ses commentaires sur certains échanges, textos ou autres. Il est beaucoup plus utile pour elle d'être représentée en fonction de ces éléments, de pouvoir s'expliquer de façon correcte sans être prise par surprise, d'expliquer certains échanges, que de lui dire que ces éléments risquent d'allonger la procédure. La victime doit pouvoir donner sa version des faits et rapporter les choses de façon correcte. Ce droit doit l'emporter sur la crainte que les procédures s'allongent.

[*Traduction*]

Le sénateur McIntyre : J'ai une petite question sur la notion de consentement.

Je pense que nous pouvons nous accorder à dire que le projet de loi cherche à clarifier le droit du consentement et la défense fondée sur la croyance honnête mais erronée du consentement obtenu. Autrement dit, il cherche à clarifier deux éléments : un élément juridique, la définition du consentement; un élément factuel, la plaignante a-t-elle donné subjectivement son consentement et l'accusé croyait-il honnêtement, mais à tort, qu'elle l'avait donné?

Il me semble que les projets d'amendement des articles 19 et 20 du projet de loi cherchent à clarifier ces deux éléments conformément à l'arrêt de la Cour suprême dans la cause *R. c. J. A.*, qui remonte à 2011. Nous savons que la juge McLachlin a rédigé la décision des juges majoritaires. Le juge Fish a exprimé l'opinion dissidente selon laquelle le Parlement pouvait adopter la position exprimée dans la loi de 2003 du Royaume-Uni sur les infractions sexuelles. Je suis sûr que vous la connaissez.

Autrement dit, le Parlement pourrait édicter un article selon lequel une plaignante inconsciente serait présumée ne pas avoir consenti à une activité sexuelle à moins que l'accusé ne prouve qu'il était plutôt probable qu'elle avait accordée son consentement. Autrement dit, son opinion différait de celle de la juge McLachlin. Qu'en pensez-vous?

M. Spratt : Ces précisions ne me posent aucune difficulté.

Senator McIntyre: Do you agree with Justice Fish?

Mr. Spratt: My partner Howard Krongold was counsel on the *J. A.* case. It's something I've talked with him about quite a lot. I often find myself in agreement with Justice Fish. The majority of the Supreme Court spoke in *J. A.*, and I don't see any problem codifying the current state of the law in the Criminal Code.

Senator McIntyre: Any other comments? No.

[*Translation*]

Senator Dalphond: Unless I misread, I understand that the right to counsel will come up in the trial, even if the jury is already made up. There is even a provision that the evidence will be introduced without the jury present. If there is a request for a hearing, the judge must then inform the complainants that they have the right to participate in the process and even hire a lawyer. Am I to understand that if complainants do not have the financial means, they will be eligible for legal aid? If so, will the legal aid be promptly available in the case? I support the privacy protection, which is a fundamental right, and the right to counsel so that victims can exercise their rights. However, if legal aid must be involved, I know that the result in practice is often delays. Do you have any comments on that?

[*English*]

Ms. McElroy: The way I read it, as you've mentioned, the judge shall as soon as feasible inform the complainant who participates in the hearing of their right to be represented by counsel.

It doesn't say appointed by counsel. There are provisions and other areas in the Criminal Code, for example, in a 486 situation where it's a domestic and the accused doesn't have the right to cross-examine. In that case the appointment is made by the court, and they're the ones who — that funding goes there.

This seems to be sort of an informational requirement of the judge. It doesn't give a specific provision as to whether that goes through legal counsel just as issuing a certificate; whether it's a court appointment, which is the case in a 486, if I'm not mistaken.

I think that could stand to be clarified in terms of if there is going to be an appointment, either as counsel with standing, or if it's simply counsel to assist in the informational aspect of things. That's not something that I'd considered before.

Ms. Hensel: I would add the complainant in those circumstances, after being thus advised, as it's currently drafted, would be at a distinct disadvantage. It's difficult for a complainant, an unrepresented complainant without preparation,

Le sénateur McIntyre : Êtes-vous d'accord avec le juge Fish?

M. Spratt : Mon partenaire, Howard Krongold, a plaidé l'affaire *J. A.* Nous en avons beaucoup discuté entre nous. Je me trouve souvent d'accord avec le juge Fish. Comme la majorité des juges de la Cour suprême s'est exprimée sur cette affaire, je n'ai aucune objection contre la codification de la jurisprudence dans le Code criminel.

Le sénateur McIntyre : D'autres commentaires? Non.

[*Français*]

Le sénateur Dalphond : À moins d'avoir mal lu, je comprends que le droit à un avocat va se présenter pendant le procès, et ce, même si le jury est déjà composé. On prévoit même que la preuve se fera à l'exclusion du jury. Si la demande d'audition a lieu, le juge devra alors informer du fait que le plaignant a le droit de participer au processus et même d'engager un avocat. Dois-je comprendre que si le plaignant n'en a pas les moyens financiers, il sera admissible à l'aide juridique? Si c'est le cas, l'aide juridique va-t-elle intervenir rapidement dans le dossier? Je suis favorable à la protection de la vie privée, qui est un droit fondamental, et au droit d'avoir un avocat pour faire valoir ses droits. Toutefois, si l'aide juridique doit être impliquée, je sais que, en pratique, cela se traduit souvent par des retards. Avez-vous des commentaires à ce sujet?

[*Traduction*]

Mme McElroy : Mon interprétation est que, comme vous l'avez dit, le juge doit dès qu'il le peut informer la plaignante de son droit d'être représentée.

On ne lit pas « nommé par un avocat ». Des articles et d'autres parties du Code criminel, par exemple, privent l'accusé, dans une affaire domestique relevant de l'article 486, du droit de contre-interrogatoire. Dans ce cas, la nomination est faite par le tribunal et c'est eux qui... C'est là que va le financement.

Cela semble une sorte d'exigence du juge concernant l'information. Cela ne prévoit pas de disposition particulière pour l'intervention d'un conseiller juridique, comme pour simplement la délivrance d'un certificat; c'est plutôt une nomination faite par le tribunal, prévue par l'article 486, si je ne m'abuse.

Je pense que cela a de bonnes chances d'être clarifié en ce qui concerne la nomination d'un avocat avec la capacité d'agir ou de conseiller. Je ne l'avais pas pris encore en considération.

Mme Hensel : J'ajouterais que la plaignante, dans ces circonstances, après avoir été ainsi conseillée, comme le prévoit actuellement le projet de loi, serait nettement désavantagée. Il est difficile pour une plaignante, qui n'est ni représentée ni préparée,

to prepare such an application unless they have got counsel in their pocket already. And there's no positive obligation on the part of police or the Crown to provide this information ahead of time.

I think court appointment, making a provision for — a court may appoint. If they've already got counsel, then the court shouldn't have to do it, but "may appoint" would create space for that and would be a clear signal to the courts and to all the players in the justice system that the complainant shouldn't be unduly burdened with the legal steps necessary to get a court appointment.

Mr. Spratt: An amendment like that I think would be most welcome because in Ontario we do have a legal aid system where Legal Aid does appoint, and I've acted for complainants before. In other provinces they don't. I think the last thing that everyone would want is a complainant in one province being disadvantaged and not being able to get a lawyer and having different representation depending on where you live. That doesn't seem like it would be fair or ideal.

Senator Pate: Is that one of the constitutional challenges?

The Chair: A Charter challenge on this.

Mr. Spratt: Yes.

Senator Dalphond: Maybe the proper answer is what Ms. Dufour has been proposing to a certain extent — that the system already informs the complainant from the very entrance into the system, and the system will provide legal assistance if she or he does require assistance, that there would be somebody specialized or being available within the system within 24 hours to step in, listen to — discuss with the complainant about what is the extent of that file and why would he oppose or not. Otherwise, if it has to go outside the system, I think it's going to be a tremendous delay, unfortunately. You cannot hold up a jury for two or three or four days just to say, well, we're going to fix it up and we'll come back.

[*Translation*]

Senator Carignan: My question is for Mr. Spratt more specifically. You raised a contradiction with respect to the testimony, mentioning a point or a document that would contradict what the witness said. However, I think the accused still has some leeway to contradict.

Subsection 278.3(5) on the interval provides for at least 60 days, and the following is added: ". . . or any shorter interval that the judge may allow in the interests of justice."

de remplir une telle demande à moins d'avoir déjà un avocat à sa disposition. Et il n'existe aucune obligation formelle, pour la police ou la Couronne de fournir ce renseignement d'avance.

Je pense à la nomination par le tribunal, à une disposition autorisant la nomination par le tribunal. Si la plaignante dispose déjà d'un avocat, le tribunal n'y serait pas obligé, mais l'y autoriser annoncerait clairement au tribunal et aux joueurs du système de justice la nécessité de ne pas embarrasser inutilement la plaignante avec les mesures juridiques nécessaires à l'obtention d'une nomination par le tribunal.

M. Spratt : Ce genre d'amendement serait, d'après moi, des mieux accueillis, parce que, en Ontario, un système d'aide juridique permet d'attribuer un avocat au plaignant. Cela m'est arrivé d'en représenter. Ce système n'existe pas dans toutes les provinces. Je pense que la situation à éviter à tout prix serait qu'une plaignante, dans une province, soit désavantagée et que, incapable d'obtenir les services d'un avocat, elle ne puisse pas être représentée partout de la même manière. Cela ne me semble ni juste ni idéal.

La sénatrice Pate : N'est-ce pas l'une des contestations constitutionnelles?

Le président : Fondée sur la Charte.

M. Spratt : Oui.

Le sénateur Dalphond : Peut-être que la réponse convenable est ce que Mme Dufour proposait dans une certaine mesure — que le système informe le plaignant dès son entrée dans le système et que le système lui fournisse l'aide juridique s'il a besoin d'aide, qu'il lui accorde un spécialiste ou qu'il mette quelqu'un à sa disposition dans les 24 heures, pour l'écouter — discuter avec lui de l'importance du dossier et de ses motifs d'opposition, le cas échéant. Sinon, s'il faut sortir du système, je pense que ça causera des retards considérables, malheureusement. On ne peut pas retenir un jury pendant deux à quatre jours, simplement pour lui annoncer que, finalement, on corrigera le problème et qu'on reprendra le procès.

[*Français*]

Le sénateur Carignan : Ma question s'adresse à M. Spratt plus particulièrement. Vous avez soulevé un élément de contradiction par rapport aux témoignages en mentionnant un point ou un document qui viendrait contredire ce que le témoin a dit. Cependant, je crois que l'accusé a tout de même une certaine ouverture pour contredire.

Le paragraphe 278.3(5) sur le délai donne au moins 60 jours, et on rajoute ce qui suit : « [...] ou dans le délai inférieur autorisé par le juge dans l'intérêt de la justice. »

Section 278.92 gives the accused some latitude in determining what they want to produce as a record, and the following is added: ". . . and which the accused intends to adduce. . ."

In fact, you could have the record, not be prepared to use it — unless the person says the opposite of what is on the record — and when that happens, that's when you intend to introduce it into evidence to attack the credibility and you can make the request outside that deadline, because the section provides for that leeway.

Don't you think that those two sections combined protect the right of the accused to not be caught by surprise, if I may put it that way, or to at least not signal factors that will undermine the credibility of the witness? That seems to be your concern.

[*English*]

Mr. Spratt: Yes. The ability to abridge time requirements and have short service application is of some benefit. I think that we can't be, I would suggest, too charitable to look at the requirements of the application and say the court can be provided less information and that would somehow cure the issues that I have.

I can't see a court granting an application or allowing the admissibility of this, what would otherwise be admissible evidence, unless details are provided. I know that the Minister of Justice has said that may not necessarily mean handing over the documents or giving too much detail. But the amount of detail that would have to be given to make compliance with this not speculative or give the court enough information to actually rule on it and rule on the balancing factors.

I would think that in practical terms it would mean that defence counsel would have to give more information than would be ideal. I think that as defence counsel one of the last things I would not want to do is not give enough information to the judge because I'm trying to protect the integrity of the process and then have the judge deny my application because I didn't give enough information. Then have some ivory tower appeal lawyer looking at what I did and perhaps calling that into question.

I think there might be an incentive to err on the side of overinclusion even if it's not strictly mandated.

[*Translation*]

Senator Carignan: But you agree with me, that can still be done during the trial. Anyway, the jury is taken out because it's a trial.

L'article 278.92 donne une certaine latitude à l'accusé dans la détermination de ce qu'il entend produire comme dossier, et on ajoute ceci : « [...] et que ce dernier se dispose à présenter en preuve [...] »

En fait, vous pourriez avoir le dossier, ne pas être disposé à l'utiliser — à moins que la personne dise le contraire de ce qui se trouve dans le dossier —, et lorsque cela se produit, à ce moment-là, vous avez l'intention de le présenter en preuve pour attaquer la crédibilité et vous pouvez faire la demande en dehors du délai, parce que l'article donne cette ouverture.

Ne pensez-vous pas que la combinaison de ces deux articles protège le droit de l'accusé à ne pas être pris par surprise, si je peux m'exprimer ainsi, ou en tout cas à ne pas donner de signal des éléments qui vont mettre en cause la crédibilité du témoin, par exemple? Cela semblait être votre inquiétude.

[*Traduction*]

M. Spratt : Oui. La possibilité d'aller plus vite et de présenter la demande avec un court préavis a du bon. Je dirais que nous ne pouvons pas considérer de façon trop charitable les conditions de la demande et prétendre pouvoir fournir moins de renseignements au tribunal, ce qui répondrait à mes objections.

Je ne peux imaginer le tribunal acquiesçant à une demande ou admettant l'admissibilité de la demande ce qui, par ailleurs, serait un élément de preuve admissible, à moins que des détails ne soient fournis. Je sais que le ministre de la Justice a dit que ça peut ne pas nécessairement signifier la remise des documents ou la fourniture de trop de détails. Cependant, la quantité de détails à communiquer pour se conformer à la demande qui ne donne pas lieu à interprétation ou qui renseignent suffisamment le tribunal pour qu'il puisse se prononcer sur ces détails et sur les facteurs compensatoires.

En pratique, ça signifierait que l'avocat de la défense doit communiquer plus que la quantité idéale de renseignements. Moi qui le suis, je voudrais à tout prix éviter de ne pas communiquer assez de renseignements au juge, pour protéger l'intégrité du processus, et de voir ma demande refusée par le juge, parce que je ne lui ai pas communiqué assez de renseignements. Ensuite, ce serait qu'un avocat d'appel, dans sa tour d'ivoire, examine mes actions et peut-être les conteste.

Je pense qu'on pourrait favoriser l'excès de renseignements même si ce n'est pas strictement obligatoire.

[*Français*]

Le sénateur Carignan : Mais vous êtes d'accord avec moi, cela peut tout de même se faire au cours du procès. De toute façon, on sort le jury, donc c'est parce qu'on est en cours de procès.

[*English*]

Mr. Spratt: Oh, yes.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: I would like to know what Ms. Dufour or one of the witnesses have to say about the substantial headway women have made in the past years in the justice system with section 33.1 where no one can use intoxication in sexual assault cases. Recently, in *McCaw*, in Ontario, the individual pleaded that he was intoxicated to the point of not knowing what he was doing, and the court acknowledged that he could use that as a ground. The trial resumed with the intoxication defence. In your opinion, does this not actually jeopardize section 33.1 and the protection that women had when it comes to intoxication?

[*English*]

Ms. Hensel: Yes, it does.

The Chair: On behalf of all the senators around the table we are most indebted for your contribution to our reflection. As I mentioned, the presentation was very helpful. I think the answers provided to the questions are enlightening, of course, for the consideration that we have to bring to the bill.

Thank you, each and every one of you, for your contribution. There is no doubt that in the near future, we might call you back again on other sections of the Criminal Code. As you know, when you look at the legislative agenda there are many other issues that might deserve your reflection and sharing them with us.

(The committee adjourned.)

[*Traduction*]

M. Spratt : Oh oui!

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : J'aimerais connaître l'opinion de Mme Dufour ou de l'un ou l'autre des témoins sur le gain important que les femmes ont obtenu au cours des dernières années dans le système de justice, soit l'article 33.1 où nul ne peut invoquer l'intoxication dans les cas d'agression sexuelle. Dernièrement, dans l'affaire *McCaw*, en Ontario, l'individu a plaidé qu'il était intoxiqué au point de ne pas savoir ce qu'il faisait, et la cour a reconnu qu'il pouvait utiliser ce motif. Le procès a repris avec cette défense d'intoxication. Selon vous, cela ne met-il pas effectivement en péril l'article 33.1, soit la protection que les femmes avaient en ce qui concerne l'intoxication?

[*Traduction*]

Mme Hensel : Oui, effectivement.

Le président : Au nom de tous les sénateurs ici présents nous vous sommes des plus redevables de votre concours à notre réflexion. Comme je l'ai dit, vos exposés ont été très utiles. Je pense que vos réponses aux questions nous ont bien sûr éclairés pour l'examen à faire du projet de loi.

Je vous remercie, chacun de vous, de votre apport. Nul doute que, dans un proche avenir, nous puissions vous rappeler sur d'autres articles du Code criminel. Comme vous le savez, il se trouve, dans le menu législatif, beaucoup d'autres questions qui pourraient mériter votre réflexion, dont les résultats pourraient nous être communiqués.

(La séance est levée.)

EVIDENCE

OTTAWA, Thursday, September 20, 2018

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 10:45 a.m. to give clause-by-clause consideration to Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act.

Senator Serge Joyal (*Chair*) in the chair.

[*English*]

The Chair: Honourable senators, I will open the meeting.

Yesterday, at the end of the afternoon, the Minister of Justice sent me a response to an issue raised when she appeared about the interpretation of the French version of a section of a bill, that is very important, because it's related to the issue of consent. You will read the line from the letter of response from the Minister of Justice that is the most important one:

> During my appearance, a question was asked about whether the French and English versions of proposed new paragraphs 153.1(5)(c) (Clause 10) and 273.2(c) (Clause 20) of the Criminal Code are the same. I am pleased to advise the Committee that our legislative drafters have confirmed that the French and English versions of the proposed paragraphs convey the same meaning.

The letter continues to explain why, in the opinion of the Department of Justice, the French and English versions are similar, even though when you read the wording textually there might be a doubt about it.

The letter concludes, and I will read the last line of the last paragraph:

> The French version of the text helps to confirm that there is no different standard between agreement expressed through words or conduct: what is required is a positive expression of agreement.

When I read that letter last night, I thought it was very important that it be appended to our minutes today because a lawyer in any legal action where a doubt may be raised in court could, of course, resort to our minutes and call upon the Department of Justice's interpretation of the act.

I would seek a motion, and your concurrence, that the letter of the Minister of Justice dated September 19 and addressed to the Honourable Serge Joyal, P.C., Chair of the Standing Senate

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le jeudi 20 septembre 2018

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 10 h 45, pour procéder à l'étude article par article du projet de loi C-51, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi.

Le sénateur Serge Joyal (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Honorables sénateurs, la séance est ouverte.

Hier, en fin d'après-midi, la ministre de la Justice m'a fait parvenir la réponse à une question soulevée lors de sa comparution concernant l'interprétation de la version française d'un article du projet de loi, et c'est très important, car il porte sur la question du consentement. Comme vous le constaterez, la partie de la lettre de la ministre de la Justice la plus importante dit :

> Au cours de la séance, une question a été posée quant à savoir si les versions française et anglaise des alinéas 153.1(5)c) (article 10 du projet de loi) et 273.2c) (article 20 du projet de loi) que propose d'ajouter le projet de loi C-51 au Code criminel sont équivalentes. J'ai le plaisir d'aviser le Comité que nos rédacteurs législatifs ont confirmé que les versions française et anglaise de ces alinéas ont le même sens.

La ministre poursuit en expliquant pourquoi, selon le ministère de la Justice, les versions française et anglaise sont similaires, même si, en lisant le libellé textuellement, on pourrait avoir un doute à ce sujet.

La ministre conclut, et je vais vous lire la dernière ligne du dernier paragraphe :

> La version française du texte aide à confirmer qu'il n'existe pas de norme différente entre un accord exprimé par des paroles ou un comportement. Ce qu'il faut, c'est une expression positive de l'accord, que ce soit par un comportement ou par des paroles.

Quand j'ai lu la lettre hier soir, je me suis dit qu'il était très important qu'elle soit annexée au procès-verbal de la séance d'aujourd'hui, car un avocat pourrait, lors d'une action en justice dans le cadre de laquelle un doute serait soulevé devant un tribunal, se reporter à notre procès-verbal et faire valoir l'interprétation de la loi du ministère de la Justice.

Je vais demander une motion, et votre approbation, pour que la lettre de la ministre de la Justice datée du 19 septembre et adressée à l'honorable Serge Joyal, C.P., président du Comité

Committee on Legal and Constitutional Affairs, be appended to our minutes today.

Do I have such a motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Agreed. Thank you, honourable senators.

Then we will move on to our agenda of today, which is that the committee move to proceed to clause-by-clause consideration of Bill C-51, An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act.

Is it agreed, honourable senators?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Agreed.

Shall the title stand postponed?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Is it agreed, honourable senators, with leave, that the committee be allowed to group clauses 1 to 9 together and stand clause 10 in another vote, because I understand that there is an amendment to clause 10? We could adopt clauses 1 to 9, which are covered by pages 1 to 5 in the bill, so you know where we are in the bill.

Is it agreed, honourable senators, that clauses 1 to 9 be carried?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Agreed.

I understand that there is an amendment to clause 10 of the bill. May I ask if the amendment has been circulated around the table?

Senator Pate: My understanding is that it has been.

The Chair: I understand that it is moved by Senator Pate. On clause 10, I'm ready to listen to you, Senator Pate.

Senator Pate: This amendment concerns the definition in Bill C-51 of incapacity to consent to sexual activity and concerns the offence in 153.1 of the Criminal Code regarding sexual exploitation of a person with a disability. It removes the reference to unconsciousness from this definition on the grounds that there is no dispute in law that any unconscious person cannot consent. Rather, the paragraph proposed by Bill C-51 may misleadingly suggest that unconsciousness is the threshold

sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, soit annexée au procès-verbal de la séance d'aujourd'hui.

Ai-je une motion?

Des voix : D'accord.

Le président : D'accord. Merci, chers collègues.

Nous allons maintenant passer à notre ordre du jour, soit que le comité procède à l'étude article par article du projet de loi C-51, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi.

Êtes-vous d'accord, chers collègues?

Des voix : D'accord.

Le président : D'accord.

Le titre est-il réservé?

Des voix : D'accord.

Le président : Êtes-vous d'accord, honorables sénateurs, avec permission, pour que le comité regroupe les articles 1 à 9 et qu'il reporte le vote sur l'article 10, car je crois savoir qu'il y a un amendement à l'article 10, n'est-ce pas? Nous pourrions adopter les articles 1 à 9, qui se trouvent aux pages 1 à 5 du projet de loi, pour que vous sachiez où nous en sommes dans le projet de loi.

Chers collègues, les articles 1 à 9 sont-ils adoptés?

Des voix : D'accord.

Le président : D'accord.

Je crois qu'il y a un amendement à l'article 10 du projet de loi. Puis-je savoir si l'amendement a été distribué aux membres du comité?

La sénatrice Pate : Je crois que c'est le cas.

Le président : Je crois savoir qu'il est proposé par la sénatrice Pate. Sénatrice Pate, je vous écoute au sujet de l'article 10.

La sénatrice Pate : L'amendement concerne la définition dans le projet de loi C-51 de l'incapacité de consentir à une activité sexuelle et concerne l'infraction prévue à l'article 153.1 du Code criminel au sujet de l'exploitation sexuelle d'une personne handicapée. L'amendement supprime la référence à l'inconscience dans la définition, car il est très clair en droit qu'une personne inconsciente ne peut donner son consentement. Le paragraphe proposé dans le projet de loi C-51 pourrait donc

for incapacity, a standard that offers no protection for women who are debilitated by the effects of alcohol or drugs.

In the wake of decisions such as *Al-Rawi*, where a trial judge erroneously found that an extremely intoxicated complainant had the capacity to consent merely because she was not unconscious, this amendment provides guidance for determining incapacity to consent based on the complainant's capacity to understand the nature of the sexual activity, the risks and benefits involved in the attendant circumstances, and the ability to say no as well as the capacity to communicate consent by words or conduct.

After consultation with my colleagues, I would be pleased to change the amendment in proposed paragraph (b), which reads "the complainant is incapable of consenting to the activity in question, in particular because they are," by replacing the words "in particular because" with "including because."

The Chair: Would you repeat where you want to introduce those words so we know exactly where it is?

Senator Pate: The wording is, in paragraph (a):

> (a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;

And then, in proposed paragraph (b):

> (b) the complainant is incapable of consenting to the activity in question, including because they are
>
> (i) unable to understand the nature, circumstances, risks and consequences of the sexual activity in question,
>
> (ii) unable to understand that they have the choice to engage in the sexual activity in question or not, or
>
> (iii) unable to affirmatively express agreement to the sexual activity in question by words or by active conduct;

And:

> (3.1.) For greater certainty, capacity to consent at the time of the sexual activity that forms the subject matter of the charge cannot be inferred from evidence on capacity to consent at the time of another sexual activity.

faire croire à tort que l'inconscience est le critère de base pour déterminer l'incapacité, une norme qui n'offre aucune protection aux femmes sous l'influence de l'alcool ou de la drogue.

Dans la foulée des décisions comme celle rendue dans l'affaire *Al-Rawi*, dans laquelle un juge a conclu à tort que la plaignante qui était en état d'ébriété très avancé avait la capacité de donner son consentement simplement du fait qu'elle n'était pas inconsciente, l'amendement proposé permet d'éclairer la notion d'incapacité à donner son consentement en la faisant reposer sur la capacité de la personne à comprendre la nature de l'activité sexuelle, les risques et avantages dans les circonstances concomitantes, et la capacité de dire non et de communiquer son consentement par la parole ou par un comportement.

Après avoir consulté mes collègues, je serais prête à modifier le libellé dans la version anglaise du paragraphe b), qui se lit comme suit : « *the complainant is incapable of consenting to the activity in question, in particular because they are*, », en remplaçant les mots « *in particular because* » par les mots « *including because* ». La version française demeure la même.

Le président : Pourriez-vous répéter à quel endroit vous voulez ajouter ces mots, pour que nous sachions exactement où ils se trouvent?

La sénatrice Pate : Les mots se trouvent dans le paragraphe a) :

> a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

Dans le paragraphe b), c'est ici que les mots sont ajoutés en anglais, mais la version française ne change pas :

> b) il est incapable de le former, pour l'activité en question, notamment pour l'un des motifs suivants :
>
> (i) il n'a pas la capacité de comprendre la nature, les circonstances, les risques et les conséquences de l'activité sexuelle en question,
>
> (ii) il n'a pas la capacité de comprendre qu'il peut choisir de se livrer ou non à l'activité sexuelle en question,
>
> (iii) il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou son comportement actif;

et :

> (3.1) Il est entendu que la capacité de consentir au moment de l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation ne peut être déduite d'éléments de preuve portant sur la capacité de consentir lors d'une autre activité sexuelle.

The Chair: I understand that what you are doing with your amendment — and I'm not trying to extract an answer from you — is that you give some circumstances that could be considered by the court in relation to the consent, because paragraph (b) was very general. It was not stating any circumstances. It referred to the complainant being incapable of consenting to the activity for any reason. What you are doing is keeping any reason but you are giving instances. That is essentially the purpose of the amendment.

Senator Pate: That's correct.

The Chair: Because when I read the amendment last night, I had the same preoccupation as some other senators which was, in fact, that you were restricting the circumstances while, in fact, the bill was opening everything. So I was concerned that the intent of your amendment might not be serving the purpose that you were seeking originally as it was drafted.

Am I right in interpreting it that way?

Senator Pate: That was certainly one of readings brought to my attention. My intention was to help provide greater guidance to the courts because of the uncertainty that has been exposed across the country. We heard evidence from Elaine Craig and others about how the courts have been misinterpreting this based on stereotypes about sexual assault and sexual assault complainants.

The Chair: We have the representative of the Department of Justice in the room, so if any senators want to address themselves to the representative of the Department of Justice in relation to the amendment, of course, they are available to you. If so, I will ask them to come to the table; if not, of course, they are in the room at our disposal.

Any other questions or comments on the amendment proposed by Senator Pate?

[*Translation*]

Senator Boisvenu: I have a question for Senator Pate. I am very concerned about the Bassam Al-Rawi case in Nova Scotia, where an intoxicated young woman said she was unconscious at the time of consent. The judge stated that "a drunk can consent." Are we blocking these situations where there is still a risk of seeing cases where an intoxicated young woman cannot claim to be unconscious at the time of giving her consent?

[*English*]

Senator Pate: In *Al-Rawi*, the woman was apparently conscious. She was intoxicated but couldn't respond. The issue that arose was that the judge indicated she was conscious and that someone who is intoxicated could consent, but there was plenty of other evidence that, in fact, she may have been

Le président : Je comprends que le but de votre amendement — et je n'attends pas une réponse de votre part — est de donner quelques exemples de circonstances qui pourraient être examinées par le tribunal au sujet du consentement, car le paragraphe b) était très général. On n'y précisait pas de circonstances. On y parlait du fait que le plaignant était incapable de donner son consentement pour tout motif. Vous gardez pour tout motif, mais vous donnez des exemples de circonstances. C'est essentiellement là le but de l'amendement.

La sénatrice Pate : C'est exact.

Le président : Quand j'ai lu l'amendement hier soir, j'avais la même préoccupation que d'autres sénateurs, à savoir que vous restreigniez les circonstances, alors que le projet de loi, en fait, laissait la porte ouverte. Je craignais donc que le libellé de votre amendement n'atteigne pas le but qu'il cherchait à atteindre initialement.

Est-ce une bonne interprétation?

La sénatrice Pate : C'est assurément une des lectures qu'on a portées à mon attention. Mon but était de guider les tribunaux en raison du manque de clarté dont on s'est rendu compte au pays. Nous avons entendu les témoignages d'Elaine Craig et d'autres également sur la façon erronée dont les tribunaux ont interprété cet élément à partir de stéréotypes sur l'agression sexuelle et les plaintes d'agression sexuelle.

Le président : Nous avons les représentants du ministère de la Justice dans la salle, alors si un sénateur veut les consulter au sujet de l'amendement, il a le loisir de le faire. Si c'est le cas, je leur demanderai de prendre place à la table; autrement, ils demeurent bien sûr à notre disposition.

Avez-vous d'autres questions ou remarques au sujet de l'amendement proposé par la sénatrice Pate?

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : J'ai une question à poser à la sénatrice Pate. Je suis très préoccupé par le cas de Bassam Al-Rawi, en Nouvelle-Écosse, où une jeune fille intoxiquée a dit être inconsciente au moment du consentement. Or, le juge a affirmé ceci : « Vous êtes intoxiquée, mais vous êtes consentante. » Est-ce qu'on traite ces situations où l'on risque encore de voir des cas où une jeune fille intoxiquée ne pourra pas affirmer être inconsciente au moment de donner son consentement?

[*Traduction*]

La sénatrice Pate : Dans l'affaire *Al-Rawi*, la femme était apparemment consciente. Elle était ivre, mais ne pouvait pas répondre. Le juge a indiqué qu'elle était consciente et qu'une personne ivre pouvait donner son consentement, mais il y avait beaucoup d'autres preuves qui indiquaient qu'elle pouvait être

incapable of doing so for all kinds of reasons. This is exactly part of the analysis that went into it. She couldn't remember, that's correct, and it was really the evidence of the police officers who attended and found her and the taxi driver who was assaulting her that really gave rise to many of these issues.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: Will your proposed amendment close loopholes like the ones we have seen in this case?

[*English*]

Senator Pate: To the best of my knowledge, yes, after consulting with some of the experts who appeared before us and have been working in this area, like Elaine Craig and Professor Sheehy.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: In that case, could you please explain to me how we will manage to avoid problems like that?

[*English*]

Senator Pate: Because the individual will have to establish all the circumstances upon which consent was actually achieved. At this stage, it is wide open. If one judge believes that someone who is drunk and can't even speak, like Rehtaeh Parsons, or the complainant in *Al-Rawi*, or the complainants in various other cases that have been brought forward, then those circumstances will have to be explored, proven, and essentially established by the accused that they had obtained consent.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: But it is not a full assurance. Thank you.

Senator Dupuis: I would like to hear from Ms. Morency, from the Department of Justice, on the French version of the proposed amendment, given the answer we received last night and the clarification provided by the Minister of Justice in her letter. I would like to know if the word "*actif*" needs to be removed from the wording of subparagraph (b)(iii) of the proposed amendment, so that it reads as follows:

> (iii) *il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou son comportement;*

So the word "*actif*" would be removed.

incapable de le faire pour toutes sortes de raisons. C'est exactement ainsi qu'une partie de l'analyse a été faite. Elle ne se souvenait pas, c'est exact, et ce sont les preuves fournies par les agents de police qui l'ont trouvée et qui ont trouvé le chauffeur de taxi en train de l'agresser qui ont soulevé, en fait, bon nombre de questions.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Ce que vous proposez comme amendement va-t-il corriger des échappatoires comme celles qu'on a vues dans ce cas?

[*Traduction*]

La sénatrice Pate : À ma connaissance, oui, selon ce que m'ont dit des experts qui ont comparu devant nous et qui travaillent dans le domaine, comme Mme Elaine Craig et Mme Sheehy.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : J'aimerais, dans ce cas, que vous m'expliquiez comment on va réussir à éviter des écueils comme celui-là.

[*Traduction*]

La sénatrice Pate : Il faudra établir les circonstances dans lesquelles le consentement a été obtenu. À l'heure actuelle, c'est très vague. Donc, lorsqu'une personne est ivre et ne peut même pas parler, comme Rehtaeh Parsons, ou la plaignante dans l'affaire *Al-Rawi*, ou les plaignantes dans bien d'autres affaires qui ont été devant les tribunaux, les circonstances dans lesquelles l'accusé dit avoir obtenu le consentement devront être examinées et prouvées.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Mais ce n'est pas une assurance entière. Merci.

La sénatrice Dupuis : J'aimerais avoir la réponse de Me Morency, du ministère de la Justice, au sujet de la version française de la proposition d'amendement, compte tenu de la réponse qui nous a été fournie hier soir et de la clarification donnée par la ministre de la Justice dans sa lettre. Je voudrais savoir s'il n'y a pas lieu d'enlever le terme « actif » à l'énoncé de l'article b)(iii) de l'amendement proposé, pour qu'il se lise comme suit :

> (iii) il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou son comportement;

On enlèverait donc le terme « actif ».

[*English*]

The Chair: May I ask Ms. Morency to come to the table?

I understand that you are also accompanied by Ms. Nathalie Levman, who is counsel for the department, Mr. Matthew Taylor, who is acting senior counsel, and Mr. Ray MacCallum, senior counsel.

Ms. Morency, we would like to see you at the table because you are a regular. We can't conduct amendments to the Criminal Code without you being at the table.

Matthew Taylor, Acting Senior Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice Canada: Good morning. If it's any sentiment, we like having her at the table with us as well.

So I can catch my place, if I understand the question correctly, it related to the response provided by the Minister of Justice and the difference between the English version and the French version where the English used "actively expressed by words or affirmatively expressed by conduct." Is that correct?

[*Translation*]

Senator Dupuis: That isn't my question.

Go to the last paragraph on page 1 of the letter from the Minister of Justice. According to the minister, the Supreme Court stated the following:

> . . . the defence is unavailable to the accused if there is no evidence that the complainant's voluntary agreement to the sexual activity "was affirmatively expressed by words or actively expressed by conduct."

So, I understand that this is the appropriate terminology. The Minister of Justice confirmed that the wording was chosen and is equivalent to the English version: "affirmatively expressed by words" and "actively expressed by conduct." Now that we have this confirmation, shouldn't the proposed amendment that we are considering be corrected? It would involve removing the word "*actif*" at the end from paragraph (a), which meant to replace the text with a new subparagraph (b) in point (iii), so that the expression of the bill in French, which corresponds to the English expression, is repeated exactly.

[*English*]

Mr. Taylor: Yes, senator, I think that's a very good suggestion to ensure consistency in the two different provisions.

[*Traduction*]

Le président : Pourrais-je demander à madame Morency de venir prendre place à la table?

Je crois comprendre que vous êtes en compagnie de Mme Nathalie Levman, avocate au ministère, de M. Matthew Taylor, avocat-conseil par intérim, et de M. Ray MacCallum, avocat-conseil.

Madame Morency, nous aimerions vous avoir à la table parce que vous êtes une habituée. Nous ne pouvons pas examiner des modifications au Code criminel sans vous.

Matthew Taylor, avocat-conseil par intérim, Section de la politique en matière de droit pénal, ministère de la Justice Canada : Bonjour, pour tout vous dire, nous aimons bien qu'elle soit à la table avec nous également.

Je peux donc prendre place, et si j'ai bien compris la question, elle concerne la réponse fournie par la ministre de la Justice et la différence entre la version anglaise et la version française. Dans la version anglaise, on utilise les mots : « actively expressed by words or affirmatively expressed by conduct. » Est-ce exact?

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : Ce n'est pas là ma question.

Allez à la page 1 de la lettre de la ministre de la Justice, au dernier paragraphe. Selon la ministre, la Cour suprême a précisé ceci :

> [...] ce moyen de défense ne peut être soulevé avec succès s'il n'y a aucune preuve que l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle « a été manifesté de façon explicite par ses paroles ou son comportement. »

Donc, je comprends que c'est la terminologie appropriée. La ministre de la Justice confirme que c'est la formulation qui est retenue et qui équivaut à celle de la version anglaise qui a été choisie : « *affirmatively expressed by words* » et « *actively expressed by conduct* ». Maintenant qu'on a cette confirmation, n'y aurait-il pas lieu de corriger le projet d'amendement que nous examinons? Il s'agirait, à l'article a), qui vise à substituer du texte par un nouveau sous-paragraphe b) dans son point (iii), d'enlever le terme « actif » à la fin de telle sorte qu'on reprenne exactement l'expression du projet de loi en français qui correspond à l'expression anglaise.

[*Traduction*]

M. Taylor : Oui, sénatrice. C'est une excellente suggestion pour assurer la cohérence entre les deux différentes dispositions.

The Chair: Taking into account the answer being given, Senator Pate, I'm returning to you because you are the sponsor of the amendment. You have to stake a stand if you accept the answer that has been given to Senator Dupuis.

Senator Pate: Yes, I accept that.

The Chair: Would you read it for the record? Because that is important for anyone who will have to consult it. Those issues, as you know, are issues of judicial knowledge. I think it is important that you read it the way you suggest the amendment be made.

[*Translation*]

Senator Pate: Thank you very much, Mr. Chair. The very kind Senator Pratte is helping me.

Senator Pratte: This is point (iii). If I understand correctly what Senator Dupuis would like, the French would read as follows:

> (iii) *il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou son comportement;*

Is that it?

Senator Dupuis: Exactly.

Senator Pratte: So we are crossing out the word "*actif*."

[*English*]

The Chair: Are there any questions in relation to the amendment as proposed by Senator Pate and amended on the floor of the committee?

Senator Batters: Yes. There are a couple of officials at the table. I'm not sure if all the officials who need to be here for this particular question are here, but if not, others can join. I see other familiar faces in the back row as well.

With respect to the question that Senator Boisvenu was asking Senator Pate earlier about whether this particular amendment would provide proper clarification in those types of cases, I'm interested to hear the opinion of the Department of Justice on that matter.

Carole Morency, Director General and Senior General Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice Canada: Mr. Chair, with your permission, I would ask my colleague Ms. Levman to respond.

The Chair: Of course.

Le président : Compte tenu de la réponse, je reviens à vous, sénatrice Pate, parce que vous êtes la marraine de l'amendement. Vous devez nous dire si vous êtes d'accord avec la réponse qui a été donnée à la sénatrice.

La sénatrice Pate : Oui, je suis d'accord.

Le président : Pourriez-vous en faire la lecture pour le compte rendu? C'est important pour ceux qui devront le consulter. Comme vous le savez, ce sont des questions de connaissance judiciaire. Il est donc important que vous lisiez l'amendement dans la forme que vous proposez.

[*Français*]

La sénatrice Pate : Merci beaucoup, monsieur le président. Le très gentil sénateur Pratte m'assiste.

Le sénateur Pratte : C'est le point (iii). Si l'on comprend bien le vœu exprimé par la sénatrice Dupuis, il se lirait comme suit :

> (iii) il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou son comportement;

Est-ce bien cela?

La sénatrice Dupuis : Exactement.

Le sénateur Pratte : Alors, on biffe le mot « actif ».

[*Traduction*]

Le président : Y a-t-il d'autres questions sur l'amendement proposé par la sénatrice Pate et modifié par le comité?

La sénatrice Batters : Oui. Il y a quelques représentants du ministère à la table. Je ne suis pas certaine si ceux qui sont ici peuvent répondre à ma question, mais si ce n'est pas le cas, les autres pourront venir prendre place. J'aperçois d'autres visages familiers à l'arrière de la salle.

Au sujet de la question que le sénateur Boisvenu a posé à la sénatrice Pate un peu plus tôt, à savoir si l'amendement apporterait la clarification souhaitée dans ce genre de situations, j'aimerais avoir l'avis du ministère de la Justice sur la question.

Carole Morency, directrice générale et avocate générale principale, Section de la politique en matière de droit pénal, ministère de la Justice Canada : Monsieur le président, avec votre permission, je vais demander à ma collègue, Mme Levman de répondre.

Le président : Bien sûr.

Nathalie Levman, Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice Canada: Thank you for welcoming me and for the question.

The case law on incapacity is quite complex and Senator Pate is right to point out that there are difficulties associated with it. Certainly changing this from an exhaustive legal test to a more open-ended, factors-based test improves it.

My concern is that we're focusing here on three specific factors only and not the totality of the circumstances.

Another issue that I have is that this all looks at the factors from the perspective of the complainant, whether or not the complainant is capable of understanding certain things. It doesn't ask the court to objectively assess the totality of the circumstances, which I think could have helped in a case like *Al-Rawi* which, by the way, was overturned on appeal at the Nova Scotia Court of Appeal.

Senator Batters: So are those the reasons, then, that the Department of Justice did not incorporate that sort of definition into that particular part and kept it very general?

Ms. Levman: It's interesting you raise that. Actually, the purpose of these amendments were to try to get at some of the principles articulated in the 2011 *J. A.* case. You'll know that an unconscious person can't consent. Advance consent to sexual activity that takes place while a person is unconscious is invalid in law. The *Al-Rawi* case notes that the unconsciousness principle is articulated as an axiom in the *J. A.* case.

Then at the house, another amendment was added — an important one — requiring that consent be present or contemporaneous with the sexual activity at issue. So *J. A.* stands for a bunch of different legal principles, and the bill attempts to clarify those principles to ensure that the law can be applied in a reasonable way.

The point of leaving (b) completely open, meaning the language saying a person is incapable for any reason other than unconsciousness, (a.1), is to acknowledge the complexity of the cases that deal with incapacity, and also to ensure that in no way would clarifying the unconsciousness rule impinge or take away from any of the circumstances in which a complainant might be found incapable of consenting for reasons other than unconsciousness.

Senator Batters: Thank you, Ms. Levman; helpful as always.

I have one question for Senator Pate. I'm wondering if you've had any consultation with the Minister of Justice or people from her office, and whether you've had any indication whether the

Nathalie Levman, avocate, Section de la politique en matière de droit pénal, ministère de la Justice Canada : Merci de m'accueillir et de poser la question.

La jurisprudence sur la question de l'incapacité est très complexe et la sénatrice Pate a raison de souligner les difficultés qui y sont associées. Il ne fait aucun doute que de passer d'un critère juridique très large, à un critère plus ouvert et basé sur des facteurs constitue une amélioration.

J'ai des réserves toutefois parce qu'on met l'accent sur trois facteurs précis uniquement, et non pas sur la totalité des circonstances.

J'ai aussi des réserves parce qu'on regarde les facteurs du point de vue du plaignant, qu'il soit ou non en mesure de comprendre certaines choses. On ne demande pas au tribunal d'évaluer objectivement l'ensemble des circonstances, ce qui aurait pu aider dans une affaire comme *Al-Rawi*, dont la décision a été infirmée, soit dit en passant, par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse.

La sénatrice Batters : Est-ce pour ces raisons que le ministère de la Justice n'a pas inclut une définition de ce genre dans cette partie et qu'il a gardé cela très général?

Mme Levman : Vous soulevez un point intéressant. En fait, les modifications visaient certains principes énoncés en 2011 dans l'affaire *J. A.* . On sait qu'une personne inconsciente ne peut donner son consentement. Le consentement préalable à une activité sexuelle qui se déroule pendant que la personne est inconsciente n'est pas valide en droit. Dans l'affaire *Al-Rawi*, on souligne que le principe de l'inconscience est formulé comme un axiome dans l'affaire *J. A.* .

À la Chambre, un autre amendement a été apporté — un amendement important — qui exige que le consentement soit donné au moment de l'activité sexuelle en cause. Dans l'affaire *J. A.*, on trouve une foule de principes juridiques, que le projet de loi tente de clarifier afin que la loi soit appliquée d'une façon raisonnable.

En laissant le point b) complètement ouvert, c'est-à-dire qu'une personne peut être incapable pour tout autre motif que l'état d'inconscience, a.1, on veut reconnaître la complexité des cas qui concernent l'incapacité et s'assurer qu'en aucune façon le fait de clarifier la règle de l'inconscience aura des effets sur les circonstances dans lesquelles un plaignant pourrait se trouver dans l'incapacité de donner son consentement pour des raisons autres que l'inconscience.

La sénatrice Batters : Merci, madame Levman; vos commentaires sont utiles, comme toujours.

J'ai une question pour la sénatrice Pate. J'aimerais savoir si vous avez consulté la ministre de la Justice ou les gens de son bureau pour savoir si la ministre est susceptible de consentir à

minister is likely to agree to this particular amendment or is already indicating that she does not agree.

Senator Pate: Thank you very much for the question, Senator Batters.

The indication is that the government is satisfied with what they've put forth. We've had some subsequent discussions. I think there's some understanding that what is proposed does not cover all of the issues. Some of what is being proposed as a response by the Department of Justice is that putting in more specificity may subject complainants to more cross-examination. In fact, there is no evidence of that. Anytime intoxication is raised, all of the evidence shows that it increases the level of cross-examination anyway.

As Professor Elaine Craig said when she was before us, the courts are all over the place on these issues right now. Her opinion was that even the Supreme Court of Canada hasn't defined this at this stage and that it would be a benefit for Parliament to clarify at this point, legislatively, what consent in this context means and part of the ways you can determine it.

As the Department of Justice and colleagues pointed out, part of the way to do that would be to further the amendment that I proposed by making it less specific and including but essentially not limiting it to those provisions, but helping to provide guidance for those courts that might otherwise apply discriminatory attitudes and ideas about sexual assault and complainants.

Senator Batters: So with respect to the Minister of Justice, though, it sounds like she's probably happier to remain with the clause as it stands right now without the amendment, correct?

Senator Pate: That would be my understanding, yes.

Senator McIntyre: I have a point of clarification. First of all, we have the current version in the code, which is broader, and now we have the amendments that set out the criteria a judge must consider.

Will these criteria restrict the power of the judge versus the current version, which is broader? Will the power of the judge be restricted with these amendments?

Ms. Levman: It's really impossible to say how a judge will interpret a particular provision in the abstract. What I can say is that there's a power in legislating something. What I mean is that it directs judges' attention to what is in the legislation. So there may be a risk that these three factors are the ones that are focused on and not some of the other ones that would be helpful in the more difficult cases.

cet amendement ou si elle a déjà indiqué qu'elle ne l'approuvait pas.

La sénatrice Pate : Je vous remercie beaucoup de poser la question, sénatrice Batters.

Tout indique que le gouvernement est satisfait de ce qu'il a présenté. Nous avons eu des discussions par la suite. Je pense qu'on est conscient que ce qui est proposé ne règle pas tous les problèmes. Le ministère de la Justice pense notamment qu'en étant plus précis, cela pourrait assujettir les plaignants à plus de contre-interrogatoires. En fait, il n'existe pas de preuves de cela. Chaque fois que la question de l'intoxication est soulevée, les preuves indiquent toujours que les contre-interrogatoires augmentent.

Comme la professeure Elaine Craig l'a mentionné lors de sa comparution devant nous, les tribunaux ne savent plus où donner de la tête à l'heure actuelle sur ces questions. Selon elle, comme la Cour suprême du Canada n'a pas défini cela encore, ce serait une bonne chose que le Parlement clarifie, dans une loi, ce que la notion de consentement signifie dans ce contexte et les façons de le déterminer.

Comme le ministère de la Justice et les collègues l'ont fait valoir, on pourrait le faire notamment en rendant l'amendement que j'ai proposé moins précis, moins inclusif, sans le limiter essentiellement à ces dispositions, pour aider les tribunaux qui pourraient autrement adopter une attitude ou des idées discriminatoires à l'égard des agressions sexuelles et des plaignants.

La sénatrice Batters : Donc, pour ce qui est de la ministre de la Justice, il semble qu'elle préférerait laisser la disposition en l'état, sans l'amendement, n'est-ce pas?

La sénatrice Pate : C'est ce que je crois, oui.

Le sénateur McIntyre : J'aimerais préciser un point. Tout d'abord, nous avons la version actuelle dans le code, qui est très large, et nous avons maintenant des amendements qui établissent les critères qu'un juge doit prendre en considération.

Ces critères restreignent-ils le pouvoir d'un juge par rapport à la version actuelle, qui est très large? Ces amendements auront-ils pour effet de restreindre le pouvoir du juge?

Mme Levman : C'est vraiment impossible de dire comment un juge interprétera une disposition particulière dans l'abstrait. Ce que je peux dire, c'est qu'un juge a le pouvoir d'interpréter la loi et que la disposition porte l'attention des juges sur ce qui se trouve dans la loi. Il est donc possible que ces trois facteurs soient ceux auxquels on s'arrête et pas certains autres qui seraient utiles dans les affaires plus difficiles.

Ms. Morency: I would add that as the amendment before the committee is worded, it is inclusive, so it does direct a court to consider a range of factors.

I think the comment that my colleague was making is that in practice, when you specify two or three factors, sometimes that's what courts end up focusing on rather than the *chapeau*, which invites the court to look at it more fully. I think that's the point we're trying to raise.

Senator Pate: I want to return to the expert testimony we received that it would be helpful to provide a legal standard that points the court in a certain direction, and that's the attempt of the amendment.

Senator Pratte: Senator Pate has moved a change to an amendment, and I would like to clarify whether, in your view, this alleviates part of the concern. The original amendment said "the complainant is incapable of consenting to the activity in question, in particular because" of the three factors.

Now Senator Pate proposes that instead of "in particular because," we write "including because" they are one, two, three. There is a slight difference there. Would that, in part, alleviate the concerns you expressed?

Ms. Levman: Yes. I think there's a big difference between an exhaustive legal test versus a non-exhaustive list of factors. I mentioned before that that definitely improves the approach. But I'm still concerned about singling out three factors that are all from the perspective of the complainant and not looking more objectively at the overarching circumstances in which the sexual activity took place.

Then, of course, there's the concern, as Carole clarified a few moments ago, that I was attempting to make, which is that legislation has a force. Sometimes it directs judges' attention to what is actually in the code to the exclusion of other potentially relevant factors that could assist vulnerable complainants. We know that in this context we're dealing with a gendered activity and vulnerable victims.

Senator Pate: Ms. Levman, I'm interested in what other factors you think should be here, because by making it more inclusive but also providing the court with direction so they have some idea of what they should be looking at, which cases that have come forward that have been problematic would not be addressed by the proposed amendment?

Ms. Levman: I'm not saying that a judge couldn't interpret them appropriately in a given case. My concern is this particular approach asks the judge to look at whether or not the complainant is capable of understanding certain things. It doesn't

Mme Morency : J'ajouterais que, compte tenu de la façon dont l'amendement soumis à l'examen du comité est formulé, il est inclusif, si bien qu'il ordonne à un tribunal de tenir compte d'une gamme de facteurs.

Je pense que le commentaire que ma collègue a formulé est que, en pratique, lorsque vous précisez deux ou trois facteurs, il arrive que ce soient ceux auxquels les tribunaux s'attardent plutôt qu'au chapeau, qui invite le tribunal à l'étudier plus en profondeur. Je pense que c'est l'argument que nous essayons de faire valoir.

La sénatrice Pate : Je veux revenir au témoignage d'experts que nous avons entendu selon lequel il serait utile de fournir une norme juridique qui oriente le tribunal dans une certaine direction. Voilà ce que l'amendement tente de faire.

Le sénateur Pratte : La sénatrice Pate a proposé qu'on modifie un amendement, et j'aimerais clarifier si, à votre avis, cela atténue une partie de la préoccupation. L'amendement original disait « il est incapable de le former, pour l'activité en question, notamment pour l'un des motifs suivants : », soit les trois facteurs.

Maintenant, la sénatrice Pate propose que, au lieu de « notamment pour », on écrive « y compris pour » les motifs un, deux, trois. Il y a là une légère distinction. Cela atténuerait-il, en partie, les préoccupations que vous avez soulevées?

Mme Levman : Oui, je pense qu'il existe une distinction importante entre un critère juridique exhaustif et une liste non exhaustive de facteurs. J'ai déjà mentionné qu'elle améliore clairement l'approche. Cependant, je m'inquiète encore qu'on isole trois facteurs qui sont tous du point de vue du plaignant et qu'on n'examine pas plus objectivement les circonstances globales dans lesquelles l'activité sexuelle s'est produite.

Bien entendu, il reste la préoccupation que j'essayais de soulever et que Carole vient de clarifier, celle selon laquelle la mesure législative a force de loi. Elle attire parfois l'attention des juges vers ce qui se trouve réellement dans le code et exclut d'autres facteurs potentiellement pertinents qui pourraient être utiles aux plaignants vulnérables. Nous savons que dans ce contexte, nous avons affaire à une activité sexospécifique et à des victimes vulnérables.

La sénatrice Pate : Madame Levman, je suis intéressée de connaître les autres facteurs qui, selon vous, devraient figurer ici, car en faisant en sorte que la disposition soit plus inclusive tout en orientant les juges pour qu'ils aient une idée des points dont ils devraient tenir compte, quels sont les cas problématiques que l'amendement proposé ne permettrait pas de régler?

Mme Levman : Je ne dis pas qu'un juge serait incapable de les interpréter de façon appropriée dans une affaire donnée. Ce qui me préoccupe, c'est que cette approche en particulier demande au juge d'examiner si le plaignant est capable de

ask the judge to look at the overall nature and circumstances of a case, the relationship, et cetera, not from the complainant's perspective.

Senator Pate: Doesn't sub (i) do that?

Ms. Levman: It asks the judge to consider whether the complainant is unable to understand the nature or circumstances, risks, consequences, et cetera; so the focus is on the complainant.

Senator Pate: And the complainant's understanding.

Ms. Levman: Right. We're always dealing with circumstantial evidence in criminal court, so it's not unusual, but it's very difficult to get inside the mind of a particular person when they're in a very vulnerable moment and they may be intoxicated or somehow compromised.

Senator Pate: Would you be objecting to this legislation if it proceeded with the amendment as proposed?

Ms. Levman: I'm not sure it's my place to —

[*Translation*]

Senator Boisvenu: I have a question for our experts at the Department of Justice. The position of the Indigenous Bar Association in its brief is that that the word "unconscious" would cause more harm to victims. Do you agree with that?

[*English*]

Ms. Levman: You said that they talked about the word "consciousness" and that there were prejudices associated with it?

[*Translation*]

Senator Boisvenu: Because the word "unconscious" is in the legislation. What the Indigenous Bar Association says in its brief is that this word is more harmful to victims.

[*English*]

Senator McIntyre: If I may, with Senator Boisvenu's permission, read what the brief is saying. Here's what they're saying:

> The addition of the "unconscious" wording in the *Criminal Code*, as suggested to be in response to *R. v. J. A.*, will do little to address — and arguably more to prejudice — the victims of sexual assault who are intoxicated, but not to the point of unconsciousness.

comprendre certaines choses. Elle ne demande pas au juge d'examiner la nature et les circonstances globales d'une affaire, la relation, et cetera, dans une perspective qui ne soit pas celle du plaignant.

La sénatrice Pate : Est-ce que l'alinéa (i) le fait?

Mme Levman : Il demande au juge de déterminer si le plaignant n'a pas la capacité de comprendre la nature ou les circonstances, les risques, les conséquences, et cetera; l'accent est donc mis sur le plaignant.

La sénatrice Pate : Et sur sa compréhension.

Mme Levman : D'accord. Dans une cour pénale, on traite toujours des preuves circonstancielles, alors ce n'est pas inhabituel, mais c'est très difficile de lire dans les pensées d'une personne en particulier lorsqu'elle est très vulnérable, qu'elle est peut-être en état d'ébriété ou qu'elle se trouve, en quelque sorte, en péril.

La sénatrice Pate : Vous opposeriez-vous à cette mesure législative si on y apportait l'amendement proposé?

Mme Levman : Je ne sais pas si c'est à moi de...

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : J'aurais une question qui s'adresse à nos experts du ministère de la Justice. Dans son mémoire, l'Association du Barreau autochtone prend position en affirmant que le mot « inconscient » causerait davantage de préjudices aux victimes. Êtes-vous d'accord avec cette prise de position?

[*Traduction*]

Mme Levman : Vous avez dit qu'on mentionnait le mot « conscience » et que des préjugés y étaient associés?

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Parce que, dans le texte de loi, il y a le mot « inconscient ». Ce que dit l'Association du Barreau autochtone, dans son mémoire, c'est que ce mot porte davantage préjudice aux victimes.

[*Traduction*]

Le sénateur McIntyre : Si vous me le permettez, avec la permission du sénateur Boisvenu, j'aimerais lire ce que dit le document d'information. Il y est écrit ce qui suit :

> L'ajout du terme « inconscient » dans le *Code criminel*, supposément en réponse à l'arrêt *R. c. J. A.*, fera peu pour aider les victimes d'une agression sexuelle qui étaient en état d'ébriété, mais qui n'étaient pas inconscientes; on pourrait même soutenir que cet ajout leur portera préjudice.

Ms. Levman: The (a.1), the unconsciousness amendment, doesn't alter the law in any way. It's merely a codification of a principle that was articulated in many different cases but also in the *J. A.* case.

The legislation, as drafted, is clear that conscious complainants may not be capable in law of consenting, and that falls under the amended sub (b) in Bill C-51, which clarifies that there may be many other reasons why a complainant is not capable in law of consenting other than unconsciousness. So we feel the legislation is very clear, and it's an articulation of a well-accepted principle of law.

[*Translation*]

Senator Dupuis: As I understand it, the position of the Department of Justice is that Bill C-51 codifies the state of the law, taking into account current case law. It does not necessarily go any further, but I do not think that is the purpose of the bill.

If paragraph (b), which follows paragraph (a.1) dealing with unconsciousness, were retained in circumstances where "the complainant is incapable of consenting to the activity for any reason other than the one referred to in paragraph a.1)," in particular by (i), (ii) and (iii) of the amendment — In other words, we would keep the general perspective.

Your concern, and I understand it, is not to restrict the interpretation that could be given by introducing the possibility of being incapable of consenting. In that sense, if we keep the wording of paragraph (b), that is, someone who is incapable of consenting for any reason other than that referred to in paragraph (a.1), meaning anything other than unconsciousness, in particular for one of the following reasons, (i), (ii) and (iii), which are the three subparagraphs of the proposed amendment, does this not address your legitimate concern not to unduly restrict the scope of Bill C-51?

[*English*]

Ms. Levman: Thank you for the question. I note that the interpreter translated "*notamment*" in particular, but it's really "including." I just wanted to clarify for those using the translation that you're still proposing a non-exhaustive approach is what I'm understanding from your comments. Like I said, a non-exhaustive approach definitely poses fewer concerns than an exhaustive one.

My concern about singling out three factors, from the perspective of the complainant, still remain, even in your formulation.

Mme Levman : L'amendement à l'alinéa a.1), celui qui porte sur l'inconscience, ne modifie en rien la loi. C'est simplement la codification d'un principe qui a été formulé dans bien des affaires, mais aussi dans l'affaire *J. A.*

Dans sa forme actuelle, la mesure législative montre clairement que les plaignants qui sont conscients peuvent ne pas être en mesure de donner leur consentement au sens de la loi, ce qui tombe sous le coup de l'alinéa b) modifié dans le projet de loi C-51, qui précise qu'il peut y avoir bien d'autres motifs que l'inconscience dans la loi qui font en sorte qu'un plaignant puisse être incapable de former son consentement. Nous estimons donc que la mesure législative est très claire et qu'elle formule un principe de droit généralement admis.

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : Si j'ai bien compris, la position du ministère de la Justice est que le projet de loi C-51 permet de codifier l'état du droit, compte tenu de la jurisprudence actuelle. Il ne va pas nécessairement plus loin, mais je crois que ce n'est pas l'objet du projet de loi.

Si on gardait l'alinéa b), qui suit l'alinéa a.1) qui traite de l'inconscience, dans les circonstances où « il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1) », notamment par (i), (ii) et (iii) de l'amendement... Autrement dit, on conserverait la perspective générale.

Votre préoccupation, et je la comprends, est de ne pas restreindre l'interprétation que l'on pourrait donner en introduisant la possibilité d'être incapable de former le consentement. En ce sens, si on garde la formulation de l'alinéa b), soit quelqu'un qui est incapable de former le consentement pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1), donc toute autre chose que l'inconscience, notamment pour l'un des motifs suivants, (i), (ii) et (iii), qui sont les trois sous-alinéas de l'amendement proposé, est-ce que cela ne répond pas à votre préoccupation légitime de ne pas indûment restreindre la portée du projet de loi C-51?

[*Traduction*]

Mme Levman : Merci pour la question. Je remarque que l'interprète a utilisé « notamment » dans sa traduction, mais que c'est vraiment « y compris » qu'il aurait fallu utiliser. Je voulais simplement clarifier pour ceux qui ont recours à l'interprétation que je crois comprendre, en fonction de vos commentaires, que vous proposez toujours une approche non exhaustive. Comme je l'ai dit, pareille approche soulève clairement moins de préoccupations qu'une approche exhaustive.

Même avec votre formulation, je continue de trouver préoccupant qu'on vise trois facteurs du point de vue du plaignant.

[*Translation*]

Senator Dupuis: I find your remarks and your concerns very interesting. Senator Pate's amendment follows expert testimony that told us there is a real problem. Apparently, judges in Canada have difficulty interpreting the position of victims, which means that we end up with all kinds of judgments that can pose significant legal problems.

I hope we won't need a letter from the Minister of Justice so that our translators translate the words "including" as "*notamment*" or "*notamment*" as "including." However, wasn't this list inserted only to help judges who would have difficulty dealing with the particular context of sexual violence cases and the positions defended in the testimony they must hear from victims of sexual assault?

[*English*]

Ms. Levman: My understanding of the intent behind the proposal is the same as yours. I agree with you that sexual assault jurisprudence is very complex, and particularly complex on the issue of incapacity.

We looked at the case law over the summer and concluded that, as the experts have said, there are inconsistencies. But what we took away from it was that there are a variety of different factors that courts consider when determining whether or not a particular complainant is incapable of consenting in law.

My concern in singling out only some of those factors is that we could end up with unintended consequences. So, yes, I agree the intent is to help courts interpret the law appropriately, but as we know with recent case law, even cases that have been overturned, it can be very difficult for courts to interpret these complex provisions. Not just the definition of consent provision, section 273.1, that we're talking about, but the other provisions as well — mistaken belief in consent, et cetera. We need to tread carefully, I believe, when we legislate because we want to avoid consequences that we don't intend, especially in an area where we're dealing with such vulnerability.

Senator Pate: Picking up on that theme, one of the reasons for suggesting these amendments was that it was clearly stated by not just the experts in sexual assault law and criminal law — Isabel Grant, Elizabeth Sheehy and Elaine Craig — but also the Women's Legal Education and Action Fund and rape relief crisis

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : Je trouve votre intervention et vos préoccupations très intéressantes. L'amendement de la sénatrice Pate fait suite à des témoignages d'experts qui nous ont dit qu'il y a véritablement un problème. Apparemment, au Canada, les juges ont de la difficulté à interpréter la position des victimes, ce qui fait en sorte qu'on se retrouve avec toutes sortes de jugements qui peuvent poser des problèmes importants sur le plan du droit.

J'espère qu'on n'aura pas besoin d'une lettre de la ministre de la Justice pour que nos traducteurs traduisent les mots « *including* » par « notamment » ou « notamment » par « *including* ». Cependant, est-ce que cette nomenclature n'a-t-elle pas été insérée uniquement pour aider les juges qui auraient de la difficulté à s'ajuster au contexte particulier des causes de violence sexuelle et des positions défendues dans le cadre des témoignages qu'ils doivent entendre de la part des victimes d'agressions sexuelles?

[*Traduction*]

Mme Levman : L'interprétation que je fais de l'intention qui sous-tend la proposition est la même que la vôtre. Je suis d'accord avec vous pour dire que la jurisprudence en matière d'agression sexuelle est très complexe, surtout en ce qui touche la question de l'incapacité.

Nous avons examiné la jurisprudence au cours de l'été et conclut, comme les experts, qu'elle contient des lacunes. Cependant, nous en avons retiré que les tribunaux tiennent compte de divers facteurs lorsqu'ils déterminent si un plaignant en particulier est capable ou non de former un consentement au sens de la loi.

Ce qui me préoccupe avec l'idée de ne faire ressortir qu'un certain nombre de ces facteurs est que nous pourrions finir par avoir des conséquences involontaires. Alors, oui, je suis d'accord pour dire que l'intention est d'aider les tribunaux à interpréter la loi de façon appropriée, mais comme nous le savons avec la jurisprudence récente, même dans le cas des décisions qui ont été annulées, il peut être très difficile pour les tribunaux d'interpréter ces dispositions complexes. Pas seulement la disposition portant sur la définition du consentement, article 273.1, dont il est ici question, mais aussi les autres dispositions — la croyance sincère, mais erronée, au consentement, et cetera. Nous devons faire preuve de prudence, je crois, lorsque nous adoptons des lois pour éviter des conséquences non intentionnelles, surtout dans un domaine où les plaignants sont aussi vulnérables.

La sénatrice Pate : Pour enchaîner sur ce thème, une des raisons pour suggérer ces amendements était que non seulement les spécialistes de la loi sur les agressions sexuelles et du droit pénal — Isabel Grant, Elizabeth Sheehy et Elaine Craig — l'ont clairement affirmé, mais les représentants du Fonds d'action et

centre workers. As was mentioned earlier by the Indigenous women as well, one of the issues is a concern that by focusing only on unconsciousness, you point judges in the direction of the biases that already exist.

I'm wondering if you could explain why including unconsciousness was the only direction provided to judges, when it seems clear in all the case law that judges get that and understand that someone unconscious cannot consent, instead of providing more direction to judges who are clearly in some cases — not all — floundering around that issue.

Ms. Morency: Generally, on the issue of codification of a decision by a court, there's often debate: Should you codify or should you not? There's always the risk of over-inclusive, under-inclusive, and do we understand it to be exactly the same thing.

With Bill C-51's proposal, I think the committee understands that the minister had explained the intention here was to codify *J. A.* I think it's also fair to note that not everyone agreed that codification of *J. A.* was needed, and we're perhaps more comfortable relying on the Supreme Court decision itself in setting out the parameters.

In fact, Bill C-51 is a little bit about all of that, which is to bring greater clarity and transparency so the law as written in black and white in the code is clear and easier for everyone to understand and, of course, to give directions to the courts.

While *J. A.* says unconscious victims cannot consent, putting it into the Criminal Code, as Bill C-51 before you proposes, makes it clear in black and white in the Criminal Code, and that was the objective. It was not to detract from the ability of courts in these cases to consider any other factors.

But I understand the concerns some have stated, that by putting in "unconscious" specifically, maybe you're detracting from a court considering someone who's almost unconscious. You don't just all of a sudden become incapable when you pass out, but your capacity to consent is very much affected all the way up. That's why the bill before you left that category open, to clearly leave room for any circumstance leading up to that point, as well as any other circumstance that may affect incapacity, not just as a result of intoxication.

d'éducation juridiques pour les femmes et des centres d'aide aux victimes de viol en ont fait autant. Comme l'ont aussi mentionné les femmes autochtones plus tôt, on se préoccupe aussi du fait qu'en ne s'attachant qu'à l'inconscience, on oriente les juges vers les préjugés qui existent déjà.

Je me demande si vous pouviez expliquer pourquoi la question de l'inconscience était la seule sur laquelle on attirait l'attention des juges alors qu'il semble évident dans la jurisprudence qu'ils comprennent qu'une personne inconsciente ne peut pas donner son consentement. Pourquoi ne pas plutôt donner des consignes supplémentaires aux magistrats qui, dans certains cas — pas tous — ont de la difficulté à gérer cette question?

Mme Morency : En règle générale, pour ce qui concerne la codification d'une décision judiciaire, on se pose souvent la question suivante : devrait-on la codifier ou non? On risque toujours d'être trop inclusif ou de ne pas l'être suffisamment, et est-ce qu'on interprète la question exactement de la même façon?

Avec ce que propose le projet de loi C-51, je pense que le comité comprend que la ministre a expliqué que l'intention ici était de codifier l'affaire *J. A.* Je pense qu'il est aussi juste de faire remarquer qu'on ne convenait pas à l'unanimité que la codification de *J. A.* était nécessaire et qu'on est peut-être plus à l'aise de s'en remettre à la décision de la Cour suprême en tant que telle pour définir les paramètres.

En fait, le projet de loi C-51 porte un peu sur tout cela; il vise à clarifier et à accroître la transparence pour que la mesure législative écrite noir sur blanc dans le code soit claire et plus facile à comprendre pour tout le monde et qu'elle aiguille aussi les juges, bien sûr.

Bien que la décision *J. A.* énonce que les victimes inconscientes ne peuvent pas donner leur consentement, le fait d'ajouter cette disposition au Code criminel, tel qu'on propose de le faire dans le projet de loi C-51, clarifie la chose en la décrivant noir sur blanc dans le Code criminel, ce que l'on visait dès le départ. Le but n'était pas d'empêcher les tribunaux de tenir compte d'autres facteurs dans des affaires comme celles-là.

Cependant, je comprends les préoccupations que certaines personnes ont énoncées, qui font valoir que le fait d'ajouter précisément le terme « inconscient » pourrait faire en sorte qu'un juge ne considère pas le cas d'une personne qui est presque inconsciente. Vous ne perdez pas soudainement tous vos moyens quand vous perdez connaissance; votre capacité de donner votre consentement s'amenuise avant que vous en arriviez là. Voilà pourquoi le projet de loi à l'étude a laissé cette catégorie ouverte : pour clairement tenir compte de toute circonstance menant jusqu'à ce point ainsi que toute autre circonstance susceptible de jouer sur l'incapacité, pas seulement à cause d'un état d'ébriété.

I do that to bring to the committee's attention the benefits, the risks, the likes and the dislikes of codification. That's really what Bill C-51 was trying to address.

To your more specific point, maybe my colleague could answer.

Ms. Levman: In addition to what Ms. Morency said, I would note that we haven't had a statement from the Supreme Court interpreting incapacity to consent issues, so arguably the law isn't settled and can't really be codified with any kind of uncertainty. That's part of my concern about codifying something without proper direction from the courts. We have the Nova Scotia Court of Appeal's decision in *Al-Rawi*, and it says that certain factors are the legal test and others aren't, but other cases say differently.

As much as I totally agree with the experts who came before you and talked about the problems associated with the case law, the fix isn't necessarily an easy one and certainly wouldn't fit into the category of codification of established law.

The Chair: Senator Pate, I will risk an opinion after that.

Senator Pate: Essentially, the decision about what law should be is both within the legislative arm and judicial, obviously. In this context, clearly we, and you by extension, were being asked to deal with the fact that there is a judicial tendency to equate consciousness with consent and the need to have more specificity, and that's what this was attempting to do.

I appreciate your answer, though. That assists the amendment we've made, and I welcome any other comments.

Senator Pratte: Your point about the three factors that the amendment seeks to add to the law is that even if the wording leaves it open-ended by using words like "including because," for instance, simply because the three factors are there, some judges may tend to focus on them because they're there in the law, codified.

But isn't it true that the same could happen with the present bill, which focuses on unconsciousness? That is, even if sub (b) is totally open-ended, some judges may tend to focus on unconsciousness. That's exactly the problem we're seeking to alleviate by removing this concept of unconsciousness and the

Je le fais pour porter à l'attention du comité les avantages, les risques ainsi que les points forts et les points faibles de la codification. C'est vraiment les questions que le projet de loi C-51 tentait d'aborder.

Peut-être que ma collègue sera en mesure de répondre à votre question précise.

Mme Levman : En plus de ce que Mme Morency a dit, je ferais remarquer que la Cour suprême n'a pas fait de déclaration dans laquelle elle interprétait les questions d'incapacité à former un consentement, si bien qu'on peut faire valoir que la loi n'est pas établie et qu'elle ne peut pas vraiment être codifiée lorsqu'il reste une quelconque incertitude. C'est en partie ce qui me préoccupe pour ce qui concerne la codification de quelque chose sans consignes claires des tribunaux. Nous avons la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Al-Rawi*, qui dit que certains facteurs constituent le critère juridique et d'autres non, mais certaines affaires disent autre chose.

Bien que je sois entièrement d'accord avec les experts qui ont témoigné devant vous et qui ont parlé des problèmes associés à la jurisprudence, la solution n'est pas nécessairement simple et n'entrerait certainement pas dans la catégorie de la codification de la loi existante.

Le président : Sénatrice Pate, je vais me risquer à formuler une opinion après cela.

La sénatrice Pate : En gros, la décision concernant ce que la loi devrait être concerne à la fois les organes législatif et judiciaire, évidemment. Dans ce contexte, il est clair qu'on nous demandait — ainsi qu'à vous, forcément — de composer avec la tendance des juges à faire l'amalgame de la conscience et du consentement, et le besoin d'être plus précis, et c'est ce que ce projet de loi tentait de faire.

Je vous sais gré de votre réponse, cela dit. Elle appuie l'amendement que nous avons apporté, et je suis ouverte à tout autre commentaire.

Le sénateur Pratte : L'argument que vous avez soulevé concernant les trois facteurs que l'amendement cherche à ajouter à la mesure législative est que même si la formulation laisse les choses ouvertes en utilisant des termes comme « y compris pour l'un des motifs suivants », par exemple, simplement parce que les trois facteurs sont là, certains juges pourraient avoir tendance à se concentrer sur eux parce qu'ils sont inscrits dans la loi, codifiés.

Cependant, n'est-il pas vrai que la même chose pourrait se produire avec le présent projet de loi, qui s'attache à l'inconscience? C'est-à-dire, même si l'alinéa b) est complètement ouvert, certains juges pourraient avoir tendance à s'attacher à l'inconscience. C'est précisément le problème que

possible link between unconsciousness and incapacity. That's what we're trying to remove.

Ms. Levman: Yes, I appreciate that point, but I do feel that interpreting unconsciousness as the bright-line rule for incapacity would render sub (b) meaningless. There would be no point to it at all, so judges have to assume that sub (b) means something. What sub (b) means clearly, as stated in Bill C-51, is that it covers incapacity cases that result from any circumstance other than unconsciousness, so it's very broad and very open-ended. We were very careful to draft it that way in separate subparagraphs to be clear to the court that unconsciousness is one way of finding incapacity. It's clear and there's no dispute.

Then on the other side where you don't have unconsciousness, there may be a wide variety of reasons why someone is incapable in law of consenting, not just as a result of intoxication, I might add, but for other reasons as well.

[*Translation*]

Senator Dalphond: I will refer to my past experiences because I have been interpreting legislation for 20 years. Here is my first reaction. I find that the wording proposed by the Department of Justice is very broad and gives the judge the discretion to involve in the particular circumstances of each case the main issue, which is the one that the court and the courts always recognize, namely the issue of consent. However, it is not presumed consent, but express consent that is always sought.

Here, we propose a codification of certain case law decisions, which has the effect of presenting a list — in particular (i), (ii) and (iii) — so that judges will be tempted, at the suggestion of lawyers, to read into the list in order to see the principle behind each of the cases mentioned to find a guiding principle that could limit the very broad interpretation that is intended by Parliament for any reason other than that referred to in paragraph (a.1). All other reasons may be sought from the same list as those mentioned in subparagraphs (i), (ii) and (iii).

My first reaction is to see it as a danger of restriction in relation to what the department is proposing.

[*English*]

I have reservations about that proposal. I think it is complicating the process and people will be looking for the guiding principle behind these three exemptions, which I'm worried about.

nous cherchons à atténuer en enlevant le concept de l'inconscience et le lien possible entre l'inconscience et l'incapacité. C'est ce que nous essayons d'enlever.

Mme Levman : Oui, je comprends cet argument, mais j'estime que le fait d'interpréter l'inconscience comme la règle de la démarcation très nette pour l'incapacité rendrait l'alinéa b) insignifiant. Celui-ci ne servirait plus à rien; par conséquent, les juges doivent supposer que l'alinéa b) signifie quelque chose. L'alinéa b), tel qu'énoncé dans le projet de loi C-51, signifie clairement qu'il englobe les cas d'incapacité résultant de circonstances autres que l'inconscience. Il s'agit donc d'une disposition de nature très vaste et très générale. Nous avons pris bien soin de la rédiger ainsi, sous forme de sous-alinéas distincts, pour que le tribunal comprenne clairement que l'inconscience est l'une des façons dont se manifeste l'incapacité. C'est clair, et il n'y a aucun doute.

D'autre part, lorsque l'inconscience n'est pas en cause, il pourrait y avoir une grande variété de raisons pour lesquelles une personne est incapable, en droit, de consentir, et ce n'est pas seulement pour cause d'intoxication, mais aussi pour d'autres raisons.

[*Français*]

Le sénateur Dalphond : Je vais faire référence à mes expériences passées, car j'ai interprété des lois pendant 20 ans. Voici ma première réaction. Je trouve que la rédaction proposée par le ministère de la Justice est très large et donne discrétion au juge d'impliquer aux circonstances particulières de chaque affaire la question principale qui est celle que la cour et les tribunaux reconnaissent tout le temps, c'est-à-dire la question du consentement. Or, ce n'est pas le consentent présumé, mais bien le consentement exprès qui est toujours recherché.

Ici, on propose une codification de certains arrêts de jurisprudence, qui a pour effet de présenter une liste — notamment (i), (ii) et (iii) —, de sorte que les juges seront tentés, à la suggestion des avocats, de lire dans la liste afin de voir le principe derrière chacune des causes mentionnées pour trouver un principe directeur qui, lui, pourrait limiter l'interprétation très large qui est voulue par le législateur pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1). On cherchera peut-être tous les autres motifs dans la même liste que ceux mentionnés aux sous-alinéas (i), (ii) et (iii).

Ma première réaction est d'y voir un danger de restriction par rapport à ce qui est proposé par le ministère.

[*Traduction*]

J'ai des réserves à l'égard de cette proposition. Je pense que cela complique le processus, et les gens chercheront le principe directeur derrière ces trois exemptions, ce qui m'inquiète.

The Chair: My preoccupation is that when we read (a.1), the complainant is unconscious. Well, unconsciousness is the highest level of not being able to consent. You are totally out, as if you lose your mind.

The other one is that you are incapable of consenting. That's a different level. And by establishing as a first principle that you are spaced out, the other level of unconsciousness, which is the other point of being unable to consent, you have to be unable to consent to the level of being spaced out.

So by leaving it to the point where there are no examples, as Senator Pate proposed, you might induct the court to seek such a high level of incapacity that in fact the court will miss the point of the protection that you want to give to the complainant.

That's why of Senator Dalphond's point is correct. The court will want to read into each of those paragraphs what is the underlying criteria sought to interpret the incapacity. But on the other hand, if we give no indication or no idea to the court of what incapacity can be, they could be tempted to establish the level of demand of unconsciousness. So we will miss the target of protection we want to afford in the second paragraph.

As I say, you're doomed if you do and you're doomed if you don't. So in that case, what should we adopt as a conduct in relation to determining the protection that we want to give to the incapacity to consent? That's what I want to put on the table in listening to your answers given by the various points raised by Senator McIntyre, Senator Pate, Senator Dalphond and Senator Dupuis.

Senator Pate: Thank you. That is helpful. I'm wondering, in light of all of that, if one other possibility would be to amend (a.1) to say that the complainant is incapable of consenting and then continue on with the rest of my proposed amendment and take out unconsciousness altogether, given it's pretty much established that unconsciousness can't be consent. Would the department be happier with that?

Ms. Morency: Again, coming back to the objective of Bill C-51 as introduced before you, it is to codify *J. A.* So to have the advantage of being clear, a person who is unconscious cannot consent. There is not a question of capacity there. That was important to keep.

The amendment that you have tabled would delete that altogether and just go with the (b). And if you put (b) in the context of what is in Criminal Code right now, which is essentially that the complainant is incapable of consenting to the activity, *J. A.* speaks to that. If you are unconscious, you can't consent and (b), as it is in C-51, proposes to say that it is

Le président : Voici ma préoccupation : à l'alinéa a.1), nous lisons que le plaignant est inconscient. Eh bien, l'inconscience est le plus haut niveau de l'incapacité de consentir. La personne n'est pas du tout là mentalement.

L'autre disposition prévoit que la personne est incapable de consentir. C'est un niveau différent. Si on établit comme premier principe l'idée que la personne est défoncée — l'autre niveau d'inconscience, c'est-à-dire l'autre façon d'être incapable de consentir —, cela signifie que la personne doit être incapable de donner son consentement à partir de ce niveau.

Donc, en laissant cette disposition dépourvue d'exemples, comme la sénatrice Pate l'a proposé, vous pourriez inciter le tribunal à chercher un niveau d'incapacité si élevé qu'il finira, en fait, par passer à côté de l'objectif escompté, soit celui d'accorder une protection au plaignant.

Voilà pourquoi le point soulevé par le sénateur Dalphond est tout à fait juste. Le tribunal voudra déterminer, à la lecture de chacune de ces dispositions, quels sont les critères sous-jacents pour interpréter l'incapacité. D'un autre côté, si nous ne donnons au tribunal aucune indication ou aucune idée de ce que peut être l'incapacité, il pourrait être tenté d'établir comme exigence le niveau d'inconscience. Nous raterons donc l'objectif de protection que nous voulons atteindre aux termes du deuxième alinéa.

Comme je le dis souvent, on s'attirera la critique, quoi qu'on fasse. Alors, dans ce cas, que devrions-nous adopter comme conduite pour déterminer la protection que nous voulons accorder à l'incapacité de consentir? C'est ce que je veux faire valoir après avoir entendu vos réponses aux divers points soulevés par les sénateurs McIntyre, Pate, Dalphond et Dupuis.

La sénatrice Pate : Je vous remercie. C'est utile. Je me demande, compte tenu de tout cela, si une autre possibilité serait de modifier l'alinéa a.1) pour dire que le plaignant est incapable de consentir, puis de continuer avec le reste de l'amendement que je propose et d'enlever complètement la notion d'inconscience, puisqu'il est assez bien établi que l'inconscience empêche le consentement. Les fonctionnaires du ministère seraient-ils plus satisfaits d'une telle proposition?

Mme Morency : Encore une fois, pour revenir à l'objectif du projet de loi C-51 tel qu'il vous a été présenté, il s'agit de codifier l'arrêt *J. A.* Donc, par souci de clarté, une personne inconsciente ne peut pas consentir. Il n'y a pas de question de capacité là-dedans. C'était important de garder cet élément.

L'amendement que vous avez déposé supprimerait tout cela et comprendrait simplement l'alinéa b). Si vous placez l'alinéa b) dans le contexte actuel du Code criminel, c'est-à-dire, essentiellement, l'idée que le plaignant est incapable de consentir à l'activité, l'arrêt *J. A.* va dans ce sens. Si une personne est inconsciente, elle ne peut pas consentir, mais l'alinéa b), tel qu'il

anything else. Your proposal, as I understand it, would eliminate the (a.1) unconsciousness reference and just leave it open. It is kind of what is there now in the Criminal Code, which is "incapable of consenting." You give more direction to focus in on some of the examples, which is more than what is there now, correct. I agree with that, but it's still a different approach from what the bill had sought to achieve.

I think we're talking about trying to achieve the same thing but maybe in different ways, and I think your concern is to try and give more direction to the court so that we avoid some of the challenges we have seen in cases to this point. Whereas the risk that has been identified, whether it plays out or not — because we are being asked if we think there is a risk — if we look at other sections of Criminal Code, we have list of conditions. We have bail, peace bonds, et cetera. Over time, those lists keep being added to because sometimes the courts don't specifically turn their minds to it. You could look at the sentencing provision in 718.2(e), referred to as the *Gladue* provision, paying particular attention to the circumstance of the Aboriginal persons. That's the primary focus, but it also applies to everyone else and it becomes the focus of that clause often.

Obviously, this is the issue before the committee, and we are trying to assist the committee because we have asked if there are risks. We think those are some risks, and maybe you think the risks are greater. That's all we are trying to comment on.

Mr. Taylor: I wanted to add that I think Senator Pate had asked the question of whether removing unconsciousness would address the concerns, and we wanted to point out that we had understood that was the effect of the amendment, in any event, looking at the draft. And we understood if this amendment passed, the reference to unconsciousness would be removed.

Senator Sinclair: Senator Pate's amendment you mean?

Mr. Taylor: Yes. So the draft that we have indicates "by replacing lines 17 to 20."

Senator Dupuis: Twenty to 22.

Mr. Taylor: Perhaps we have a different —

est formulé dans le projet de loi C-51, propose de dire que c'est pour tout autre motif. Si je comprends bien, votre proposition éliminerait le renvoi à la notion d'inconscience à l'alinéa a.1), en laissant le libellé ouvert. C'est, en quelque sorte, ce qu'on trouve maintenant dans le Code criminel, à savoir l'expression « incapable de le former ». Vous donnez plus de directives en mettant l'accent sur certains exemples, ce qui est plus détaillé que le libellé actuel, en effet. Je suis d'accord là-dessus, mais c'est quand même une approche différente de celle visée par le projet de loi.

Je crois que nous parlons d'atteindre le même objectif, mais peut-être de différentes façons, et je pense que votre préoccupation est d'essayer de donner plus de directives au tribunal afin d'éviter certains des problèmes dont nous avons été témoins jusqu'ici. Quant au risque qui a été cerné, peu importe s'il se concrétise ou non — puisqu'on nous demande si nous pensons qu'il y a un risque —, lorsque nous examinons d'autres articles du Code criminel, nous avons une liste de conditions. Il y a la mise en liberté sous caution, les engagements de ne pas troubler l'ordre public, et cetera. Avec le temps, ces listes continuent de s'allonger, car parfois, les tribunaux n'y prêtent pas tout à fait attention. Songez à la disposition sur la détermination de la peine à l'alinéa 718.2(e), que l'on appelle la disposition *Gladue* et qui permet d'accorder une attention particulière aux circonstances des Autochtones. C'est là l'objet principal, mais cette disposition s'applique aussi à tout le monde et, bien souvent, l'accent est mis sur cet aspect.

Évidemment, c'est la question dont le comité est saisi, et nous essayons d'aider le comité parce que nous nous demandons s'il y a des risques. À notre avis, ce sont là certains des risques, et vous estimez peut-être qu'il y en a plus encore. C'est tout ce que nous essayons de faire valoir.

M. Taylor : Je tenais à ajouter un point. Je crois que la sénatrice Pate a demandé si l'élimination de la notion d'inconscience permettrait de dissiper les inquiétudes, et nous voulions souligner que, d'après notre interprétation, tel serait l'effet de l'amendement, en tout cas, compte tenu de l'ébauche. D'après ce que nous avons compris, si cet amendement est adopté, la mention d'inconscience serait supprimée.

Le sénateur Sinclair : Vous parlez de l'amendement de la sénatrice Pate?

M. Taylor : Oui. Donc, dans l'ébauche dont nous sommes saisis, il est indiqué que c'est « par substitution aux lignes 20 à 22 ».

La sénatrice Dupuis : C'est plutôt aux lignes 21 à 22.

M. Taylor : Peut-être que nous avons une version différente...

[*Translation*]

It is lines 20 to 28 in French, and lines 17 to 20 in English.

[*English*]

The Chair: I don't think it was the intent to remove the unconsciousness. It's lines 18 to 20, because (b) starts at starts at line 18.

Senator Batters: The amendment says right now that it's lines 17 to 20. Is it supposed to be 18 to 20.

The Chair: Yes, 18 to 20.

The Chair: For the purpose of the discussion, by replacing lines 18 to 20 in the English version, and in French it is:

[*Translation*]

a) *par substitution, aux lignes 21 et 22, . . .*

Senator Dupuis: I think the way you put it, Ms. Morency — Needless to say, we appreciate your collaboration and interventions to help us clarify our proposal, but also to understand how to translate what we believe has been rightly argued before us.

I think that the issue of risks, whether it is the choice to codify, as the department has indicated, which poses a number of risks, while the amendment, in your opinion, poses other types of risks, is reduced, for us, to the least important risks in a situation that is currently complex and delicate.

[*English*]

Senator Pratte: I'm just trying to see if there is a way of even further alleviating your concerns and yet keep the wording that we believe corresponds to our intentions.

If we left (a.1) and (b) as they are presently in the bill — that is, (b) would read:

> (b) the complainant is incapable of consenting to the activity for any reason other than the one referred to in paragraph (a.1);

But then added to this, "including because," (i), (ii) and (iii).

[*Translation*]

Senator Dupuis: I proposed the same thing.

[*Français*]

En français, ce sont les lignes 20 à 28 et, en anglais, ce sont les lignes 17 à 20.

[*Traduction*]

Le président : Je ne pense pas que l'intention était de supprimer la mention d'inconscience. Il s'agit des lignes 21 à 22, parce que l'alinéa b) commence à la ligne 21.

La sénatrice Batters : Dans la version actuelle de l'amendement, il est question des lignes 20 à 22. C'est censé être 21 à 22.

Le président : Oui, 21 à 22.

Le président : Pour les besoins de la discussion, dans la version anglaise, ce devrait être par substitution des lignes 18 à 20 et, dans le texte français, c'est :

[*Français*]

a) par substitution, aux lignes 21 et 22, [...]

La sénatrice Dupuis : Je pense que la façon dont vous l'avez formulé, maître Morency... Inutile de préciser que nous apprécions votre collaboration et vos interventions pour nous aider à éclaircir notre proposition, mais aussi pour comprendre comment traduire ce qui a été argumenté avec raison devant nous, selon nous.

Je pense que la question des risques, que ce soit le choix de codifier, comme le ministère l'a indiqué, qui pose un certain nombre de risques, alors que l'amendement, selon vous, pose d'autres types de risque, se réduit, pour nous, aux risques les moins importants dans une situation qui est complexe et délicate actuellement.

[*Traduction*]

Le sénateur Pratte : J'essaie simplement de voir s'il y a moyen d'alléger encore davantage vos préoccupations, tout en gardant le libellé qui, selon nous, correspond à nos intentions.

Si nous laissions les alinéas a.1) et b) tels qu'ils sont actuellement formulés dans le projet de loi, l'alinéa b) se lirait comme suit :

> b) il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1);

Nous ajouterions ensuite les mots « notamment pour l'un des motifs suivants », suivis des sous-alinéas (i), (ii) et (iii).

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : J'ai proposé la même chose.

Senator Pratte: Right. I am honoured to come to the same reasoning as you.

[*English*]

Again, wouldn't that be an improvement compared to the original amendment and alleviate, in part, your concerns? Because (b) would remain intact and would direct the judge from the start that it is for any other reason but (a.1).

Ms. Levman: I don't think my previous comments were contingent upon my understanding that (a.1) was going to be removed. They equally apply in this type of scenario. Even if you have the line drawn at unconsciousness, you are still going to be dealing with the conscious complainants under sub (b), and we know from the case law that that's where the complexity lies.

To ask the court to focus on what a particular complainant could understand or was able to understand or appreciate at a given point in time when she was very compromised may have the unintended effects that I outlined earlier.

Senator Sinclair: I don't know if I'm going to add to this or not, but let me give it a shot. This is similar to the debate that I often get into at home when it comes to painting rooms. I always say that the shade of the colour doesn't make any difference to me; it still looks beautiful.

The reality is the amendments in Bill C-51, as it now exists, accomplish an objective that is worthy, and this proposed amendment from Senator Pate also accomplishes an objective that is worthy. It is a question of whether we want to be specific in defining incapacity without limiting the incapacity created by unconsciousness, or not.

As I understood it, the concern that this proposed amendment from Senator Pate was intended to address was that we didn't want judges to be focusing either exclusively or primarily on the question of unconsciousness as a threshold to incapacity. We wanted them to consider other factors as well and not redirect or direct them unintentionally.

I think the proposed amendment from Senator Pate does that, but I also think if we left it alone it would do that. My suggestion would be that it would be helpful to have a delineated set of categories where incapacity is clear, but I think the bill itself would be able to stand on its own and accomplish a good objective.

Le sénateur Pratte : D'accord. Je suis honoré d'en arriver au même raisonnement que vous.

[*Traduction*]

Encore une fois, ne serait-ce pas là une amélioration par rapport à l'amendement original, et est-ce que cela n'atténuerait pas, en partie, vos préoccupations? Ainsi, l'alinéa b) demeurerait intact et indiquerait au juge, dès le départ, que c'est pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1).

Mme Levman : Je ne pense pas que mes observations précédentes dépendent d'une éventuelle suppression de l'alinéa a.1). Elles s'appliquent également à ce genre de scénario. Même si vous tracez la ligne de démarcation en fonction de la notion d'inconscience, vous devrez quand même tenir compte des plaignants conscients prévus à l'alinéa b) et nous savons, à la lumière de la jurisprudence, que c'est là que réside la complexité.

Demander au tribunal de mettre l'accent sur ce qu'une plaignante donnée aurait pu comprendre ou était capable de comprendre ou de saisir à un moment donné, alors qu'elle se trouvait dans une situation très vulnérable, voilà qui pourrait entraîner les effets involontaires dont j'ai parlé tout à l'heure.

Le sénateur Sinclair : Je ne sais pas si je vais contribuer à la discussion, mais laissez-moi tenter le coup. Cela ressemble au débat que j'ai souvent à la maison quand vient le temps de peindre les murs. Je dis toujours que la nuance de la couleur ne fait aucune différence pour moi; le résultat me paraît toujours beau.

La réalité, c'est que les modifications proposées dans la version actuelle du projet de loi C-51 permettent d'atteindre un objectif qui en vaut la peine, et l'amendement proposé par la sénatrice Pate en fait tout autant. Il s'agit de savoir si nous voulons être précis dans la définition d'incapacité, sans se limiter à l'incapacité causée ou non par l'inconscience.

D'après ce que j'ai compris, l'amendement proposé par la sénatrice Pate visait à régler une préoccupation, car nous ne voulions pas que les juges se concentrent exclusivement ou principalement sur la question de l'inconscience en tant que seuil d'incapacité. Nous voulions qu'ils considèrent également d'autres facteurs, sans toutefois les orienter ou les influencer involontairement.

Je crois que l'amendement proposé par la sénatrice Pate fait justement cela, mais je pense aussi que si nous laissions le libellé tel quel, nous obtiendrions également le même résultat. Selon moi, il serait utile d'avoir un ensemble de catégories qui délimitent clairement la notion d'incapacité, mais j'estime que le projet de loi comme tel pourrait suffire pour atteindre un bon objectif.

I would encourage us to vote on this to support or not support the amendment as we see fit. I will support it, but think at the end of day, whichever way we go, we will still end up with a bill that accomplishes what we all want to accomplish.

Ms. Morency: As a further comment on Senator Pate's amendment, at the end of (b) as presently worded there is an "and," and I think if the intention is to insert it in the framework in the code now, it is actually disjunctive. And you have an "or." So this would be (b), then there's paragraph (c), paragraph (d), then after (d) it becomes "or" and then (e), so I don't think you would need the word "and" here.

The Chair: Thank you.

[*Translation*]

Moreover, there is no paragraph (a) in the French version.

[*English*]

Senator Sinclair: Senator Pate apparently agrees to change the word "and" to "or."

Senator Pate: We don't need it.

The Chair: No, I don't think we need it. That's my understanding, humbly submitted.

Senator Pratte: I came here with an idea that I thought was original but in fact it was Senator Dupuis's idea, but I'm more comfortable with that wording so I don't know if I should — do you agree with that, Kim, keeping (b) as it is and replacing your version of (b) with the original (b) as it is in the bill and then adding, "including because"?

Senator Sinclair: "Including but not limited to."

Senator Pratte: "Including but not limited to" would simply be added to the present (b) in the bill.

Senator Sinclair: Do we agree on that wording?

Senator Pratte: Then we have the factors.

The Chair: Can we ask the reaction of the department to that?

Ms. Morency: If I may just confirm, the wording would be as in (b) now in the bill, and after the reference to paragraph (a.1), "including," et cetera? Is that correct?

J'encourage donc mes collègues à voter pour ou contre l'amendement en fonction de ce qu'ils jugent approprié. Pour ma part, je vais l'appuyer, mais au bout du compte, peu importe l'option choisie, nous nous retrouverons quand même avec un projet de loi qui permet d'accomplir ce que nous souhaitons tous.

Mme Morency : J'aimerais ajouter une observation à l'amendement de la sénatrice Pate : dans le texte anglais, à la fin de l'alinéa b), tel qu'il est actuellement formulé, il y a le mot « *and* », et je pense que si l'intention est de l'insérer dans le cadre du code actuel, il s'agit en fait d'un disjonctif. Il y a également la conjonction « *or* » dans le texte anglais. On aurait donc l'alinéa b), ensuite les alinéas c) et d), ce dernier étant suivi de la conjonction « *or* », puis l'alinéa e). Alors, je ne pense pas que le mot « *or* » soit nécessaire ici.

Le président : Merci.

[*Français*]

Il n'y a pas, d'ailleurs, dans la version française, d'alinéa a).

[*Traduction*]

Le sénateur Sinclair : La sénatrice Pate semble être d'accord pour que nous remplacions le mot « *and* » par « *or* ».

La sénatrice Pate : Nous n'en avons pas besoin.

Le président : En effet, je ne crois pas que ce soit nécessaire. C'est mon humble avis.

Le sénateur Pratte : Je suis venu ici en pensant que j'allais présenter une idée originale, mais il se trouve que c'était l'idée de la sénatrice Dupuis. Quoi qu'il en soit, je me sens plus à l'aise avec ce libellé, alors je ne sais pas si je devrais... Êtes-vous d'accord, Kim, pour laisser l'alinéa b) tel quel et remplacer votre version de l'alinéa b) par le libellé initial, tel qu'il est formulé dans le projet de loi, puis y ajouter le mot « notamment » ou, en anglais, « *including because* »?

Le sénateur Sinclair : « *Including but not limited to* ».

Le sénateur Pratte : Ces mots seraient simplement ajoutés à l'actuel libellé de l'alinéa b) dans le projet de loi.

Le sénateur Sinclair : Sommes-nous d'accord?

Le sénateur Pratte : Viennent ensuite les facteurs.

Le président : Qu'en pensent les représentants du ministère?

Mme Morency : Pour m'assurer d'avoir bien compris, le libellé serait comme celui de l'alinéa b), tel qu'il est formulé actuellement dans le projet de loi, et après le renvoi à l'alinéa a.1), il y aurait le mot « notamment » et cetera? Est-ce exact?

Senator Pate: "Including but not limited to."

The Chair: "Including but not limited to." The concern expressed around the table that it would be too restrictively interpreted would find its answer by "not limited to."

Senator Dupuis: Keeping in French "*notamment*," which is actually "including."

Senator Sinclair: Just so I'm clear, senator, we're adding the words "including but not limited to."

The Chair: I will ask Senator Pate, as author of the amendment, to restate the amendments, with the correction of the lines on everything, so that everybody has the same text. Move the motion as you have amended it.

Senator Pate: I move:

> That Bill C-51 be amended in clause 10 on page 5,
>
> (b) the complainant is incapable of consenting to the activity in question, including, but not limited to, because they are —

Sorry.

> (b) the complainant is incapable of consenting to the activity for any reason other than the one referred to in paragraph (a), including, but not limited to
>
> (i) unable to understand the nature of circumstances, risks and consequences of the sexual activity in question;
>
> (ii) unable to understand that they have the choice to engage in the sexual activity in question or not, or;
>
> (iii) unable to affirmatively express agreement to the sexual activity in question by words or by active conduct;

And then continuing on.

[*Translation*]

The Chair: And in French? Senator Pratte.

Senator Pratte: We would replace lines 21 and 22 with the following wording:

> b) *il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1), notamment* — Is this correct?

The Chair: Yes.

La sénatrice Pate : En anglais, je le répète, ce serait « *including but not limited to* ».

Le président : « Including but not limited to ». Les mots « *not limited to* » permettraient de dissiper la préoccupation exprimée ici, à savoir le risque d'une interprétation trop restrictive.

La sénatrice Dupuis : Nous garderons, dans la version française, le terme « notamment », qui signifie « y compris ».

Le sénateur Sinclair : Donc, si je comprends bien, sénatrice, nous ajoutons les mots « *including but not limited to* » dans le texte anglais.

Le président : Je demanderai à la sénatrice Pate, qui est l'auteure de l'amendement, de relire les modifications, incluant les lignes corrigées, pour que tout le monde ait le même libellé. Veuillez proposer la motion dans sa version modifiée.

La sénatrice Pate : Je propose:

> Que le projet de loi C-51 soit modifié, à l'article 10, à la page 5,
>
> b) il est incapable de le former, pour l'activité en question, notamment pour l'un des motifs suivants...

Pardon.

> b) il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a), notamment :
>
> (i) il n'a pas la capacité de comprendre la nature, les circonstances, les risques et les conséquences de l'activité sexuelle en question,
>
> (ii) il n'a pas la capacité de comprendre qu'il peut choisir de se livrer ou non à l'activité sexuelle en question,
>
> (iii) il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou son comportement actif;

Et le texte se poursuit.

[*Français*]

Le président : Et en français? Monsieur le sénateur Pratte.

Le sénateur Pratte : Donc, on remplacerait les lignes 21 et 22 par la formulation suivante :

> b) il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1), notamment... C'est cela?

Le président : Oui.

[*English*]

Senator Pratte: "*Notamment*" is the same as "including but not limited to."

[*Translation*]

Notamment — followed by three factors, (i), (ii) and (iii):

> (i) *il n'a pas la capacité de comprendre la nature, les circonstances, les risques et les conséquences de l'activité sexuelle en question,*
>
> (ii) *il n'a pas la capacité de comprendre qu'il peut choisir de se livrer ou non à l'activité sexuelle en question,*
>
> (iii) *il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou son comportement.* »

[*English*]

The Chair: Any other intervention before the vote?

Ms. Morency: Just to confirm in English, "including but not limited to because they are," and then (a), (b), (c)? "Because they are."

The Chair: "Because they are." Yes, of course. I made the slip, too. It was not readable otherwise.

[*Translation*]

No other comments? Yes, Ms. Morency?

[*English*]

Ms. Morency: Just to remind the committee, in the French version we had matched the language to the language of the minister's letter. It was read out we had "*actif*," but I think the —

The Chair: We have removed it. Senator Pratte didn't read it; so it's not part of the text, as much as I understood. I was watching carefully too, Ms. Morency. Thank you for that.

Any other comments?

[*Translation*]

I was told that, in French, it would basically be "*notamment pour l'un des motifs suivants*," without any further clarification required.

Senator Boisvenu: I would like to ask our two judges a question. I was listening earlier to Justice Sinclair explain that if we passed legislation as it stands, it would not make a big

[*Traduction*]

Le sénateur Pratte : Le terme « notamment » équivaut à « *including but not limited to* ».

[*Français*]

Notamment — suivi des trois facteurs, (i), (ii) et (iii) :

> (i) il n'a pas la capacité de comprendre la nature, les circonstances, les risques et les conséquences de l'activité sexuelle en question,
>
> (ii) il n'a pas la capacité de comprendre qu'il peut choisir de se livrer ou non à l'activité sexuelle en question,
>
> (iii) il n'a pas la capacité de manifester son accord de façon explicite à l'activité sexuelle en question par ses paroles ou son comportement. »

[*Traduction*]

Le président : Y a-t-il d'autres interventions avant le vote?

Mme Morency : Juste pour confirmer, dans le texte anglais, les mots « including but not limited to because they are » précèdent les alinéas a), b) et c)? Il faut donc les mots « *because they are* ».

Le président : Oui, tout à fait. Cela m'a échappé, à moi aussi. Sinon, le texte ne s'enchaînerait pas.

[*Français*]

Je ne vois pas d'autre intervention... Oui, madame Morency?

[*Traduction*]

Mme Morency : À titre de rappel pour les membres du comité, dans la version française, nous avons tenu compte du libellé énoncé dans la lettre de la ministre. Le libellé qui a été lu comprenait le mot « actif », mais je crois que...

Le président : Nous l'avons supprimé. Le sénateur Pratte ne l'a pas lu; ce mot ne fait donc pas partie du libellé, pour autant que je sache. J'y ai prêté bien attention, moi aussi, maître Morency. Merci de cette précision.

D'autres observations?

[*Français*]

On me dit qu'en français, ce serait essentiellement « notamment pour l'un des motifs suivants », sans autre précision requise.

Le sénateur Boisvenu : J'aimerais poser une question à nos deux juges. J'écoutais tantôt le juge Sinclair expliquer que si l'on adoptait la loi telle quelle, cela ne changerait pas grand-chose, et

difference, and if we passed the amendment, it would not make a big difference either. I think an amendment delays the process, because we have to go back to the House of Commons and start all over again, when passing this bill is a matter of urgency for us. I would like to hear the judge's comments on this amendment. If the judiciary likes the legislation as it is written, I think it would be pointless to amend the amendment.

Senator Dalphond: May I answer the question?

The Chair: Yes, absolutely.

[*English*]

Senator Dalphond: I'm far from being representative of the Canadian judiciary today, so I will refrain from pretending that I am. My understanding of the law is that consent has evolved substantially from being applied or tacitly to expressly being given. It is fair to say that the status of the law is that now. There are some judges who may have problems understanding it, but that's another issue. This is where the law stands now.

These older amendments make it a question of law, what is the interpretation of the consent, which means that the Court of Appeal will step in more easily to give the proper interpretation to these provisions. That being said, it's going to be an improvement because to make it a question of law gives the Court of Appeal broader jurisdiction than before, at least clarifying the situation.

Finally, I like my colleague very much, and I even asked him to introduce me in the Senate, so that shows how much respect I have for him. I tend to agree with him that one way or the other will not have a catastrophically different result. I still believe some lawyers are going to read in the list that there is an intent of Parliament to give some indication on what situations are covered. Lawyers, being creative and as good as they are, will try to find the common spirit between (i), (ii) and (iii), and whether there are similar situations that should be on an exhaustive list, that are not necessarily limited, other things that don't share the same principles but could be covered. I think there would be room for debate.

I prefer maybe the drafting as proposed by the Justice Department as being large enough to avoid that hurdle. But at the end, I guess the Court of Appeal will come to the right result.

The Chair: Any other intervention before we go to the vote?

que si l'on adoptait la modification, cela ne changerait pas grand-chose non plus. Pour moi, un amendement retarde le processus, car il faut retourner à la Chambre des communes et reprendre le tout, alors que nous devons adopter ce projet de loi avec urgence. J'aimerais avoir les commentaires de monsieur le juge sur cet amendement. Si la magistrature aime la loi telle qu'elle est rédigée, je pense qu'il serait inutile d'amender l'amendement.

Le sénateur Dalphond : Est-ce que je peux répondre à la question?

Le président : Oui, certainement.

[*Traduction*]

Le sénateur Dalphond : Je suis loin de représenter aujourd'hui la magistrature canadienne, alors je m'abstiendrai de prétendre le contraire. Selon ce que je comprends du droit, la notion de consentement a évolué considérablement : avant, le consentement devait être implicite ou tacite et, aujourd'hui, il doit être donné de façon explicite. Il est juste de dire que tel est l'état du droit à l'heure actuelle. Certains juges pourraient avoir du mal à le comprendre, mais c'est là une autre question. Voilà donc l'état du droit actuel.

Les modifications antérieures instaurent une question de droit, celle de savoir comment interpréter la notion de consentement, ce qui signifie que la Cour d'appel interviendra plus facilement pour donner la bonne interprétation de ces dispositions. Cela dit, il s'agira d'une amélioration, car l'établissement de cette question de droit élargit la compétence de la Cour d'appel, ce qui permet, à tout le moins, de clarifier la situation.

En fin de compte, j'aime beaucoup mon collègue, et je lui ai même demandé de me présenter au Sénat, ce qui montre tout le respect que j'ai pour lui. J'aurais tendance à être d'accord avec lui : d'une façon ou d'une autre, les résultats ne seront pas radicalement différents. Je crois toujours que certains avocats vont voir dans la liste qu'il y a une intention de la part du Parlement de donner certaines indications concernant les situations qui sont couvertes. Comme ils sont très efficaces et très créatifs, les avocats vont essayer de trouver l'esprit commun entre (i), (ii) et (iii), et d'établir si des situations similaires devraient se retrouver sur une liste exhaustive, ou s'il y aurait lieu d'ajouter des situations, des choses qui ne sont pas nécessairement limitées à ces principes ou qui n'en émanent pas, mais qui devraient quand même être couvertes. Je crois qu'il y a de la place pour un débat.

Je suis d'avis que la formulation proposée par le ministère de la Justice offre la latitude voulue pour éviter ces embûches. De toute manière, je présume qu'au final la Cour d'appel va arriver au bon résultat.

Le président : Avant de passer à la mise aux voix, y a-t-il d'autres interventions?

Senator Pate: In response to that, I feel the need to say that while I'm not disagreeing with either of our colleagues who are former members of the judiciary, the fact there is a clear impetus for the need for this, and the evidence we received, points to the direction of providing more direction to judges who have not shown the ability to interpret this, and lawyers who have not shown the ability to be respectful of complainants.

The Chair: I will ask the clerk to call the vote.

[*Translation*]

Keli Hogan, Clerk of the Committee: The Honourable Senator Joyal, P.C.?

Senator Joyal: Yea.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Batters?

Senator Batters: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Boisvenu?

Senator Boisvenu: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Carignan, P.C.?

Senator Carignan: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Dalphond?

Senator Dalphond: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Dupuis?

Senator Dupuis: Yea.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Eaton?

Senator Eaton: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Jaffer?

Senator Jaffer: Yea.

Ms. Hogan: The Honourable Senator McIntyre?

Senator McIntyre: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Pate?

Senator Pate: Yea.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Pratte?

Senator Pratte: Yea.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Sinclair?

La sénatrice Pate : Pour répondre à cela, je ressens le besoin de dire que, bien que je ne sois pas en désaccord avec vos collègues qui sont d'anciens membres du pouvoir judiciaire, le fait qu'il existe un besoin patent à cet égard — et les témoignages que nous avons entendus vont en ce sens — devrait nous mettre la puce à l'oreille : les juges en panne d'interprétation et les avocats qui se sont montrés inaptes à respecter les plaignants doivent être mieux aiguillés.

Le président : Je vais demander à la greffière de procéder à la mise aux voix.

[*Français*]

Keli Hogan, greffière du comité : L'honorable sénateur Joyal, C.P.?

Le sénateur Joyal : Oui.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Batters?

La sénatrice Batters : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Boisvenu?

Le sénateur Boisvenu : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Carignan, C.P.?

Le sénateur Carignan : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Dalphond?

Le sénateur Dalphond : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Dupuis?

La sénatrice Dupuis : Oui.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Eaton?

La sénatrice Eaton : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Jaffer?

La sénatrice Jaffer : Oui.

Mme Hogan : L'honorable sénateur McIntyre?

Le sénateur McIntyre : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Pate?

La sénatrice Pate : Oui.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Pratte.

Le sénateur Pratte : Oui.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Sinclair?

Senator Sinclair: Yea.

[*English*]

Ms. Hogan: Yeas, 6; nays, 6; abstentions, none.

The Chair: The amendment is defeated. We move back to clause 10 of the bill, unamended. All those in favour of clause 10?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Clauses 11 to 19? On division?

Senator Pate: My amendment is to clause 19 of the bill. It is worth taking another go at it. It is the same basic amendment, so I'll withdraw.

The Chair: The amendment is withdrawn. I will call the vote on clause 19. All those in favour of clause 19?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Shall clauses 20 to 30 carry?

Senator Jaffer: Chair, section 278, which I think is clause 25, I would like that to be on division.

The Chair: I will call the vote on 20 to 24. Shall clauses 20 to 24 carry?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Shall clause 25 carry?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Shall clauses 26 to 30 carry?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Shall clauses 31 to 40 carry?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Shall clauses 41 to 50 carry?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Shall clauses 51 to 60 carry?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Shall clauses 61 to 70 carry?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Shall clauses 71 to 81 carry?

Le sénateur Sinclair : Oui.

[*Traduction*]

Mme Hogan : Oui : 6; non : 6; abstention : aucune.

Le président : L'amendement est rejeté. Nous revenons à l'article 10 du projet de loi, sans amendement. L'article 10 est-il adopté?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : Les articles 11 à 19? Avec dissidence?

La sénatrice Pate : Mon amendement porte sur l'article 19 du projet de loi. Il vaudrait la peine de faire un deuxième essai. C'est le même amendement de base, alors je vais laisser tomber.

Le président : L'amendement est retiré. Je demande la mise aux voix de l'article 19. L'article 6 est-il adopté?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : Les articles 20 à 30 sont-ils adoptés?

La sénatrice Jaffer : Monsieur le président, pour les modifications de l'article 278 proposées aux termes de l'article 25 du projet de loi, j'aimerais que ce soit « avec dissidence ».

Le président : Je vais faire la mise aux voix des articles 20 à 24. Les articles 20 à 24 sont-ils adoptés?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : L'article 25 est-il adopté?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : Les articles 26 à 30 sont-ils adoptés?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : Les articles 31 à 40 sont-ils adoptés?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : Les articles 41 à 50 sont-ils adoptés?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : Les articles 51 à 60 sont-ils adoptés?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : Les articles 61 à 70 sont-ils adoptés?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : Les articles 71 à 80 sont-ils adoptés?

Some Hon. Senators: On division.

The Chair: Shall the title carry?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Shall the bill carry?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Does the committee wish to consider appending observations to the report?If we are to move into debating observations, should we move in camera, honourable senators, as is usually the tradition?

Senator Batters: I don't think we need to. I would prefer to have it in public.

The Chair: If I have no motion to move in camera, we will continue to sit in public.

[*Translation*]

Senator Dupuis: I move that we go in camera. That is what we usually do.

[*English*]

The Chair: Senator Dupuis moves we sit in camera. All those in favour that we move in camera?

Some Hon. Senators: Yes.

Some Hon. Senators: No.

The Chair: I need a clear answer. Unfortunately, it's not clear enough for the chair, so I will ask for a vote to be called.

[*Translation*]

Ms. Hogan: The Honourable Senator Joyal, P.C.?

Senator Joyal: Yea.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Batters?

Senator Batters: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Boisvenu?

Senator Boisvenu: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Carignan, P.C.?

Senator Carignan: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Dalphond?

Des voix : Avec dissidence.

Le président : Le titre est-il adopté?

Des voix : D'accord.

Le président : Le projet de loi est-il adopté?

Des voix : D'accord.

Le président : Le comité souhaite-t-il examiner la possibilité d'annexer des observations au rapport? Si nous avons l'intention de parler de cette possibilité, ne devrions-nous pas passer à huis clos, comme le veut la tradition?

La sénatrice Batters : Je ne crois pas que nous ayons besoin de passer à huis clos. Je préférerais que cela se fasse en public.

Le président : Si personne ne propose de motion à cet effet, nos délibérations vont rester publiques.

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : Je propose qu'on passe à huis clos. C'est ce que nous faisons habituellement.

[*Traduction*]

Le président : La sénatrice Dupuis propose de poursuivre nos délibérations à huis clos. Plaît-il aux honorables sénateurs de poursuivre la séance à huis clos?

Des voix : Oui.

Des voix : Non.

Le président : Il me faut une réponse claire. Malheureusement, la présidence estime que cette réponse n'est pas suffisamment claire, alors je vais demander que la proposition soit mise au voix.

[*Français*]

Mme Hogan : L'honorable sénateur Joyal, C.P.?

Le sénateur Joyal : Oui.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Batters?

La sénatrice Batters : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Boisvenu?

Le sénateur Boisvenu : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Carignan, C.P.?

Le sénateur Carignan : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Dalphond?

Senator Dalphond: Abstain.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Dupuis?

Senator Dupuis: Yea.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Eaton?

Senator Eaton: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Jaffer?

Senator Jaffer: Yea.

Ms. Hogan: The Honourable Senator McIntyre?

Senator McIntyre: Abstain.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Pate?

Senator Pate: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Pratte?

Senator Pratte: Nay.

Ms. Hogan: The Honourable Senator Sinclair?

Senator Sinclair: Nay.

Ms. Hogan: Yeas, 3; nays, 7; abstentions, 2.

[*English*]

The Chair: So we'll stay in public.

Senator Pate, I think you had some observations to propose.

Senator Pate: Yes, please. Thank you. The draft observations reads:

> The deletion of provisions known to be unconstitutional or obsolete is an important first step in the revision and modernization of the Criminal Code, but much remains to be done to make the Code clear, coherent and comprehensive. The government of Canada should undertake a more thorough reform and modernization of the Criminal Code. The Committee recognizes that a Law Commission can make an important contribution to this endeavour.

Therefore, I'm suggesting that:

> The Committee also recognizes that the independent, multi-disciplinary and evidence-driven perspective of a Law Commission can assist elected officials in creating fair and just criminal law.

Le sénateur Dalphond : Abstention.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Dupuis?

La sénatrice Dupuis : Oui.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Eaton?

La sénatrice Eaton : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Jaffer

La sénatrice Jaffer : Oui.

Mme Hogan : L'honorable sénateur McIntyre?

Le sénateur McIntyre : Abstention.

Mme Hogan : L'honorable sénatrice Pate?

La sénatrice Pate : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Pratte?

Le sénateur Pratte : Non.

Mme Hogan : L'honorable sénateur Sinclair?

Le sénateur Sinclair : Non.

Mme Hogan : Pour, 3; contre, 7; abstentions, 2.

[*Traduction*]

Le président : Nos délibérations resteront donc publiques.

Sénatrice Pate, je pense que vous aviez certaines observations à proposer.

La sénatrice Pate : Oui, si vous me le permettez. Merci. Voici en quoi consistent ces observations provisoires:

> La suppression des dispositions désuètes ou ayant été déclarées inconstitutionnelles est un bon point de départ pour la révision et la modernisation du Code criminel, quoiqu'il faudrait en faire bien davantage pour rendre cette loi claire, cohérente et exhaustive. Le gouvernement du Canada doit procéder à une réforme et à une modernisation plus approfondies du Code criminel. Le comité pense qu'une Commission du droit peut apporter une importante contribution à cette fin.

Par conséquent, voici ce que je propose :

> Le comité pense aussi que, grâce à sa démarche indépendante, multidisciplinaire et fondée sur des données probantes, une Commission du droit pourrait aider les représentants élus à élaborer des mesures de droit pénal justes et équitables.

Do you want me to read the entirety of what I'm recommending?

The Chair: Well, I think honourable senators want to pronounce on the text because it has to be appended. It will be better for you to read it through.

Senator Pate: Certainly.

> The reports of the Law Reform Commission and the Law Commission of Canada provide important recommendations for legislative development and reform, particularly with respect to criminal law. A Law Commission can also offer valuable research and advice on new and emerging justice issues.
>
> Systemic study of the kind a Law Commission could undertake is needed to ensure that Canada's criminal justice system responds adequately to systemic bias and respects the rights of victims, accused persons and the Canadian public as a whole.
>
> For these reasons, the Committee is of the view that the Government should take all measures necessary to fund and otherwise ensure the existence of a Law Commission of Canada capable of fulfilling the purposes, powers and duties currently set out in the *Law Commission of Canada Act*.

[*Translation*]

Should I read the text in French as well?

The Chair: No, I think we can come back to that; it isn't a piece of legislation, as you know.

Senator Carignan: I think we all agree that the Criminal Code needs a major cleanup, a bit like what we did for the Civil Code of Quebec a few years ago in the area of civil law. I think the Criminal Code needs to be "revamped." That's why I'm more in favour of the spirit of observation.

However, I have my reservations about how to achieve this reform. Would the Law Reform Commission be recreated? Would it be through the formation of another working group? I think I would keep the first part of the comment about the need to review or overhaul the Criminal Code, but I would leave it to the government to choose how to achieve this objective, without necessarily directing it to the Law Reform Commission, for which I have great respect. I would leave it to the government to choose the way.

Voulez-vous que je lise tout ce que je recommande?

Le président : Eh bien, je crois que les membres du comité veulent se prononcer sur le texte, étant donné qu'il sera annexé au rapport. Ce serait mieux que vous le lisiez au complet.

La sénatrice Pate : Entendu.

> Les rapports de la Commission de réforme du droit et de la Commission du droit du Canada contiennent d'importantes recommandations pour l'élaboration et la réforme des lois, particulièrement en droit pénal. Une telle commission pourrait également formuler des analyses et des conseils précieux sur les nouveautés et les enjeux naissants en matière de justice.
>
> Le Canada a besoin des études systématiques que pourrait faire une Commission du droit pour garantir que son système de justice pénale réponde adéquatement aux préjugés systémiques et respecte les droits des victimes, des accusés et de la population canadienne dans son ensemble.
>
> Pour ces raisons, le comité est d'avis que le gouvernement doit prendre toutes les mesures nécessaires, y compris en matière de financement, pour assurer l'existence d'une Commission du droit du Canada capable d'assumer les objectifs, les pouvoirs et les devoirs énoncés actuellement dans la *Loi sur la Commission du droit du Canada*.

[*Français*]

Devrais-je lire le texte en français également?

Le président : Non, je pense qu'on pourra y revenir; il ne s'agit pas d'un texte de loi, comme vous le savez.

Le sénateur Carignan : Je pense que nous sommes tous d'accord pour dire que le Code criminel a besoin d'une grande réforme, un peu comme ce qu'on a fait pour le Code civil du Québec il y a quelques années en matière de droit civil. Je pense que le Code criminel a besoin d'être « revampé ». C'est pour cela que je suis plutôt en faveur de l'esprit de l'observation.

En revanche, j'ai mes réserves quant aux moyens d'obtenir cette réforme. Est-ce qu'on recréerait la Commission de réforme du droit? Est-ce que ce serait par la formation d'un autre groupe de travail? Quant à moi, je garderais la première partie de l'observation portant sur la nécessité de revoir ou de faire une refonte du Code criminel, mais je laisserais au gouvernement le soin de choisir le moyen d'atteindre cet objectif, sans nécessairement l'orienter vers la Commission de réforme du droit, pour laquelle j'ai beaucoup respect, d'ailleurs. Je laisserais le soin au gouvernement de choisir le moyen.

[*English*]

The Chair: If I understand your point, you would keep the first three and a half lines in the first paragraph and delete, starting with, "The Committee recognizes that a Law Commission can make an important contribution . . . ."? That's what I understand your proposal to be.

Senator Carignan: Exactly.

The Chair: Does everyone understand the position of Senator Carignan? Are there any other comments?

Senator Sinclair: One of the historical facts of legal development in Canada is to recognize that our law, particularly the Criminal Code, is constantly changing. I was one of those who was not particularly supportive of the decision by the previous government to eliminate the Law Commission of Canada. I think it performed a useful service for all Canadians, particularly those in the legal community, when it came to studying and understanding the implications of the legislation that we had to work with and the need for change.

So I would be one to support an observation like this because I think the establishment of a law commission, formerly the Law Reform Commission, that looks at how law is evolving and needs to evolve, including consultation with members of the public, is an important feature of the role of a commission like that.

The final decision, of course, as to what to do with the recommendation or report from the Law Commission of Canada is always in the hands of government, so they always have the final say. This is not a situation where we are giving jurisdiction over to any entity to make decisions and determine what the law will be. It's simply an opportunity and a vehicle for ongoing study and input from Canadians so that it isn't always subject to the influence of those who have the ability to influence decision makers at the political and bureaucratic levels.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: I agree with my colleague Senator Carignan that Canada needs a major cleanup of the Criminal Code, which has become a kind of crazy quilt that is difficult to piece together.

[*Traduction*]

Le président : Si je vous comprends bien, vous garderiez les quatre premières lignes et des poussières du premier paragraphe et effaceriez à partir de « Le comité pense qu'une Commission du droit peut apporter une importante contribution à cette fin ». C'est ce que je comprends de votre proposition.

Le sénateur Carignan : Exactement.

Le président : Est-ce que tout le monde comprend ce que le sénateur Carignan propose? Y a-t-il d'autres interventions?

Le sénateur Sinclair : L'un des faits historiques qui ont marqué le développement du droit au Canada a été de reconnaître que nos lois, et le Code criminel en particulier, sont continuellement en train de changer. J'étais de ceux qui ne voyaient pas d'un très bon œil la décision du gouvernement précédent d'éliminer la Commission du droit du Canada. Je crois que la commission faisait œuvre utile auprès de tous les Canadiens — notamment auprès des acteurs de la communauté juridique — lorsqu'il s'agissait d'étudier et de comprendre les tenants et aboutissants des lois avec lesquelles nous devions travailler ainsi que le besoin d'en changer.

Par conséquent, je serais favorable à une observation comme celle-là, car je crois que la création d'une commission — anciennement la Commission de réforme du droit — qui s'intéresserait à la façon dont le droit évolue et a besoin d'évoluer est une bonne chose. Dans cette optique, les consultations auprès des membres du public seraient les bienvenues, et elles seraient un atout important pour le rôle qu'une telle commission serait appelée à jouer.

Bien entendu, la décision définitive au sujet des suites à donner aux recommandations ou aux rapports de la Commission du droit du Canada appartiendra toujours au gouvernement. C'est lui qui aura toujours le dernier mot. Il ne s'agit pas de donner des compétences particulières à quelque entité que ce soit. La commission ne prendra pas de décisions et ne sera pas habilitée à définir de quoi la loi sera faite. Il s'agit plutôt d'un mécanisme pour permettre l'étude en continu et d'un récipient pour recueillir les observations des Canadiens. On verra ainsi à éviter que le droit ne subisse continuellement l'influence de ceux qui ont de l'ascendant sur les décideurs, tant dans les sphères politiques qu'administratives.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Je partage l'opinion de mon collègue, le sénateur Carignan, selon laquelle le Canada a besoin de faire un grand ménage dans le Code criminel, qui est devenu une espèce de courtepointe dans laquelle on a de la difficulté à s'y retrouver.

I think any kind of observation must be linked to the bill. I agree that we should make an observation to modernize the Criminal Code with respect to sexual crimes. However, if it is a question of making an observation on another subject, which is completely external, namely to create a commission, I find that this initiative is not related to the bill we are considering. So I am uncomfortable with an observation that goes beyond the subject matter of the bill we are considering.

[*English*]

Senator Batters: My comment on this would be to support what Senator Carignan has proposed. The Minister of Justice, on a number of occasions over the last three years, has had a propensity to delay action. Actually, Senator Pate has experienced this because she introduced a Senate public bill about mandatory minimums because the government wasn't forthcoming with such a bill, as was indicated in their election platform and in the minister's mandate letter. So I personally don't want to give the minister another opportunity to delay instead of to act. I think if we have just the first portion of that draft observation, it makes it clear what we're intending to propose rather than give her an opportunity to put it off on another body to study it.

The Chair: Any other comments?

[*Translation*]

Senator Dupuis: I don't know if you remember, for those who sat on the committee, that when we received the Minister of Justice to discuss the report on criminal justice delays, we talked about the need for a thorough review of criminal justice. In this sense, I would prefer that if we have to make this kind of observation, that we include it in a formula that reminds the government that we have already made recommendations in this regard and that, once again, we see that this is a very specific amendment that only codifies this judgment in this case, and that it does not seem to us to be what is needed, namely a thorough review, as we have often had occasion to say.

Now, my concern about insisting on a law reform commission here is that we seem to be linking in-depth reform to only one way. I have a problem with that, because it's much broader. We have not had the opportunity to debate among ourselves what we really mean by "criminal justice review." I would prefer that the first paragraph be retained, except for the last sentence, but that it be part of the continuity of our committee's work. This is not the first time this has been said; we reiterate it in our review of Bill C-51. I will not go any further at this time.

À mon avis, toute forme d'observation doit être liée au projet de loi. Qu'on fasse une observation pour moderniser le Code criminel au chapitre des crimes à caractère sexuel, je suis d'accord. Cependant, s'il s'agit d'apporter une observation sur un autre objet, qui est tout à fait extérieur, soit celui de créer une commission, je trouve que cette initiative n'a pas de lien au projet de loi que nous étudions. Donc, je suis mal à l'aise avec une observation qui déborde du sujet du projet de loi que nous étudions.

[*Traduction*]

La sénatrice Batters : Je suis d'avis que nous devrions appuyer la proposition du sénateur Carignan. À plusieurs occasions au cours des trois dernières années, la ministre de la Justice a eu tendance à se traîner les pieds. En fait, la sénatrice Pate sait de quoi je parle puisqu'elle a présenté un projet de loi d'intérêt public émanant du Sénat au sujet des peines minimales obligatoires. Elle l'a fait lorsqu'elle s'est aperçue que le gouvernement ne se pressait pas pour en présenter un, contrairement à ce qu'il avait annoncé dans sa plateforme électorale et dans sa lettre de mandat à la ministre. Par conséquent, je ne voudrais pas donner une autre occasion à la ministre de retarder les choses plutôt que d'agir. Je crois même qu'avec seulement la première partie de cette observation provisoire, ce que nous avons l'intention de proposer est clair, comme l'est aussi le message que nous n'allons pas donner la chance à la ministre d'en confier l'étude à une autre entité.

Le président : Y a-t-il d'autres observations?

[*Français*]

La sénatrice Dupuis : Je ne sais pas si vous vous rappelez, pour ceux qui siégeaient au comité, que, lorsque nous avons reçu la ministre de la Justice pour discuter du rapport sur les délais en matière de justice criminelle, nous avions parlé de la nécessité de revoir en profondeur la justice criminelle. Dans ce sens, je préférerais, si nous devons faire ce genre d'observation, qu'on l'inscrive dans une formule qui rappelle au gouvernement que nous avons déjà fait des recommandations à ce chapitre et que, encore une fois, nous constatons qu'il s'agit d'une modification très pointue qui ne fait que codifier tel jugement dans telle cause, et que cela ne nous apparaît pas être ce dont on a besoin, soit une révision en profondeur, comme nous avons eu l'occasion de le dire souvent.

Maintenant, ma préoccupation quant au fait d'insister sur une commission de réforme du droit, ici, c'est que nous avons l'air de lier la réforme en profondeur à un seul moyen. Cela me pose problème, parce que c'est beaucoup plus large. On n'a pas eu l'occasion de débattre entre nous de ce qu'on entend vraiment par « révision de la justice criminelle ». Je préférerais que le premier paragraphe soit conservé, sauf la dernière phrase, mais qu'on l'inscrive dans la continuité des travaux de notre comité. Ce n'est pas la première fois qu'on le dit; nous le réitérons dans

The Chair: Thank you, senator. Are there any further comments about Senator Carignan's suggestion to keep the first three and a half lines of the first paragraph and to remove the other parts of the text that relate to the Law Reform Commission?

[*English*]

If I don't see any other interventions, I will call the vote.

All those in favour of Senator Carignan's motion that the text read, "The deletion of provisions known to be unconstitutional or obsolete is an important first step in the revision and modernization of the Criminal Code, but much remains to be done to make the Code clear, coherent and comprehensive. The Government of Canada" — or we could have, "The Committee calls the attention of the Government of Canada, as it has done in the past, to undertake a more thorough reform and modernization of the Criminal Code." That would give effect to the suggestion of Senator Dupuis.

All those in favour of the motion of Senator Carignan?

Some Hon. Senators: Agreed.

The Chair: All those opposed?

Some Hon. Senators: Opposed.

The Chair: The motion is carried.

[*Translation*]

Are there any further comments to add to the report I will be making to the house on the bill?

[*English*]

Seeing no other observations, honourable senators, is it agreed that I report the bill, with observations, to the Senate?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Thank you, honourable senators, for your participation and discussion this morning.

(The committee adjourned.)

notre examen du projet de loi C-51. Je n'irai pas plus loin à ce moment-ci.

Le président : Merci, sénatrice. Y a-t-il d'autres observations quant à la suggestion du sénateur Carignan de conserver les trois premières lignes et demie du premier paragraphe et de retirer les autres parties du texte qui se rapportent à la Commission de réforme du droit?

[*Traduction*]

S'il n'y a pas d'autres observations, je vais mettre la motion aux voix.

La motion du sénateur Carignan est que le texte se lise comme suit : « La suppression des dispositions désuètes ou ayant été déclarées inconstitutionnelles est un bon point de départ pour la révision et la modernisation du Code criminel, quoiqu'il faudrait en faire bien davantage pour rendre cette loi claire, cohérente et exhaustive. Le gouvernement du Canada ». Ou nous pourrions avoir : « Comme il l'a déjà fait, le comité signale au gouvernement du Canada qu'il devrait entreprendre une réforme et une modernisation plus approfondies du Code criminel. » Cela aurait l'avantage de tenir compte de la proposition de la sénatrice Dupuis.

Que tous ceux qui sont en faveur de la motion du sénateur Carignan veuillent bien dire « oui ».

Des voix : Oui.

Le président : Que tous ceux qui sont contre veuillent bien dire « non ».

Des voix : Non.

Le président : La motion est adoptée.

[*Français*]

Est-ce qu'il y a d'autres observations à ajouter au rapport que je ferai à la Chambre au sujet du projet de loi?

[*Traduction*]

Comme il n'y a pas d'autres observations, plaît-il au comité que je fasse rapport du projet de loi et des observations annexées au Sénat?

Des voix : D'accord.

Le président : Merci, distingués collègues, de votre participation aux échanges de ce matin.

(La séance est levée.)

WITNESSES

Wednesday, September 19, 2018

As an individual:

Michael Spratt, Partner, Abergel Goldstein & Partners.

Criminal Lawyer's Association:

Genevieve McInnes, Counsel;

Anne-Marie McElroy, Counsel.

Outaouais CAVAC:

Kathleen Dufour, Director General.

Indigenous Bar Association:

Katherine Hensel, Barrister and Solicitor.

Canadian Civil Liberties Association:

Samara Secter, Associate, Addario Law Group.

Thursday, September 20, 2018

Department of Justice Canada:

Carole Morency, Director General and Senior General Counsel, Criminal Law Policy Section;

Nathalie Levman, Counsel, Criminal Law Policy Section;

Matthew Taylor, Acting Senior Counsel, Criminal Law Policy Section.

TÉMOINS

Le mercredi 19 septembre 2018

À titre personnel :

Michael Spratt, associé, Abergel Goldstein & Partners.

Criminal Lawyer's Association :

Genevieve McInnes, avocate;

Anne-Marie McElroy, avocate.

CAVAC de l'Outaouais :

Kathleen Dufour, directrice générale.

Association du Barreau autochtone :

Katherine Hensel, avocate.

Association canadienne des libertés civiles :

Samara Secter, associée, Addario Law Group.

Le jeudi 20 septembre 2018

Ministère de la Justice Canada :

Carole Morency, directrice générale et avocate générale principale, Section de la politique en matière de droit pénal;

Nathalie Levman, avocate, Section de la politique en matière de droit pénal;

Matthew Taylor, avocat-conseil par intérim, Section de la politique en matière de droit pénal.