

SENATE



SÉNAT

CANADA

First Session  
Forty-first Parliament, 2011

---

*Proceedings of the Standing  
Senate Committee on*

LEGAL AND  
CONSTITUTIONAL AFFAIRS

*Chair:*

The Honourable JOHN D. WALLACE

---

Wednesday, November 23, 2011  
Thursday, November 24, 2011

---

Issue No. 6

*First and second (final) meetings on:*  
Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act  
(military judges)

*Sixth meeting on:*  
Study on the provisions and operation of the *Act to amend  
the Criminal Code (production of records in sexual offence  
proceedings)*, S.C. 1997, c. 30

---

INCLUDING:

THE SIXTH REPORT OF THE COMMITTEE  
(Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act  
(military judges))

---

APPEARING:

The Honourable Peter MacKay, P.C., M.P.,  
Minister of National Defence

---

WITNESSES:

*(See back cover)*

Première session de la  
quarante et unième législature, 2011

---

*Délibérations du Comité  
sénatorial permanent des*

AFFAIRES JURIDIQUES  
ET CONSTITUTIONNELLES

*Président :*

L'honorable JOHN D. WALLACE

---

Le mercredi 23 novembre 2011  
Le jeudi 24 novembre 2011

---

Fascicule n° 6

*Première et deuxième (dernière) réunions concernant :*  
Le projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la  
défense nationale (juges militaires)

*Sixième réunion concernant :*  
L'étude sur les dispositions et l'application de la  
*Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers  
dans les cas d'infraction d'ordre sexuel)*, L.C. 1997, ch. 30

---

Y COMPRIS :

LE SIXIÈME RAPPORT DU COMITÉ  
(Projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense  
nationale (juges militaires))

---

COMPARAÎT :

L'honorable Peter MacKay, C.P., député,  
ministre de la Défense nationale

---

TÉMOINS :

*(Voir à l'endos)*

STANDING SENATE COMMITTEE ON  
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable John D. Wallace, *Chair*

The Honourable Joan Fraser, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Angus	Jaffer
Baker, P.C.	Joyal, P.C.
Boisvenu	Lang
Chaput	* LeBreton, P.C.
* Cowan	(or Carignan)
(or Tardif)	Meredith
Frum	Runciman

\*Ex officio members  
(Quorum 4)

COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES  
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

*Président* : L'honorable John D. Wallace

*Vice-présidente* : L'honorable Joan Fraser

et

Les honorables sénateurs :

Angus	Jaffer
Baker, C.P.	Joyal, C.P.
Boisvenu	Lang
Chaput	* LeBreton, C.P.
* Cowan	(ou Carignan)
(ou Tardif)	Meredith
Frum	Runciman

\* Membres d'office  
(Quorum 4)

**ORDER OF REFERENCE**

Extract from the *Journals of the Senate*, Tuesday, November 22, 2011:

Second reading of Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act (military judges).

The Honourable Senator Lang moved, seconded by the Honourable Senator Smith (*Saurel*), that the bill be read the second time.

After debate,

The question being put on the motion, it was adopted.

The bill was then read the second time.

The Honourable Senator Lang moved, seconded by the Honourable Senator Martin, that the bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was adopted.

**ORDRE DE RENVOI**

Extrait des *Journaux du Sénat* du mardi 22 novembre 2011 :

Deuxième lecture du projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires).

L'honorable sénateur Lang propose, appuyé par l'honorable sénateur Smith (*Saurel*), que le projet de loi soit lu pour la deuxième fois.

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le projet de loi est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Lang propose, appuyé par l'honorable sénateur Martin, que le projet de loi soit renvoyé au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

*Le greffier du Sénat,*

Gary W. O'Brien

*Clerk of the Senate*

**MINUTES OF PROCEEDINGS**

OTTAWA, Wednesday, November 23, 2011  
(16)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:16 p.m. this day, in room 257, East Block, the chair, the Honourable John D. Wallace, presiding.

*Members of the committee present:* The Honourable Senators Angus, Baker, P.C., Boisvenu, Chaput, Fraser, Frum, Joyal, P.C., Lang, Meredith, Runciman and Wallace (11).

*In attendance:* Robin MacKay and Erin Shaw, Analysts, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament.

*Also in attendance:* The official reporters of the Senate.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Tuesday, November 22, 2011, the committee began its consideration of Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act (military judges).

**APPEARING:**

The Honourable Peter MacKay, P.C., M.P., Minister of National Defence.

**WITNESSES:***Office of the Judge Advocate General:*

Brigadier-General Blaise Cathcart, Judge Advocate General of the Canadian Forces;

Colonel Michael R. Gibson, Deputy Judge Advocate General, Military Justice.

*University of Calgary:*

Ian Holloway, Dean, Faculty of Law (by videoconference).

The chair made an opening statement.

The Minister made a statement and, together with Brigadier-General Cathcart and Colonel Gibson, answered questions.

At 5:30 p.m., the committee suspended.

At 5:37 p.m., the committee resumed.

Mr. Holloway made a statement and answered questions.

At 6:04 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

**ATTEST:**

\_\_\_\_\_

**PROCÈS-VERBAUX**

OTTAWA, le mercredi 23 novembre 2011  
(16)

[*Traduction*]

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

*Membres du comité présents :* Les honorables sénateurs Angus, Baker, C.P., Boisvenu, Chaput, Fraser, Frum, Joyal, C.P., Lang, Meredith, Runciman et Wallace (11).

*Également présentes :* Robin MacKay et Erin Shaw, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

*Aussi présents :* Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 22 novembre 2011, le comité entreprend son étude du projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires).

**COMPARAÎT :**

L'honorable Peter MacKay, C.P., député, ministre de la Défense nationale.

**TÉMOINS :***Cabinet du Juge-avocat général :*

Brigadier-général Blaise Cathcart, juge-avocat général des Forces canadiennes;

Colonel Michael R. Gibson, avocat général adjoint, Justice militaire.

*Université de Calgary :*

Ian Holloway, doyen, faculté de droit (par vidéoconférence).

Le président fait une déclaration.

Le ministre fait une déclaration puis, avec le brigadier-général Cathcart et le colonel Gibson, répond aux questions.

À 17 h 30, la séance est suspendue.

À 17 h 37, la séance reprend.

M. Holloway fait une déclaration, puis répond aux questions.

À 18 h 4, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

**ATTESTÉ :**

\_\_\_\_\_

OTTAWA, Thursday, November 24, 2011  
(17)

[English]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 10:37 a.m. this day, in room 257, East Block, the chair, the Honourable John D. Wallace, presiding.

*Members of the committee present:* The Honourable Senators Angus, Baker, P.C., Boisvenu, Chaput, Fraser, Frum, Joyal, P.C., Lang, Meredith, Runciman and Wallace (11).

*In attendance:* Robin MacKay and Erin Shaw, Analysts, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament.

*Also in attendance:* The official reporters of the Senate.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Tuesday, November 22, 2011, the committee continued its consideration of Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act (military judges).

It was agreed that the committee proceed to clause-by-clause consideration of Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act (military judges).

It was agreed that the title stand postponed.

It was agreed that clause 1, which contains the short title, stand postponed.

It was agreed that clause 2 carry, with the Honourable Senator Joyal, P.C., abstaining.

It was agreed that clause 1, which contains the short title, carry.

It was agreed that the title carry.

It was agreed that the bill carry, with the Honourable Senator Joyal, P.C. abstaining.

It was agreed that the chair report this Bill to the Senate.

At 10:39 a.m. the committee suspended.

At 10:42 a.m. the committee resumed.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Tuesday, October 4, 2011, the committee continued its study on the provisions and operation of the *Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings)*, S.C. 1997, c. 30. (For complete text of the order of reference, see *proceedings of the committee, Issue No. 3.*)

OTTAWA, le jeudi 24 novembre 2011  
(17)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 10 h 37, dans la pièce 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable John D. Wallace (*président*).

*Membres du comité présents :* Les honorables sénateurs Angus, Baker, C.P., Boisvenu, Chaput, Fraser, Frum, Joyal, C.P., Lang, Meredith, Runciman et Wallace (11).

*Également présentes :* Robin MacKay et Erin Shaw, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

*Aussi présents :* Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 22 novembre 2011, le comité poursuit son étude du projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires).

Il est convenu que le comité procède à l'étude article par article du projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires).

Il est convenu de reporter l'étude du titre.

Il est convenu de reporter l'étude de l'article 1, qui contient le titre abrégé.

Il est convenu d'adopter l'article 2; l'honorable sénateur Joyal, C.P., s'abstient.

Il est convenu d'adopter l'article 1, qui contient le titre abrégé.

Il est convenu d'adopter le titre.

Il est convenu d'adopter le projet de loi; l'honorable sénateur Joyal, C.P., s'abstient.

Il est convenu que le président fasse rapport du projet de loi au Sénat.

À 10 h 39, la séance est suspendue.

À 10 h 42, la séance reprend.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 4 octobre 2011, le comité poursuit son étude sur les dispositions et l'application de la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30. (*Le texte intégral de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 3 des délibérations du comité.*)

*WITNESSES:**University of Alberta:*

Lise Gotell, Associate Professor, Women's Studies (by videoconference).

*Cornwall Community Hospital Assault and Sexual Abuse Program:*

Sarah Kaplan, Manager.

The chair made an opening statement.

Ms. Gotell made a statement and answered questions.

At 10:39 a.m., the committee suspended.

At 10:42 a.m., the committee resumed.

Ms. Kaplan made a statement and answered questions.

At 12:47 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

*ATTEST:**TÉMOINS :**Université de l'Alberta :*

Lise Gotell, professeure associée, Études des femmes (par vidéoconférence).

*Programme d'urgence pour victimes d'agression et de violence sexuelle de l'hôpital communautaire de Cornwall :*

Sarah Kaplan, gestionnaire.

Le président fait une déclaration.

Mme Gotell fait une déclaration, puis répond aux questions.

À 10 h 39, la séance est suspendue.

À 10 h 42, la séance reprend.

Mme Kaplan fait une déclaration puis répond aux questions.

À 12 h 47, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

*ATTESTÉ :*

*La greffière du comité,*

Shaila Anwar

*Clerk of the Committee*

**REPORT OF THE COMMITTEE**

Thursday, November 24, 2011

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

**SIXTH REPORT**

Your committee, to which was referred Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act (military judges), has, in obedience to the order of reference of Tuesday, November 22, 2011, examined the said Bill and now reports the same without amendment.

Respectfully submitted,

**RAPPORT DU COMITÉ**

Le jeudi 24 novembre 2011

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

**SIXIÈME RAPPORT**

Votre comité, auquel a été renvoyé le projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires), a, conformément à l'ordre de renvoi du mardi 22 novembre 2011, examiné ledit projet de loi et en fait maintenant rapport sans amendement.

Respectueusement soumis,

*Le président,*

JOHN D. WALLACE

*Chair*

**EVIDENCE**

OTTAWA, Wednesday, November 23, 2011

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act (military judges), met this day at 4:16 p.m. to give consideration to the bill.

**Senator John D. Wallace** (*Chair*) in the chair.

[*English*]

**The Chair:** Good afternoon. Welcome Senate colleagues, invited guests and members of the general.

I am Senator Wallace, from New Brunswick and chair of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

Colleagues, we are here for our first meeting on Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act (military judges). This bill was introduced in the Senate on November 16, 2011 and referred to this committee for study on November 22, 2011.

On June 2, 2011, the Court Martial Appeal Court of Canada delivered its judgment in the case *R. v. Leblanc*. In its decision, the appeal court determined that the provisions of the National Defence Act and the Queen's Regulations and Orders for Canadian Forces regarding the appointment and retirement of military judges do not sufficiently respect judicial independence as required by section 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

In declaring provisions of the National Defence Act constitutionally invalid and inoperative, the Court Martial Appeal Court of Canada in *R. v. Leblanc* suspended the declaration of invalidity for a period of six months to allow remedial legislation to be enacted. The declaration will be effective on December 2, 2011.

Bill C-16 provides security of tenure for military judges until a fixed retirement age of 60 years, subject only to removal for cause on the recommendation of an inquiry committee.

This bill repeals current provisions of the National Defence Act which provide that military judges are appointed for a five-year term, renewable upon recommendation of a committee until they reach the age of retirement set out in the regulations under the act.

I am pleased to welcome before the committee The Honourable Peter MacKay, P.C., M.P., Minister of National Defence. He is accompanied by Brigadier-General Blaise Cathcart, Judge Advocate General of the Canadian Forces; and Colonel Michael R. Gibson, Deputy Judge Advocate General, Military Justice.

Mr. MacKay, we will begin today with your opening remarks followed by questions from our committee members.

**TÉMOIGNAGES**

OTTAWA, le mercredi 23 novembre 2011

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, à qui a été renvoyé le projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires), se réunit aujourd'hui, à 16 h 16, pour étudier le projet de loi.

**Le sénateur John D. Wallace** (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

**Le président :** Bonjour. Bienvenue à mes collègues sénateurs, à nos invités et aux membres du public.

Je suis le sénateur Wallace; je viens du Nouveau-Brunswick et je préside le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

Chers collègues, nous allons tenir notre première réunion au sujet du projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires). Ce projet de loi a été déposé au Sénat le 16 novembre 2011 et renvoyé au comité pour étude le 22 novembre 2011.

Le 2 juin 2011, la Cour d'appel de la cour martiale du Canada a rendu son jugement dans l'affaire *R. c. Leblanc*. Dans sa décision, la Cour d'appel a jugé que les dispositions de la Loi sur la défense nationale et les Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes concernant la nomination et la retraite des juges militaires ne respectaient pas suffisamment l'indépendance de la magistrature comme l'exige l'alinéa 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Après avoir déclaré que certaines dispositions de la Loi sur la Défense nationale étaient invalides et inopérantes sur le plan constitutionnel, la Cour d'appel de la cour martiale du Canada a, dans *R. c. Leblanc*, suspendu la déclaration d'invalidité pendant six mois afin de permettre l'adoption de lois correctives. La déclaration entrera en vigueur le 2 décembre 2011.

Le projet de loi C-16 assure l'inamovibilité des juges militaires jusqu'à l'âge de la retraite fixé à 60 ans, sauf en cas de révocation motivée fondée sur la recommandation d'un comité d'enquête.

Le projet de loi abroge les dispositions actuelles de la Loi sur la défense nationale qui prévoient que les juges militaires sont nommés pour un mandat de cinq ans, renouvelable sur recommandation d'un comité jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la retraite fixé par un règlement pris aux termes de la loi.

J'ai le plaisir d'accueillir au comité, l'honorable Peter MacKay, C.P., député, ministre de la Défense nationale. Il est accompagné par le brigadier-général Blaise Cathcart, juge-avocat général des Forces canadiennes, et par le colonel Michael R. Gibson, avocat général adjoint, Justice militaire.

Monsieur MacKay, nous allons commencer aujourd'hui par entendre votre déclaration préliminaire qui sera suivie par les questions posées par les membres du comité.



Honourable senators, we originally thought the minister would be with us for an hour, but there is a vote occurring shortly in the chamber. We will move without further adieu to hear from our first witness and any opening the statement the minister may care to make.

**Hon. Peter MacKay, P.C., M.P., Minister of National Defence:** Thank you honourable senators. I am always pleased to be here. I will try to keep my opening statement brief so that we can move to questions.

As set out earlier, the topic today is Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act (military judges). As you are aware, this is a bill that aims to ensure the continued and proper functioning of our military justice system, and in particular the trial by court martial.

Before I begin, let me express my appreciation to all of you for your willingness to deal with this matter on an expedited basis. In my view, that speaks to a number of things, but from a military perspective, it most notably speaks to your commitment to working with the military to ensure our that men and women in uniform have consistency. I know there is appreciation for the urgency of the passage of this particular bill, which is very narrow in its focus.

Bill C-15, which will be before you soon, will deal with some of the broader issues that have emerged as well.

There are members of the committee who will recall that I last appeared before this committee in March 2009. At that time my appearance was to deal with discussion around issues related to Bill C-60, which dealt with courts martial and a similar modernization of the act. Like Bill C-60, this bill, C-16, proposes some straightforward yet urgent amendments to the National Defence Act brought about by case law and challenges to sections of the act.

The government has elected to present these amendments in a focused and targeted bill to ensure their passage into law by December 2. The December 2 date has significance based on the judge's decision. I will explain why that date is important in a moment.

The amendments in this bill, however, form part of a more comprehensive package of amendments to update the act, which of course I look forward to discussing with you when we consider Bill C-15.

[Translation]

In June of this year, the Court Martial Appeal Court rendered its decision on the case of *R versus Leblanc*. Specifically, this ruling concluded that the process by which military judges are appointed — currently on a five-year renewable basis — does not satisfy the constitutional requirement for an independent judiciary.

Sénateurs, nous pensions au départ que le ministre devait rester avec nous une heure, mais il va bientôt y avoir un vote à la Chambre. Nous allons commencer immédiatement par entendre notre premier témoin ainsi que la déclaration d'ouverture que le ministre pourrait souhaiter faire.

**L'honorable Peter MacKay, C.P., député, ministre de la Défense nationale :** Merci sénateurs. Je suis toujours heureux d'être ici. Je vais essayer de vous présenter une brève déclaration d'ouverture pour que nous puissions ensuite passer aux questions.

Comme cela a été mentionné il y a un instant, le sujet à l'étude aujourd'hui est le projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires). Comme vous le savez, ce projet de loi vise à assurer le bon fonctionnement de notre système de justice militaire, tout particulièrement celui des procès devant une cour martiale.

Avant de commencer, permettez-moi, honorables sénateurs, de vous remercier d'avoir accepté de considérer ce projet de loi dans un si bref délai. À mon avis, cela veut dire beaucoup de choses, mais du point de vue militaire, cela en dit beaucoup sur votre engagement à travailler avec les militaires, pour faire en sorte que les hommes et les femmes qui portent l'uniforme soient traités de façon cohérente. Je sais que vous comprenez l'urgence d'adopter ce projet de loi particulier, qui a une portée très étroite.

Le projet de loi C-15, qui vous sera présenté bientôt, traitera de questions plus vastes qui sont également apparues.

Il y a des membres du comité qui se souviennent de ma dernière comparution devant le comité en mars 2009. À l'époque, je comparaisais pour parler des questions touchant le projet de loi C-60, qui traitait des cours martiales et qui tentait également de moderniser la Loi. Tout comme le projet de loi C-60, le présent projet de loi, le C-16, propose des modifications simples, mais urgentes, à la Loi sur la défense nationale, qui sont exigées par la jurisprudence et par les contestations dont on fait l'objet de certains articles de la loi.

Le gouvernement a choisi de présenter ces modifications par le biais d'un projet de loi ciblé afin qu'elles soient adoptées d'ici le 2 décembre. La date du 2 décembre est importante à cause de la décision rendue par le juge. Je vous expliquerai dans un moment pourquoi cette date est importante.

Les modifications qu'introduit le projet de loi font toutefois partie d'un ensemble plus général de modifications qui visent à moderniser la loi, aspect que j'aimerais beaucoup aborder avec vous lorsque nous examinerons le projet de loi C-15.

[Français]

En juin dernier, la Cour d'appel de la cour martiale a rendu un jugement dans l'affaire *R. c. Leblanc*. Plus précisément, il a été déterminé que le processus de nomination des juges militaires actuellement, pour un mandat renouvelable de cinq ans, ne respecte pas suffisamment l'exigence constitutionnelle quant à l'indépendance judiciaire.

[English]

The court gave Parliament six months, or until that date of December 2, to pass remedial legislation to update the National Defence Act. At that time, if not amended, the legislative provisions related to the appointment and tenure of military judges would be declared constitutionally invalid. This, I would suggest to honourable senators, could cause considerable consternation, instability and generally lead to more litigation.

Bill C-16 proposes avoiding this outcome by providing military judges with security of tenure to a fixed age of 60, subject only to removal for cause based on the recommendation of an inquiry committee.

Mr. Chair, honourable senators, we recognize that 60 is an earlier age for retirement compared to most judges in the civilian justice system, let alone this place, but we must keep in mind that military judges are still commissioned officers in the Canadian Forces. As a result, a balance must be struck between the need for an experienced judiciary and the need for maintaining a certain level of physical fitness and “deployability” of its members.

For emphasis, I underscore that members of this judiciary are active members of the Canadian Forces; that is, they are subject to the same rules and regulations as all serving members of the Canadian Forces, including deployability to such places as Afghanistan, Haiti or wherever Canadian Forces may be deployed. For this reason, 60 is the prescribed retirement age for members of the Canadian Forces. It is proposed that this would also apply to military judges for uniformity.

[Translation]

By ensuring security of tenure to the fixed age of 60, Bill C-16 will make a significant contribution to ensuring the continued independence of military judges within the military justice system. It will also help further bring the military justice system into alignment with Canadian legal norms and our Constitution.

Should, however, Bill C-16 not move forward quickly, the ability of military judges to hear and try cases will be put into question, causing uncertainty within the military justice system.

[English]

In conclusion, let me thank you once again for the important contribution that you make to maintaining the health and vitality of the Canadian Forces in your consideration of this bill and by recognizing the urgency surrounding Bill C-16. This will help to ensure that Canada’s military, and most notably its judicial system, can continue to operate effectively in the service of Canadians.

I thank you, Mr. Chair and honourable senators. I will be pleased to take your questions.

[Traduction]

La cour a accordé au Parlement six mois, ou jusqu’au 2 décembre, pour adopter des mesures correctives visant à mettre à jour la Loi sur la défense nationale. Si elles ne sont pas modifiées d’ici là, les dispositions portant sur la nomination et le mandat des juges militaires seront déclarées invalides parce qu’inconstitutionnelles. Je peux vous dire, honorables sénateurs, que cela causerait beaucoup de consternation, d’instabilité et, d’une façon générale, susciterait de nombreux litiges.

Dans le but d’éviter que cela se produise, le projet de loi C-16 propose de garantir l’inamovibilité des juges militaires jusqu’à ce qu’ils atteignent l’âge de 60 ans, sauf révocation motivée fondée sur la recommandation d’un comité d’enquête.

Monsieur le président, sénateurs, nous sommes conscients du fait que l’âge de la retraite proposé, soit 60 ans, est bien inférieur à celui de la retraite de la majorité des juges du système de justice civile, et encore plus à celui en vigueur ici; il faut toutefois tenir compte du fait que les juges militaires sont des officiers des Forces canadiennes qui ont obtenu une commission. Voilà pourquoi, il faut préserver un équilibre entre, d’un côté, le besoin de disposer de juges chevronnés et de l’autre, la « déployabilité » et la condition physique de tout le personnel militaire.

Je souligne une fois de plus que les membres de cette magistrature sont des membres actifs des Forces canadiennes; c’est-à-dire qu’ils sont assujettis aux mêmes règles et règlements que tous les membres des Forces canadiennes en service, qu’ils sont susceptibles d’être envoyés dans des endroits comme l’Afghanistan, Haïti ou à n’importe quel endroit où les Forces canadiennes peuvent être déployées. C’est pour cette raison que l’âge de la retraite prescrit pour les membres des Forces canadiennes est de 60 ans. Il est donc proposé que cet âge s’applique également aux juges militaires par souci d’uniformité.

[Français]

En garantissant la sécurité d’emploi des juges militaires jusqu’à l’âge de 60 ans, le projet de loi C-16 contribuera grandement à assurer leur indépendance continue au sein du système de justice militaire. Il permettra également de favoriser l’harmonisation du système de justice militaire avec les normes juridiques canadiennes et notre constitution.

Si le projet de loi C-16 n’est pas adopté rapidement, la capacité des juges militaires sera remise en question, ce qui causera une incertitude au sein du système de justice militaire.

[Traduction]

En conclusion, permettez-moi de vous remercier pour l’importante contribution que vous apportez à la santé et à la vitalité des Forces canadiennes, notamment en reconnaissant l’urgence du projet de loi C-16. De cette façon, l’armée canadienne, et plus particulièrement son système judiciaire, pourra continuer à fonctionner de façon efficace au service des Canadiens.

Je vous remercie, monsieur le président et honorables sénateurs. Je serai heureux de répondre à vos questions.

**The Chair:** Colleagues, when it is necessary for the minister to leave to return to the house, I understand the brigadier-general and colonel are prepared to stay and answer any additional questions you may have. Our first question is from the deputy chair, Senator Fraser.

**Senator Fraser:** Welcome, minister; it is always a pleasure to have you with us.

I think I understand your reasoning about why the age of 60 was chosen, although I believe I have read that deployability is less iffy than it used to be because of the capacity for people to do video conferencing, pre-conferencing electronically and by telephone.

Still, it occurs to me that one of the advantages of having a higher retirement age for judges is that that judge can be in office longer and accumulate the wisdom that comes with experience. I know they are all competent when they are named, but the longer they serve presumably the more they learn and the more they understand. With a standard age now of 60, what do you think will be the average length of tenure of military judges? Do you have a fix on that?

**Mr. MacKay:** My sense is that the age would be consistent with the requirement under the Queen's Regulations and Orders, which if set at 60 is consistent with our current retirement age within the Canadian Forces. It is uncommon, to say the least, that a member would serve beyond the age of 60. There are exceptional circumstances and a time of war would certainly be one of them.

**Senator Fraser:** That I can see. What I am asking is how old do you think most judges are or will be under the new regime when they are named? How many years will they get to be judges before they reach 60?

**Mr. MacKay:** We are seeing judges named earlier and earlier, quite frankly. It depends, as in the selection of judges in the civilian system, on merit and the quality of the judge that we seek. We have members who, as you would be aware, senator, enrol in the Canadian Forces as early as age 17. In many cases they go on to attend law school while serving as members of the forces, but I would say the average appointment to this position tends to happen in the latter part of one's career, presumably in their late forties, early fifties.

**Senator Fraser:** I do have many questions, Mr. Chair, but I know the minister's time is short. If we have time for a second round, you can put my name down.

**The Chair:** I appreciate that, senator.

**Senator Baker:** I want to welcome the minister, and I hope he continues to do the great job he has been doing out East for everyone.

**Le président :** Lorsque le ministre devra se rendre à la Chambre, je crois que le brigadier-général et le colonel seront disposés à rester avec nous pour répondre aux questions supplémentaires que vous aimeriez leur poser. Notre première question est celle de la vice-présidente, le sénateur Fraser.

**Le sénateur Fraser :** Bienvenue monsieur le ministre; c'est toujours un plaisir de vous voir.

Je crois comprendre le raisonnement qui a débouché sur le choix de l'âge de 60 ans, même si je crois avoir lu que la déployabilité est moins problématique qu'auparavant parce qu'on peut utiliser les vidéoconférences, participer aux conférences préalables en utilisant des moyens électroniques et le téléphone.

Il me semble toutefois qu'un des avantages qu'offre un âge de la retraite des juges plus élevé est que ces derniers pourraient exercer leurs fonctions plus longtemps et accumuler la sagesse qui vient avec l'expérience. Je sais qu'ils sont tous compétents au moment de leur nomination, mais il est possible de penser qu'avec l'expérience, ils comprennent davantage le contexte et apprennent certaines choses. Avec un âge désormais fixé à 60 ans, quelle sera d'après vous la durée moyenne des fonctions des juges militaires? Avez-vous une idée là-dessus?

**M. MacKay :** Je pense que cet âge est conforme à ce qu'exigent les Ordonnances et règlements royaux, et que, s'il est fixé à 60 ans, il serait conforme à l'âge de la retraite actuelle au sein des Forces canadiennes. Il est inhabituel, pour ne pas dire plus, qu'un membre des Forces armées soit en activité après avoir atteint l'âge de 60 ans. Il y a bien sûr, des circonstances exceptionnelles, comme par exemple, en temps de guerre.

**Le sénateur Fraser :** Je comprends cela. Je vous demande à quel âge la plupart des juges seront nommés, d'après vous, avec le nouveau régime? Pendant combien d'années vont-ils exercer leurs fonctions de juge avant d'atteindre l'âge de 60 ans?

**M. MacKay :** Nous nommons en fait des juges de plus en plus jeunes. Cela dépend, comme pour la sélection des juges dans le système civil, des mérites et de la qualité du juge que nous recherchons. Il y a également des militaires qui, comme vous le savez, sénateur, s'engagent dans les Forces canadiennes dès l'âge de 17 ans. Bien souvent, ils font des études de droit tout en étant membres des Forces, mais je dirais que l'âge moyen des nominations à ce poste s'effectue en général dans la deuxième moitié de leur carrière, à la fin de la quarantaine ou au début de la cinquantaine.

**Le sénateur Fraser :** J'aimerais poser beaucoup d'autres questions, monsieur le président, mais je sais que le ministre ne dispose pas de beaucoup de temps. Si nous avons suffisamment de temps pour un deuxième tour de questions, vous pouvez inscrire mon nom.

**Le président :** Je le comprends, sénateur.

**Le sénateur Baker :** J'aimerais souhaiter la bienvenue au ministre et j'espère qu'il continuera de faire l'excellent travail qu'il accomplit dans l'Est pour tout le monde.

The three witnesses are all former litigators and the minister has the most experience in litigation. He has been in court more than any of the three. My main concern is that since the mid-1990s we have seen a proliferation of judgments saying that since the military courts have assumed responsibility for the Criminal Code, for all federal laws, that the role of the military judge has changed dramatically. We have seen many judgments where there were Charter challenges, successful Charter challenges, decisions reversed and so on.

Why set the age at 60 when the comparable judge in a superior court has a retirement age of 75? Why set the age of 60 if in fact, as we know under the Queen's Regulations and Orders, someone can even go on beyond 60 years of age if they apply to the minister or the Chief of the Defence Staff for an extension? Why set the age of 60 when you could have set it much higher?

**Mr. MacKay:** I would respectfully disagree, senator, in terms of the ability to set the age higher. To do so would go outside the Queen's Regulations and Orders. This comes back to military service, which is separate and apart from the responsibilities that would rest with a civilian judge.

You are absolutely right in suggesting and characterizing the fact that judges in our civilian system do serve to age 75, and I suspect that there are some who, given the opportunity, would stay longer, quite frankly. There is certainly reason behind your argument to suggest that people — present company included — make enormous contributions beyond the age of 60. The reality with military service is that there is that physical requirement, even for judges, to deploy and to meet a service standard of physical fitness.

I will tell you a little story that is apropos of the reaction of a young soldier versus a senior soldier that was told to me once by General Hillier, former Chief of the Defence Staff. He said when you tell a 19-year-old to run up a hill in the pouring rain under heavy fire, he will run up the hill; and when he gets to the top, he will say that was stupid. If you tell a 50-year-old soldier to run up the hill under heavy fire in the pouring rain, he will stand at the bottom of the hill and say that is stupid.

There is a different attitude that comes with age, seniority and perhaps perspective. That is not applicable to judges, but it is to illustrate that the expectations of young soldiers and those who serve to age 60 frankly remain the same. Even though it is unlikely and, as the previous senator mentioned, there are new and innovative technologies that allow for the use of video conferencing, the reality is that in places like Haiti, Afghanistan and some of the theatres of operation, you have to have a person on the ground to act in that capacity as a military judge, and they have to meet that service standard that is expected of every

Les trois témoins sont tous d'anciens avocats plaidants et c'est le ministre qui a le plus d'expérience dans le domaine du contentieux. Des trois, c'est lui qui a passé le plus de temps devant les tribunaux. Ma principale préoccupation vient du fait que, depuis le milieu des années 1990, les tribunaux ont rendu toute une série de jugements qui disent que le rôle des juges militaires a été modifié profondément depuis que les tribunaux militaires entendent des affaires concernant le Code criminel et toutes les autres lois fédérales. Nous avons vu de nombreux jugements portant sur des contestations constitutionnelles, des contestations dans lesquelles les demandeurs obtenaient gain de cause, des décisions infirmées et ce genre de choses.

Pourquoi fixer l'âge de la retraite à 60 ans alors qu'un juge comparable, celui d'une cour supérieure, prend sa retraite à 75 ans? Pourquoi retenir l'âge de 60 ans puisque nous savons que conformément aux Ordonnances et règlements royaux, un militaire peut rester en activité après 60 ans s'il demande une prolongation de service au ministre ou au chef d'état-major? Pourquoi fixer l'âge à 60 ans, alors que vous auriez pu le fixer beaucoup plus tard?

**M. MacKay :** Permettez-moi de ne pas être d'accord avec vous, sénateur, pour ce qui est de la possibilité de fixer un âge plus élevé. Cela n'est pas prévu par les Ordonnances et règlements royaux. Cela s'explique par le service militaire, qui est un aspect tout à fait distinct des responsabilités qu'assume un juge civil.

Vous avez tout à fait raison de dire que les juges de notre système civil exercent leurs fonctions jusqu'à 75 ans et je crois également que, si on leur en donnait la possibilité, certains siègeraient encore plus longtemps. Votre argument, selon lequel les gens — et tous ceux qui sont ici en font partie — apportent une énorme contribution après 60 ans, me paraît tout à fait fondé. Par contre, le service militaire exige une certaine condition physique, même pour les juges, parce que les militaires doivent pouvoir être déployés et qu'ils doivent respecter la norme militaire en matière de condition physique.

Je vais vous raconter une anecdote au sujet de la réaction d'un jeune soldat par rapport à celle d'un soldat plus âgé et que m'a racontée un jour le général Hillier, ancien chef d'état-major. Il m'a dit que, lorsque vous demandez à un jeune de 19 ans de grimper une colline en courant, sous la pluie et sous un tir nourri, il le fait. Mais lorsqu'il arrive au sommet, il se dit qu'il a été stupide. Mais si vous dites à un soldat de 50 ans de courir jusqu'au sommet de la colline sous un tir nourri et sous la pluie, il va rester en bas de la colline et dire que cela est stupide.

L'âge, l'ancienneté et peut-être les points de vue modifient l'attitude d'un militaire. Cela ne s'applique pas aux juges, mais cela veut simplement illustrer que les attentes des jeunes soldats et de ceux qui restent dans l'armée jusqu'à l'âge de 60 ans sont toujours les mêmes. Même si cela est peu probable et si, comme le sénateur précédent l'a mentionné, il existe de nouvelles technologies qui permettent l'utilisation de la vidéoconférence, il y a des endroits comme Haïti, l'Afghanistan et certains théâtres d'opérations, où il faut être sur place pour agir en qualité de juge militaire; ils doivent donc respecter les normes de service

servicing member. That has been upheld by the Supreme Court of Canada, and this bill is consistent with those Queen's Regulations and Orders, as well as the case law.

**Senator Baker:** The Queen's Regulations and Orders permit someone to stay on beyond the mandatory retirement age.

**Mr. MacKay:** Usually for a year or two at the discretion —

**Senator Baker:** At your discretion.

**Mr. MacKay:** Yes, they could stay on, but not in the capacity as a military judge. They could stay on as a colonel or they could serve in some other capacity.

**Senator Baker:** However, before that, the judge has to retire. That is another way of putting it.

**Mr. MacKay:** Correct.

**Senator Baker:** You mentioned that the Supreme Court of Canada has judged this to be lawful. However, when we read case summaries before the grievance board, a decision of January 12, 2011, the Chief of the Defence Staff disagrees with the grievance board about the retirement age — this is after you made 60 the compulsory retirement age; you increased it.

It says here that the board acknowledged that any resulting change in the policy would not cover this particular person. However, they said, based on jurisprudence, that discrimination based on age is no longer justified as a reasonable limit within a free and democratic society in virtue of section 1 of the Charter.

**The Chair:** I am sorry to interrupt. The minister, I believe, has five minutes before the vote. If there is a point, can you get to it quickly?

**Senator Baker:** I would let the minister go, but I would like to go back on the record for the other two witnesses who could answer that question. I thank the minister. He has a thorough knowledge of this subject.

**Mr. MacKay:** Mr. Chair, I do apologize to all the honourable senators. I will undertake to do my best to return, but I leave you in very able hands with these gentlemen. Again, I do thank you for your consideration of this bill.

**The Chair:** We appreciate it, Mr. Minister. We were very pleased to have you here.

**Senator Baker:** Can I continue?

**The Chair:** Yes, please continue, senator.

When we read these cases summaries of the grievance board and the response of the Chief of the Defence Staff, we see things. For example, the minister mentioned the Supreme Court of Canada; it says the Chief of the Defence Staff was of the opinion that the Supreme Court's decision in *McKinney* in 1990, in which

applicables à tous les soldats. Cela a été confirmé par la Cour suprême du Canada et le projet de loi est conforme aux Ordonnances et règlements royaux, ainsi qu'à la jurisprudence.

**Le sénateur Baker :** Les Ordonnances et règlements royaux permettent à un militaire de demeurer en activité au-delà de l'âge obligatoire de la retraite.

**M. MacKay :** Habituellement, pour un an ou deux à la discrétion...

**Le sénateur Baker :** À votre discrétion.

**M. MacKay :** Oui, ils pourraient rester dans les FC, mais non pas en qualité de juge militaire. Ils pourraient rester comme colonel ou à un autre titre.

**Le sénateur Baker :** Mais avant de le faire, le juge doit prendre sa retraite. C'est une autre façon de le dire.

**M. MacKay :** Exact.

**Le sénateur Baker :** Vous avez mentionné que la Cour suprême du Canada avait déclaré que cela était légal. Par contre, lorsqu'on lit les résumés des cas entendus par le comité de grief on constate que, dans une décision du 12 janvier 2011, le chef d'état-major a eu une opinion différente de celle du comité de grief au sujet de l'âge de la retraite. Cela s'est passé après que vous ayez fixé l'âge obligatoire de la retraite à 60 ans; vous l'avez relevé.

Selon cette décision, le comité a admis que les changements de politique en découlant ne seraient pas applicables à cette personne. Ils ont toutefois déclaré que selon la jurisprudence, la discrimination fondée sur l'âge n'est plus justifiée à titre de limite raisonnable au sein d'une société libre et démocratique, selon l'article premier de la Charte.

**Le président :** Excusez-moi de vous interrompre. Il ne reste, je crois, que cinq minutes au ministre avant le vote. Si vous avez une question, pouvez-vous la poser rapidement?

**Le sénateur Baker :** Je vais libérer le ministre, mais j'aimerais demander, pour le compte rendu, aux deux autres témoins de répondre à cette question. Je remercie le ministre. Il connaît très bien ce sujet.

**M. MacKay :** Monsieur le président, je tiens à présenter mes excuses à tous les sénateurs. Je vais faire tout mon possible pour revenir, mais je vous laisse entre les mains, très capables, de ces messieurs. Encore une fois, je vous remercie de bien vouloir étudier ce projet de loi.

**Le président :** Nous comprenons cela, monsieur le ministre. Nous avons été très heureux de vous voir.

**Le sénateur Baker :** Puis-je poursuivre?

**Le président :** Oui, allez-y, sénateur.

Lorsque nous lisons ces résumés de cas du comité de grief et la réponse du chef d'état-major, nous constatons certaines choses. Par exemple, le ministre a mentionné la Cour suprême du Canada; on peut lire que le chef d'état-major a estimé que l'arrêt de la Cour suprême, *McKinney*, rendu en 1990, dans lequel elle a jugé que

it was held that the mandatory retirement age is not discriminatory, remains the applicable jurisprudence, while the opposite and more recent trend on the same matter was rendered by inferior courts, including the Federal Court and your own court of appeal.

It is, according to our Charter, not lawful to limit individuals — I am not talking about general classifications that you can negotiate or make a judgment on — to a retirement age that is set at 60 when it would not be fitting to do so. I would suggest to you that the function of a judge does not require that person to be retired prior to him going beyond the age of 60.

**Brigadier-General Blaise Cathcart, Judge Advocate General of the Canadian Forces, Office of the Judge Advocate General:** First, Mr. Chair, let me thank you for the kind invitation to appear before the wise Senate yet again. I was here last on Bill C-60 and had an engaging debate on a similar issue. I am privileged to be back before you.

If I may come back to first principles, as we lawyers like to do, much of your question, Senator Baker — and perhaps Senator Fraser's question — focuses on age and then linking it to retirement. I think it is a nuance but an important point that the bill is suggesting that the end of the appointment as a military judge is at the age of 60.

Retirement is separate from that piece of legislation. Retirement occurs under the Queen's Regulations and Orders. Hence, those provisions that you mentioned about the ability to extend apply to all officers. The only age that 60 relates to, other than those officers, is the judge in the proposed legislation. It is a bit of a nuance, but an important one.

**Senator Baker:** Everyone else can go on beyond, but the judges cannot.

**Brig.-Gen. Cathcart:** It is not retirement based on age; it is end of appointment as judge at the age of 60.

We are saying that after that period of time, you may, like any other officer, continue. You may not be retired at that point. Your time as judge is finished, but you may not be retired as a member of the Canadian Forces if the minister or the chief in the appropriate circumstances under the Queen's Regulations and Orders says you are extended.

Getting back to the issue of the human rights aspect, I think, with respect, the cases are clear from the Supreme Court that have upheld the mandatory retirement ages, which is again the whole circle of people — not judges, but all officers and non-commissioned members. That is reflected also in the Canadian Human Rights Act, which makes a very specific exemption for the Canadian Forces to allow them to have mandatory retirement ages.

l'âge obligatoire de la retraite n'était pas discriminatoire, demeure la jurisprudence applicable, alors que la tendance contraire, plus récente, sur cette même question provient de tribunaux inférieurs, y compris de la Cour fédérale et de votre propre Cour d'appel.

D'après notre Charte, il n'est pas légal de fixer l'âge de la retraite à 60 ans, lorsque cela n'est pas approprié et là, je ne parle pas de catégories générales pour lesquelles il est possible de négocier ou de porter un jugement. J'estime que les fonctions de juge n'exigent pas que la personne qui les exerce prenne sa retraite avant de dépasser l'âge de 60 ans.

**Brigadier-général Blaise Cathcart, juge-avocat général des Forces canadiennes, Cabinet du Juge-avocat général :** Tout d'abord, monsieur le président, permettez-moi de vous remercier pour votre aimable invitation de comparaître devant ces sages sénateurs. J'étais ici la dernière fois à propos du projet de loi C-60 et j'ai eu un débat intéressant sur une question semblable. C'est un privilège d'être à nouveau devant vous.

Si vous permettez que j'en revienne aux principes fondamentaux, comme tous les avocats aiment le faire, l'essentiel de votre question, sénateur Baker — et peut-être celle du sénateur Fraser — porte sur l'âge et sur son lien avec la retraite. Je crois que c'est là une nuance, mais il me paraît important de faire remarquer que, selon le projet de loi, la nomination au poste de juge militaire prend fin à l'âge de 60 ans.

La retraite est un aspect distinct de cette mesure législative. La retraite est prévue par les Ordonnances et règlements royaux. Par conséquent, les dispositions que vous avez mentionnées et qui parlent de la possibilité de demeurer en activité s'appliquent à tous les officiers. L'âge de 60 ans concerne uniquement, à part ces officiers, les juges visés par le projet de loi. C'est peut-être une nuance, mais elle est importante.

**Le sénateur Baker :** Tout le monde peut dépasser cet âge, mais les juges ne peuvent pas le faire.

**Bgén Cathcart :** Ce n'est pas une retraite basée sur l'âge; c'est la fin de la nomination du juge lorsqu'il atteint l'âge de 60 ans.

Nous disons qu'après cet âge, il peut demeurer en activité, comme n'importe quel autre officier. Vous n'êtes pas nécessairement à la retraite à ce moment-là. Vous avez cessé de siéger comme juge, mais vous n'êtes pas à la retraite comme membre des Forces canadiennes si le ministre ou le chef d'état-major vous autorise à demeurer en activité, aux termes des Ordonnances et règlements royaux, si les circonstances s'y prêtent.

Pour en revenir à la question des droits de la personne, je pense que les arrêts de la Cour suprême indiquent clairement que l'âge de la retraite obligatoire est une mesure valide, et que cela touche tous les militaires, non pas les juges, mais tous les officiers et les sous-officiers. On retrouve cela également dans la Loi canadienne sur les droits de la personne qui prévoit une exception très précise pour les Forces canadiennes et pour qu'elles puissent imposer un âge de la retraite obligatoire.

I would respectfully take issue that the trend or the case law is there to appoint where decision makers would say we are bound by a different case.

**Senator Baker:** To argue whatever you wish to argue, for or against; I agree with that.

In conclusion, Mr. Chair, we all read the judgment that was made regarding your salaries. Madam Justice L'Heureux-Dubé was a member of that board and she made recommendations at the end. She had a few separate comments; did you read them?

**Brig.-Gen. Cathcart:** I think you are referring to the Military Judges Compensation Committee.

**Senator Baker:** Yes, in which the judges argued that they were like superior court judges — their functions were more than just military in nature — in order to be granted a salary higher than that of a provincial court judge, which the government did approve, in excess of \$200,000. That argument is used there in the name of judicial independence. Yet, you set the age of 60 in an argument against, some would suggest, judicial independence as it relates to other judges.

Madam Justice L'Heureux-Dubé suggested at the end of that report that there should be no distinction between federal judges and military judges. Do you have any response to that general observation that I have just made?

**Brig.-Gen. Cathcart:** Again, to go back to the first principles, we have to start from the point that the Supreme Court in *R. v. Généreux* recognized, that there is a separate and distinct military system. Otherwise, we would not be having these discussions; we would run it under a civilian system.

I think, as the court recognized, that must mean something. What that something is, I believe, is a wide spectrum of policy choices open to the Government of Canada at whatever points in time to decide what does that mean?

What does a separate military justice system mean? Whether you are talking about prosecutors, defence counsel, judges and all the representatives you would find in a civilian system, what does that mean? What does that look like in a military justice system? When it comes to judges, I think the government's policy choice — which Parliament adopted — was that there is a difference between a civilian judge and a military one.

The military judge must, by law, be a military officer with at least 10 years at the bar before they can be appointed. I believe that fairly reflects a policy analysis to say, "There are certain qualities about being an officer — your experience, your understanding of the culture of the military — that allows you." I am not necessarily saying I disagree with Madam Justice L'Heureux-Dubé because she was in a specific scenario about pay. However if it is wrapped up in the security of tenure argument — which is the *Leblanc* case and what Bill C-16 is about — then it is just a policy choice. I think age 60 gives more

Je ne pense pas que la tendance générale ou la jurisprudence permet ceci, alors que les décideurs estiment que nous sommes liés par un autre arrêt.

**Le sénateur Baker :** Il est toujours possible d'examiner les deux côtés d'une question; j'en conviens.

En conclusion, monsieur le président, nous avons tous lu le jugement qui a été rendu au sujet de vos soldes. Madame la juge L'Heureux-Dubé était membre de ce comité et elle a présenté des recommandations. Elle a formulé quelques commentaires à titre personnel; les avez-vous lus?

**Bgén Cathcart :** Je pense que vous faites référence au Comité sur la rémunération des juges militaires.

**Le sénateur Baker :** Oui, les juges soutenaient qu'ils étaient comme les juges des cours supérieures — que leurs fonctions n'étaient pas seulement militaires — de façon à obtenir une rémunération supérieure à celle d'un juge de la Cour provinciale, ce que le gouvernement a approuvé, une rémunération de plus de 200 000 \$. Cet argument a été mis de l'avant au nom de l'indépendance de la magistrature. Pourtant, vous fixez cet âge à 60 ans pour aller à l'encontre, d'après certains, de l'indépendance des juges par rapport à celle d'autres juges.

Madame la juge L'Heureux-Dubé mentionne à la fin de ce rapport qu'il ne devrait pas y avoir de différence entre les juges fédéraux et les juges militaires. Pouvez-vous faire un commentaire sur l'observation générale que je viens de formuler?

**Bgén Cathcart :** Là encore, pour revenir aux principes fondamentaux, il faut partir du fait que dans *R. c. Généreux*, la Cour suprême a reconnu qu'il existait un système militaire séparé et distinct. Autrement, nous n'aurions pas ce genre de discussions; il fonctionnerait comme le régime civil.

Je crois que, comme la Cour l'a reconnu, cela doit vouloir dire quelque chose. Ce quelque chose est, je crois, toute une gamme d'orientations que peut choisir le gouvernement du Canada au moment où il l'estime nécessaire et pour préciser ce que cela veut dire.

Qu'est-ce qu'un système de justice militaire distinct? Que l'on parle de poursuivants, d'avocats de la défense, de juges et de tous les représentants que l'on retrouve dans le système civil, qu'est-ce que cela veut dire? Comment cela se présente-t-il dans un système de justice militaire? Pour ce qui est des juges, je crois que le choix qu'a fait le gouvernement — et que le Parlement a adopté — est de dire qu'il y a une différence entre un juge civil et un juge militaire.

La loi exige que le juge militaire soit un officier militaire qui a été membre d'un barreau pendant au moins 10 ans avant d'être nommé. Je pense que cela est conforme à une politique que de dire « un officier possède certaines qualités — une expérience, une compréhension de la culture militaire — qui lui permettent... ». Je ne dis pas nécessairement que je ne souscris pas au commentaire de madame la juge L'Heureux-Dubé, parce qu'elle examinait un cas particulier, celui de la rémunération. Par contre, si l'on relie tout cela à l'argument de l'inamovibilité — sur laquelle portait l'arrêt *Leblanc* et sur laquelle porte le projet de loi C-16 — alors

certainty from a Court Martial Appeal Court of Canada perspective than five years renewable. That is where the policy decision is at the moment.

**Senator Lang:** I think it is safe to say everyone around the table accepts the fact that the principle of tenure is being met in the bill. The only area of real discussion is the question of age and whether that age is appropriate.

What I have learned from examining the bill and information provided to me, age 60 is based on the fact you are a military officer. However, just as important is the question of physical fitness and being able to do certain things that perhaps a civilian judge would not be asked to do.

Could you expand on the required level of physical fitness? There is another area of concern. The way I understand it, as we age there are possibilities of further physical disabilities. They come in to play once again in your fitness and ability to go to other theatres and places for the purposes of perhaps being called upon. Could you comment on that?

The other issue was raised yesterday in debate by my learned colleague Senator Baker. He was quite concerned about the welfare of judges when removed from the bench at the age of 60, what they would do with their time, and if they would be able to afford the time they will have in the remaining years.

Perhaps you could explain to us what happens from the point of view of pensions to people who take on the onerous job of a judge after the age of 60.

I have one other question. How often does the request for an extension come forward at the mandatory age of 60? How often is it done on behalf of members of the force at the age of 60, going on for another year or three in other capacities? Has it happened?

**Brig.-Gen. Cathcart:** Thank you for those questions. I will try to deal with them. Perhaps I could deal with the first two — the fitness and potential disability issue — in a combined way.

Again, my favourite phrase is, “Back to first principles.” In the Canadian Forces we have something which I know many senators are aware of — which is recognized under the Canadian Human Rights Act — called the universality of service principle. In basic terms, that principle means everyone serving in the Canadian Forces is essentially a soldier first. In order to be a soldier first you have to have fundamental military skills — such as the ability to carry weight, stretchers or a fellow soldier if they are wounded — and fitness requirements to do that.

c’est simplement une question de choix. Du point de vue de la Cour d’appel de la cour martiale du Canada, j’estime que fixer l’âge à 60 ans apporte une certitude plus grande que des mandats de cinq ans renouvelables. C’est la décision qui a été prise pour le moment.

**Le sénateur Lang :** Je crois pouvoir dire que tous ceux qui sont assis autour de la table admettent que le projet de loi respecte le principe de l’inamovibilité. La seule question qui fait réellement débat est celle du caractère approprié de l’âge qui a été retenu.

Ce qui ressort du projet de loi et de l’information qui m’a été fournie, c’est que l’âge de 60 ans découle du fait que vous êtes un officier militaire. Mais la question de la condition physique et la capacité de faire certaines choses qu’on ne demanderait peut-être pas à un juge civil est tout aussi importante.

Pourriez-vous nous en dire davantage sur la condition physique exigée? C’est un autre sujet de préoccupation. D’après ce que je comprends, le risque d’avoir une incapacité physique augmente avec l’âge. Cet aspect entre en jeu encore une fois pour ce qui est de votre capacité et de votre aptitude à vous rendre dans d’autres théâtres d’opérations où vous pourriez éventuellement être affecté. Pourriez-vous commenter cet aspect?

L’autre sujet a été soulevé au cours des débats d’hier par mon collègue, le sénateur Baker. Il s’inquiétait beaucoup de ce qui arriverait aux juges qui devraient cesser de siéger à l’âge de 60 ans, et de ce qu’ils feraient de leur temps. Il se demandait si les juges auraient les moyens de subvenir à leurs besoins jusqu’à la fin de leur vie.

Vous pourriez peut-être nous expliquer ce qui arrive, après l’âge de 60 ans, du point de vue des pensions de retraite, aux personnes qui acceptent les lourdes fonctions de juge.

J’ai une autre question. Les demandes de prolongation d’activité au-delà de l’âge obligatoire de 60 ans sont-elles fréquentes? Combien y a-t-il de membres des Forces canadiennes qui, à l’âge de 60 ans, souhaitent demeurer en activité pendant un ou trois ans à d’autre titre? Cela arrive-t-il?

**Bgén Cathcart :** Merci d’avoir posé ces questions. Je vais essayer d’y répondre. Je pourrais peut-être répondre aux deux premières — la condition physique et le risque d’invalidité — ensemble.

Encore une fois, ma phrase favorite est « Revenons aux principes de base ». Dans les Forces canadiennes, nous avons un principe que de nombreux sénateurs connaissent, je le sais, et qui est reconnu par la Loi canadienne sur les droits de la personne — c’est le principe de l’universalité du service. Ce principe veut dire essentiellement que tous ceux qui servent dans les Forces canadiennes sont d’abord des soldats. Pour être un soldat, il faut posséder au départ les aptitudes militaires fondamentales — comme la capacité de porter quelque chose, des brancards et un soldat blessé — et il faut une certaine condition physique pour pouvoir le faire.



I have to do it as Judge Advocate General. The Chief of Defence Staff has to do it. Every member, including judges, must do that. That principle has been judicially considered and approved. It is reflective of the fact that at the core, each person in the CF is expected to be — on short notice on occasion — deployed to scenarios where they may not only have to look after themselves. They may have look after their buddy in a trench.

Going back to Senator Fraser's point about modern age with VTC, it is true. There are technical advances being made. In the Canadian Forces, we often find ourselves in places in the world where we do not have that technical capability, and certainly not immediately. If we do, it is consumed by the commanders trying to maintain the mission on the ground first.

For example, in the recent case in the public of Captain Semrau — and killing the Taliban in Afghanistan two years ago — part of the court martial deployed to Kandahar sat and took evidence. At that point, the military judge had to have the same skill sets that I mentioned, in addition to the ability to handle a weapon. When you are in Kandahar, even in the most common of circumstances there are things like rocket attacks. It is not expected that the judge would simply run to a bunker and say, "I am a judge and that is all I can do." Speaking as a lawyer, if they have to rely on a judge or a lawyer to help fight our way out of something, that is not desirable. The reality is the CF expects everybody to do that.

That principle is really what is behind the overall concept of everybody being in a fit state. That is why, if someone develops a disability — loss of a limb, a medical case or diabetes — we have a process that applies to all soldiers. It would look at their medical ability to continue in the job.

All of those are very important. Government policy decisions ultimately approved and enacted by Parliament ensure that all members of the Canadian Forces across the board meet those standards.

The last issue is extension — in the broad sense — beyond compulsory retirement age. First of all, there is a bit of misunderstanding. It is not just a question of the member who reaches the age of 60 to request to stay longer. Within the concept of putting the judge aside — because they have that appointment until 60 — any other officer or non-commissioned member would say, "I would like to stay." At the first instance, it is the chain of command which has to say, "Do we have a place for this particular individual?" It is not simply because they are 60 and we feel compelled to keep them longer, et cetera. At the initial level, the chain of command would have the ability and the right to say, "Sorry, no we do not."

Je suis juge-avocat général et je dois le faire aussi. Le chef d'état-major doit le faire aussi. Tous les militaires, y compris les juges, doivent le faire. Ce principe a été examiné par les tribunaux et ils l'ont approuvé. Cela reflète le fait que l'aspect essentiel est que chaque membre des FC doit pouvoir être déployé — très rapidement parfois — dans des endroits où il aura aussi à prendre soin d'autres personnes. Il pourra être appelé à s'occuper d'un camarade dans une tranchée.

Pour revenir à la remarque qu'a faite le sénateur Fraser au sujet de notre époque et des technologies de l'information, je dois dire qu'elle est exacte. Nous avons fait des progrès techniques. Dans les Forces canadiennes, nous nous trouvons souvent dans des pays où nous n'avons aucune capacité technique, en tout cas pas immédiatement. Lorsque nous en avons, ce sont les commandants qui l'utilisent parce qu'ils accordent bien sûr la priorité à la mission sur le terrain.

Par exemple, dans l'affaire récente bien connue, celle du capitaine Semrau — et la mort d'un taliban en Afghanistan il y a deux ans — il y a des juges de la cour martiale qui sont venus à Kandahar pour entendre les témoignages. Dans ce genre de situation, le juge militaire doit posséder les mêmes aptitudes que j'ai mentionnées, en plus de la capacité de se servir d'une arme. Lorsqu'on est à Kandahar, même dans les moments les plus calmes, on peut-être la cible d'attaques à la roquette. Le juge ne doit pas se réfugier dans un abri en disant « je suis un juge et c'est tout ce que je peux faire ». En tant qu'avocat, je dirais qu'il n'est pas souhaitable qu'on soit obligé de demander à un juge ou à un avocat de nous aider à nous sortir d'une situation. La réalité est que les FC s'attendent à ce que tout le monde le fasse.

C'est sur ce principe sur lequel repose l'idée que tous les militaires doivent être en bonne condition physique. C'est la raison pour laquelle si quelqu'un a une incapacité — perte d'un membre, problème médical ou diabète — nous intervenons de la même façon pour tous les soldats. Il faut décider s'il a la capacité de faire ce qu'il doit faire.

Tous ces éléments sont très importants. Les décisions du gouvernement qui sont finalement adoptées et édictées par le Parlement ont pour but de faire en sorte que tous les membres des Forces canadiennes, quels qu'ils soient, respectent ces normes.

La dernière question est celle de la prolongation — dans un sens large — des activités au-delà de l'âge de la retraite obligatoire. Premièrement, il y a un petit malentendu. Il ne s'agit pas simplement du fait que les militaires qui atteignent l'âge de 60 ans peuvent demander de rester en activité. Pour ce qui est de la cessation des fonctions du juge — parce qu'il est nommé jusqu'à 60 ans — n'importe quel autre officier ou sous-officier peut dire : « J'aimerais rester en activité ». Au départ, c'est la chaîne de commandement qui doit décider s'il existe un poste pour cette personne. Ce n'est pas parce qu'il atteint l'âge de 60 ans et que nous nous sentons obligés de prolonger son séjour dans l'armée, et cetera. Au départ, la chaîne de commandement a le pouvoir et le droit de dire : « Désolé, nous n'avons rien à vous offrir. »

If the chain of command believes there is a place for the individual, the request is forwarded — through the whole chain of command — ultimately to the Chief of the Defence Staff, who then decides based on criteria. Usually, they are based on the needs of the service. If he believes we have to maintain that particular soldier, sailor, air person or Special Forces trooper, there is ability under the QR&O to extend that.

I do not have the precise numbers at my fingertips. I can say, from experience, that the numbers of requests that go up on a yearly basis are very minimal. There may be a handful — half a dozen, perhaps — and that would be a generous guess, I think. Out of those, I am not aware personally of any that have actually been approved by the Chief of the Defence Staff. Ultimately, in his opinion, there was not a requirement to keep that individual beyond that age.

I will ask Colonel Gibson to address the pension issue.

**Colonel Michael R. Gibson, Deputy Judge Advocate General, Military Justice, Office of the Judge Advocate General:** Honourable senators, as members of the Canadian Forces, the pensions of military judges would be determined by the Canadian Forces Superannuation Act. In other words, they have the same pension scheme as other members of the forces because they are members of the forces. As you are probably aware, pensions are calculated under that act on the basis of the average for the best five years of the member's service. Given that our military judges are very well paid, there is certainly no concern they would be at a disadvantage compared to anyone else in the forces, nor that they would be in a position where they would not be able to have a comfortable retirement.

**Senator Meredith:** Thank you very much for coming this afternoon. As we study this legislation we are contemplating how it will affect the National Defence Act. Can you elaborate on how this legislation will impact your current operations?

**Brig.-Gen. Cathcart:** As you know from the Court Martial Appeal Court decision in *R. v. Leblanc*, we have to make a change. The section was ruled to be unconstitutional and the court gave six months for this to be rectified, which time expires on December 2. If the legislation does not pass by that date, there will be a significant amount of uncertainty in the military justice system. It will be open to defence counsel at the very next court martial to say that the CMAC has ruled this to be unconstitutional and the government has not provided a fix. There would be uncertainty as to what the judge could decide.

If the legislation does pass, it will give clear certainty to everyone, both inside the military and those observing from the outside, that there is now a certain age at which the appointments of judges will end. As the minister said earlier, judges have to have 10 years at the bar before being appointed, so they are usually appointed in their early to mid forties. This would give them 15 to

Si la chaîne de commandement estime qu'il y a un poste pour cette personne, la demande est transmise — en suivant la chaîne de commandement — éventuellement jusqu'au chef d'état-major, qui prend alors une décision en fonction de certains critères. Habituellement, on se base sur les nécessités du service. S'il estime qu'il faut conserver ce soldat, ce marin, ce membre des Forces aériennes ou des Forces spéciales, alors les ORFC permettent de le faire.

Je n'ai pas de chiffres précis à vous donner. Je peux toutefois vous dire que, d'après mon expérience, le nombre des demandes qui sont transmises annuellement est très faible. Il y en a peut-être quelques-unes — une demi-douzaine peut-être — et je crois que c'est une évaluation généreuse. Personnellement, je n'ai jamais entendu parler qu'une de ces demandes ait été réellement approuvée par le chef d'état-major. Il décide qu'à son avis, il n'est pas nécessaire de maintenir ce militaire en activité au-delà de cet âge.

Je vais demander au colonel Gibson de vous parler de la question de la pension.

**Colonel Michael R. Gibson, avocat général adjoint, Justice militaire, Cabinet du Juge-avocat général :** Sénateurs, les juges militaires sont des membres des Forces canadiennes, et leur retraite est déterminée par la Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes. Autrement dit, ils ont le même régime de pension que les autres membres des Forces parce qu'ils sont membres des Forces canadiennes. Comme vous le savez probablement, aux termes de cette loi, les pensions sont calculées en fonction de la moyenne des cinq meilleures années de service du militaire. Étant donné que nos juges militaires sont très bien payés, il n'y a aucun risque qu'ils soient désavantagés par rapport aux autres militaires ni qu'ils ne puissent avoir une retraite confortable.

**Le sénateur Meredith :** Je vous remercie d'être venus cet après-midi. Nous étudions ce projet de loi en examinant comment il va modifier la Loi sur la défense nationale. Pourriez-vous nous en dire davantage sur la façon dont ce projet de loi peut avoir un effet sur vos opérations actuelles?

**Bgén Cathcart :** Comme vous le savez, la décision de la Cour d'appel de la cour mariale dans l'affaire *R. c. Leblanc* nous oblige à changer certaines choses. Cet article a été déclaré inconstitutionnel et la cour nous a donné six mois pour rectifier la situation; ce délai expire le 2 décembre. Si le projet de loi n'est pas adopté avant cette date, il y aura beaucoup de flottement dans le système de justice militaire. Les avocats de la défense pourront dire la prochaine fois qu'une cour martiale sera constituée et que la CACM a déclaré que cette disposition était inconstitutionnelle et que le gouvernement n'a rien fait. Il y aurait de l'incertitude au sujet de ce que le juge pourrait décider.

Si ce projet de loi est adopté, il sera très clair pour tout le monde, tant parmi les militaires que ceux qui les observent de l'extérieur, que la nomination des juges prend fin à un certain âge. Comme le ministre l'a déclaré plus tôt, les juges doivent avoir été membres d'un barreau pendant 10 ans pour pouvoir être nommés, de sorte qu'ils sont habituellement nommés au début et au milieu

20 years of certainty before they reach the age of 60 when their appointment would end. That would be very advantageous in terms of providing the certainty that any justice system requires.

**Senator Meredith:** The minister spoke in his presentation about the urgency of this being acted upon. Maybe you could touch on that. Could you also compare this legislation to Bill C-15?

**Brig.-Gen. Cathcart:** Thank you for that question. As most know, the original plan of the government, going back to Bill C-7, Bill C-45 and Bill C-60, was to introduce important legislative changes following the first independent review of the National Defence Act done by former Chief Justice Antonio Lamer. Due to various prorogations and elections, all those attempts died on the Order Paper. We can never control all the events of life. Courts martial went on and *Leblanc* came up at the same time as the government was looking to reintroduce the bill to effect the Lamer recommendations.

*Leblanc* focused specifically on security of tenure. It was found to be unconstitutional and the government was given six months to provide a fix. That is the reason for the urgency, which is very real.

The bill was originally designed to be what is now part of Bill C-15, which is the larger piece, which I am sure senators would like to have a go at when it comes here. Most of us are familiar with the long standing attempts to get the Lamer recommendations implemented.

Bill C-15 recognizes that Bill C-16 may have been passed by the time it is passed, but Bill C-15 would take precedence if there is a difference in the language. We do not think there would be a conflict.

**Senator Joyal:** I will refer to chapter 4 of the Lamer report, which I am sure you know by heart, which deals with the subject matter of this bill. I understand that this bill gives effect to Lamer's recommendation 5(1), which reads:

I recommend that military judges be awarded security of tenure until retirement from the Canadian Forces, subject only to removal for cause on the recommendation of an Inquiry Committee.

Section 2(2) of the bill is along those lines.

However, I believe that on the next page there is a difference of opinion. The bill proposes that the inquiry committee be established under regulation made by the Governor-in-Council.

Lamer's recommendation 6, which is on page 22, reads:

de la quarantaine. Ils savent ainsi qu'ils pourront exercer leurs fonctions pendant 15 à 20 ans jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de 60 ans, moment auquel leur nomination prend fin. Cela serait très utile parce que ce projet de loi apporterait la certitude dont a besoin n'importe quel système de justice.

**Le sénateur Meredith :** Le ministre a parlé dans son exposé de l'urgence d'adopter ce projet de loi. Vous pourriez peut-être nous parler de cet aspect. Pourriez-vous également comparer ce projet de loi avec le projet de loi C-15?

**Bgén Cathcart :** Merci d'avoir posé cette question. Comme la plupart des gens le savent, le plan initial du gouvernement, depuis les projets de loi C-7, C-45 et C-60, était d'introduire des changements législatifs importants à la suite du premier examen indépendant de la Loi sur la défense nationale qu'a effectué notre ancien juge en chef Antonio Lamer. À cause de diverses prorogations et élections, toutes ces tentatives sont mortes au Feuilleton. Nous ne pouvons pas tout contrôler. Les cours martiales ont continué leur travail et l'affaire *Leblanc* est arrivée au moment où le gouvernement voulait réintroduire le projet de loi pour mettre en œuvre les recommandations du rapport Lamer.

L'arrêt *Leblanc* portait précisément sur le principe de l'inamovibilité. La disposition en cause a été déclarée inconstitutionnelle et le gouvernement s'est vu accorder six mois pour trouver une solution. C'est la raison pour laquelle il est réellement urgent d'adopter ce projet de loi.

Initialement, le projet de loi devait faire partie du projet de loi C-15, qui est un projet de loi de portée plus vaste, et je suis sûr que les sénateurs seront intéressés à l'étudier lorsqu'il sera déposé. La plupart d'entre nous connaissent toutes les tentatives qui ont été faites pour mettre en œuvre les recommandations Lamer.

Le projet de loi C-15 tient compte du fait qu'il est possible que le projet de loi C-16 soit adopté avant lui, mais le projet de loi C-15 l'emporterait en cas de différence de formulation. Nous ne pensons pas qu'il y aura un conflit entre ces deux mesures.

**Le sénateur Joyal :** Je vous réfère au chapitre 4 du rapport Lamer, que vous connaissez certainement par cœur, et qui traite du sujet de ce projet de loi. Je crois que ce projet de loi met en œuvre la recommandation 5(1) du rapport Lamer, qui se lit ainsi :

Je recommande que les juges militaires soient nommés à titre inamovible jusqu'à leur retraite des Forces canadiennes, sous réserve uniquement de révocation motivée sur recommandation d'un comité d'enquête.

Le paragraphe 2(2) du projet de loi dit à peu près la même chose.

Je pense toutefois qu'il y a une différence d'opinion à la page suivante. Le projet de loi propose que le comité d'enquête soit constitué aux termes d'un décret en conseil.

La recommandation 6 du rapport Lamer, qui se trouve à la page 22, se lit :

I recommend that the *National Defence Act* be amended to include the composition of the Inquiry Committee that may make a recommendation that a military judge be removed for cause and the factors that the Inquiry Committee must take into consideration when making such a recommendation.

Lamer suggests that the factors and the inquiry committee status be included in the National Defence Act. You propose that it be established under regulation made by the Governor-in-Council.

Why did you depart from the recommendation of the Lamer report?

**Col. Gibson:** We did not. Chief Justice Lamer recommended, as you indicated, that the Inquiry Committee be moved from the regulations, the QR&O, where it is presently constituted, into the act, and that provision is among the clauses in Bill C-15. Bill C-15 would establish the Inquiry Committee under the act and would specify the criteria that it needs to consider in respect of making a recommendation.

The shorter answer is that the government accepted that policy recommendation and it is included in Bill C-15. The reason it is not in Bill C-16 is that it is designed to be as streamlined and succinct as possible in order to pass by December 2. It is the government's intent to follow through with the Lamer recommendation in Bill C-15.

**Senator Joyal:** In other words, when the government comes back with Bill C-15 it will amend section 2(2)?

**Col. Gibson:** If you give me a moment, I will point you to the clause in Bill C-15 that deals with this issue.

**Senator Joyal:** The Lamer report says:

The composition of the Inquiry Committee and the factors to be considered are set out in the *QR&O*. Such important matters should be spelled out clearly in primary legislation to avoid any real or perceived executive interference. The *NDA* should therefore be amended accordingly.

**Col. Gibson:** The government has concurred with that recommendation. The same provisions that are in Bill C-15, which is currently before the Commons, were present in Bill C-7 introduced in 2006, Bill C-45 introduced in 2008, and Bill C-41 introduced in 2010.

**Senator Joyal:** Why did you not put it in subsection (2) or subsection (3) to follow up on that same issue of the appointment of judges?

**Col. Gibson:** It is the government's hope that Bill C-15 will progress expeditiously through Parliament and receive consideration in the near future. The judgment was made that the core issue raised by the Court Martial Appeal Court in *Leblanc* had to be addressed expeditiously, which is why Bill C-16 is so streamlined.

Je recommande que la Loi sur la défense nationale soit modifiée afin de prévoir la composition du comité d'examen qui recommande la révocation motivée d'un juge militaire et les facteurs que ce comité doit prendre en compte à cette fin.

Lamer propose d'inclure dans la Loi sur la défense nationale le statut du comité d'enquête et les facteurs qu'il doit prendre en compte. Vous proposez de faire cela par le biais d'un décret en conseil.

Pourquoi n'avez-vous pas suivi la recommandation du rapport Lamer?

**Col Gibson :** Ce n'est pas ce que nous avons fait. Le juge en chef Lamer a recommandé, comme vous l'avez mentionné, que le comité d'enquête ne figure plus dans les règlements, dans les ORFC, ce qui est la situation actuelle, mais dans la loi, et cette disposition se retrouve dans les articles du projet de loi C-15. Ce projet de loi aurait pour effet d'inclure dans la loi les dispositions relatives au comité d'enquête et préciserait les critères qu'il doit prendre en considération pour formuler une recommandation.

Bref, je dirais que le gouvernement a accepté la recommandation et qu'elle est mise en œuvre par le projet de loi C-15. La raison pour laquelle elle ne figure pas dans le projet de loi C-16 est que celui-ci a été conçu pour être aussi simple et clair que possible pour qu'il soit adopté avant le 2 décembre. Le gouvernement a l'intention de mettre en œuvre la recommandation Lamer avec le projet de loi C-15.

**Le sénateur Joyal :** Autrement dit, lorsque le gouvernement présentera le projet de loi C-15, celui-ci modifiera le paragraphe 2(2)?

**Col Gibson :** Si vous m'accordez un instant, je vais vous dire quel est l'article du projet de loi C-15 qui traite de cette question.

**Le sénateur Joyal :** Le rapport Lamer se lit ainsi :

La composition du comité d'enquête et les facteurs qu'il doit prendre en compte sont décrits dans les ORFC. Or, des questions aussi importantes devraient être prévues clairement dans la législation principale pour éviter toute ingérence de l'exécutif, qu'elle soit réelle ou apparente. La LDN devrait donc être modifiée en conséquence.

**Col Gibson :** Le gouvernement a souscrit à cette recommandation. Les dispositions que l'on retrouve dans le projet de loi C-15, qui est à l'heure actuelle, soumis à la Chambre des communes, se retrouvaient dans le projet de loi C-7 présenté en 2006, dans le projet de loi C-45 présenté en 2008, et dans le projet de loi C-41 présenté en 2010.

**Le sénateur Joyal :** Pourquoi n'avez-vous pas ajouté un paragraphe (2) ou un paragraphe (3) pour rester sur la même question de la nomination des juges?

**Col Gibson :** Le gouvernement espère que le projet de loi C-15 progressera rapidement au Parlement et qu'il sera examiné dans un avenir proche. Nous avons estimé qu'il convenait de régler rapidement la question essentielle soulevée par la Cour d'appel de la cour martiale dans l'affaire *Leblanc* et c'est la raison pour laquelle le projet de loi C-16 est aussi concis.

You are quite right that the whole package of amendments in Bill C-16 is extremely important, and we hope they will be considered in the near future.

**Senator Joyal:** When you read the judgment in *Leblanc*, to which the minister alluded in his presentation, and when you read paragraphs 61 and 62 of the *Leblanc* decision in the Court Martial Appeal Court of Canada, it is very clear that the court wants to prevent the appearance of interference from the executive.

As you know, if you try to reflect along the lines of how a judge of a superior court or Supreme Court would be removed, he or she would be removed through an independent inquiry. It would not be in the hands of the executive, or where the executive could have a say or change the rules to target a judge in particular that would not have been favourable to the views of the military administration or the government generally.

It seems to me to be a very essential element when we want to entrench security of tenure that removal is as important as appointment to ensure that the person feels they are totally independent in exercising their judicial function.

**Col. Gibson:** We agree, and the government has clearly agreed that there are various aspects of judicial independence that are important to address. That is why, at clause 45 of Bill C-15, the issue of the inquiry committee is addressed. That would propose to amend the National Defence Act to create a new section 165.31 regarding the inquiry committee. The factors that you were inquiring about would be specified in the new section 165.32(7).

**The Chair:** Senator Joyal, I would like to finish the first round, if you would care to go to the second round.

**Senator Joyal:** Yes, of course.

[Translation]

**Senator Chaput:** Under the current system, military judges are appointed for a five-year renewable term until they reach the retirement age. Are there judges whose term of office was not renewed? If so, as a general rule, on what grounds?

[English]

**Col. Gibson:** There have, to date, been no judges who have made application under the currently existing scheme who were not renewed.

**Senator Chaput:** They have all been renewed?

**Col. Gibson:** Of those judges who made application.

Vous avez tout à fait raison de dire que les modifications apportées par le projet de loi C-16 sont extrêmement importantes et nous espérons qu'elles seront examinées dans un avenir proche.

**Le sénateur Joyal :** En lisant le jugement *Leblanc*, auquel le ministre a fait allusion dans son exposé, en particulier les paragraphes 61 et 62 de l'arrêt *Leblanc* de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada, il est très clair que la cour voulait empêcher toute apparence d'ingérence de la part de l'exécutif.

Comme vous le savez, si vous pensez à la façon dont un juge de la Cour suprême ou de la Cour suprême peut être révoqué, vous savez qu'il ne peut l'être qu'après la tenue d'une enquête indépendante. Ce ne serait pas à l'exécutif de décider, et celui-ci ne pourrait intervenir ou modifier les règles pour cibler un juge particulier qui n'est pas favorable au point de vue de l'administration militaire ou du gouvernement en général.

Pour assurer l'inamovibilité des juges, il paraît tout à fait essentiel que l'on accorde une importance aussi grande à la révocation qu'à la nomination, pour que les juges sentent qu'ils jouissent d'une indépendance totale lorsqu'ils exercent leurs fonctions judiciaires.

**Col Gibson :** Nous pensons la même chose et le gouvernement a très clairement reconnu qu'il était important de modifier certains aspects de l'indépendance des juges. C'est la raison pour laquelle l'article 45 du projet de loi C-15 traite de la constitution du comité d'enquête. Ce projet de loi propose de modifier la Loi sur la défense nationale pour créer un nouvel article 165.31 qui traiterait du comité d'enquête. Les facteurs au sujet desquels vous posiez des questions seraient contenus dans le nouveau paragraphe 165.32(7).

**Le président :** Sénateur Joyal, j'aimerais terminer maintenant le premier tour de questions, et vous pourrez si vous le voulez intervenir pendant le second tour.

**Le sénateur Joyal :** Oui, bien sûr.

[Français]

**Le sénateur Chaput :** Sous le régime courant, les juges militaires ont des mandats de cinq ans renouvelables jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la retraite. Est-ce qu'on trouve des exemples de juges dont les mandats n'ont pas été renouvelés? Et si c'est le cas, quelles sont les raisons généralement invoquées pour un non-renouvellement?

[Traduction]

**Col Gibson :** Jusqu'ici, il n'est jamais arrivé qu'un juge fasse une demande en ce sens dans le cadre du régime actuel et que cette demande ne soit pas acceptée.

**Le sénateur Chaput :** Elles ont toutes été acceptées?

**Col Gibson :** Pour les juges qui ont présenté une demande.

[Translation]

**Senator Chaput:** You mentioned earlier that they had 20 years. Therefore, on the average, for how many years did they hold office? Approximately how many years?

[English]

**Col. Gibson:** There are currently four military judges, one of whom was appointed at the age of 50 and the other three who were appointed in their early forties. Under the proposed scheme, if they cease to hold office at age 60, hypothetically one would have been in office for 10 years and the others, potentially if they went to that age, for approximately 20 years.

[Translation]

**Senator Chaput:** In civilian courts, judges are appointed following a rigorous selection process, anyway, that is what I am told. Do we have a comparable process for the selection of military judges? Can we expect a different process or are we keeping the same one?

[English]

**Col. Gibson:** The current process for selecting and appointing military judges is very closely parallel to that applied to civilian superior court judges.

There is an entity called the Military Judges Selection Committee, which assesses applications made for aspirants to be appointed as military judges. In fact, we have a contractual arrangement with the Commissioner for Federal Judicial Affairs, which is the same body that does the assessment process for civilian judge applicants; they do the mechanics of the process.

The five members of the Military Judges Selection Committee, who include a retired civilian superior court judge, a nominee of the Canadian Bar Association, a nominee of the Judge Advocate General, the officer occupying the position of Chief of Military Personnel and, in order to ensure the perspective of non-commissioned members is represented, the Canadian Forces' Chief Warrant Officer, sit as a committee to assess the files of applicants for the military judiciary. They make recommendations in respect to the suitability of those applicants in a fashion closely analogous to that which occurs in the civilian system. That recommendation is provided to the minister, who would then, in a fashion similar to that which occurs in the civilian system, consult with his colleagues; and appointments are ultimately made by the Governor-in-Council.

The short answer to your question is that the process is closely parallel and, in fact, involves the same entity that does the mechanics for assessing civilian applicants.

[Translation]

**Senator Chaput:** Generally speaking, what percentage of candidates are recommended for appointment versus the number of candidates who have applied?

[Français]

**Le sénateur Chaput :** Vous avez mentionné plus tôt qu'ils avaient 20 ans. Alors quel est le nombre d'années, en moyenne, durant lesquelles ont été juge? Combien d'années environ?

[Traduction]

**Col Gibson :** Il y a à l'heure actuelle quatre juges militaires, dont un a été nommé à l'âge de 50 ans et les trois autres ont été nommés au début de la quarantaine. Avec le régime proposé, s'ils cessent d'exercer leurs fonctions à l'âge de 60 ans, on peut estimer que l'un d'entre eux aurait occupé ce poste pendant 10 ans et les autres, s'ils atteignent cet âge, pendant environ 20 ans.

[Français]

**Le sénateur Chaput :** Pour les tribunaux de droit commun, les juges sont nommés suite à un processus de sélection assez rigoureux; c'est ce qu'on me dit, en tout cas. Avons-nous présentement un système comparable pour la nomination des juges militaires? Est-ce qu'on prévoit un autre processus ou on garde le même?

[Traduction]

**Col Gibson :** Le processus actuel de sélection et de nomination des juges militaires est très semblable à celui qui est utilisé pour les juges des cours supérieures civiles.

Il existe un organe appelé le comité de sélection des juges militaires, qui évalue les demandes des candidats qui souhaitent être nommés juges militaires. En fait, nous avons conclu une entente contractuelle avec le Commissaire à la magistrature fédérale, qui est le même organisme qui est chargé du processus d'évaluation des candidats à un poste de juge civil; il s'occupe de ce processus.

Les cinq membres du comité de sélection des juges militaires, qui comprend un juge d'une cour supérieure civile à la retraite, un représentant de l'Association du Barreau canadien, un représentant du juge-avocat général, l'officier qui occupe le poste de chef du personnel militaire et, pour veiller à ce que le point de vue des sous-officiers soit représenté, l'adjudant-chef des Forces canadiennes, constituent le comité qui est chargé d'examiner les dossiers des candidats à la magistrature militaire. Ils présentent des recommandations au sujet de l'aptitude des candidats selon un processus qui ressemble beaucoup à celui du système civil. Cette recommandation est transmise au ministre, qui, comme cela se fait de façon semblable dans le système civil, consulte ses collègues; c'est le gouverneur en conseil qui, finalement, procède aux nominations.

L'essentiel de la réponse à votre question est que le mécanisme militaire est très semblable à l'autre et fait appel à l'organe qui est chargé de l'évaluation des candidatures civiles.

[Français]

**Le sénateur Chaput :** En général, quel est le pourcentage de candidats qui sont recommandés si l'on compare aux candidats qui ont posé leur candidature?

[English]

**Col. Gibson:** My understanding is that the advice of the Military Judges Selection Committee to the minister and to the government is meant to be confidential. I understand there may be cases in the past, I believe, in one of the Military Judges Compensation Committee reports, where there was reference to it. However, the shorter answer is that in order to protect the integrity of the process, there should not be a disclosure of that ratio.

**The Chair:** If the amendments proposed by Bill C-16 are adopted, would this result in any significant changes in cost to the military justice system?

**Col. Gibson:** The short answer is no, there would be no changes. We need military judges. There have to be military judges in place, so there would be no incremental cost associated with the passage of this bill.

**Senator Fraser:** Brigadier-General Blaise, I would like to come back to this business of extensions, “back to first principles,” to use your words.

A profoundly important principle in giving security of tenure to judges is that they be and be seen to be independent. When we have had a five-year renewal term, this has allowed situations to arise in which some persons might have a reasonable apprehension of bias because the judge would be hoping to be renewed and, consciously or unconsciously, be influenced in reaching a decision in the hope that the minister would renew the term.

If judges are allowed extensions, even if it is not as judges, it is continued employment, presumably at a fairly high level, in the Armed Forces. Does that not go contrary to that elementary principle? In what way is it essentially different to say I can hope for continued employment from saying I can hope for continued employment as a judge?

**Brig.-Gen. Cathcart:** Again, as you highlighted, the essential difference is just that. First, the extension for anybody in the Canadian Forces beyond the age 60, in this case, of mandatory retirement is extremely rare in any circumstance. The issue as a judge, if I understand the question correctly, might be well my time is coming to an end here but I still want to be employed. Maybe I have to act in a certain way to convince the chief or the minister that I want employment as something other than a judge when this appointment is up.

Obviously, I do not pretend to get inside the mind of any particular CF member, including a judge, but the reality is the intent is to create the clear certainty so that for that period from appointment to age 60, there is no doubt that there is no aspect of interference from the Chief of the Defence Staff or the executive — the minister or any part of the executive — during that period of time. If, at the end, the individual still wants to be a serving member of the Canadian Forces, then they obviously step

[Traduction]

**Col Gibson :** Je crois que la recommandation que le Comité de sélection des juges militaires transmet au ministre et au gouvernement est de nature confidentielle. Je crois qu’il y a eu également, dans le passé, des cas où un des rapports du Comité sur la rémunération des juges militaires a fait référence à cette recommandation. Pour vous donner une réponse brève, je dirais que cette recommandation ne devrait pas être divulguée de façon à préserver l’intégrité du processus.

**Le président :** Si les modifications proposées par le projet de loi C-16 sont adoptées, cela entraînerait-il des coûts importants pour le système de justice militaire?

**Col Gibson :** La réponse est non, il n’y aurait pas de changements. Nous avons besoin de juges militaires. Il faut qu’il y ait des juges militaires de sorte que l’adoption du projet de loi n’entraînera aucune augmentation de coût.

**Le sénateur Fraser :** Brigadier-général Blaise, j’aimerais revenir sur le sujet des prolongations, « revenons aux fondamentaux », pour reprendre vos termes.

Un principe extrêmement important de l’inamovibilité des juges est qu’ils doivent être et paraître indépendants. Lorsque leur mandat était renouvelé tous les cinq ans, certaines personnes auraient pu entretenir une crainte raisonnable de partialité; le juge qui espérait que son mandat serait renouvelé, était, consciemment ou inconsciemment, influencé dans ses décisions, parce qu’il espérait que le ministre renouvelerait son mandat.

Si les juges peuvent obtenir des prolongations, même si ce n’est pas à titre de juge, ils demeureront en activité, sans doute à un niveau assez élevé dans les forces armées. Cela ne va-t-il pas à l’encontre de ce principe fondamental? En quoi est-il différent de dire j’espère demeurer en activité ou j’espère continuer à siéger comme juge?

**Bgén Cathcart :** Encore une fois, comme vous l’avez souligné, la différence essentielle réside là. Premièrement, il est extrêmement rare, quelles que soient les circonstances, qu’une prolongation soit accordée à un membre des Forces canadiennes au-delà de l’âge de 60 ans, dans le cas présent, qui est celui de la retraite obligatoire. Si j’ai bien compris la question, le juge pourrait bien se dire, mon mandat se termine et je souhaite demeurer en activité. Je devrais peut-être agir d’une certaine façon pour convaincre le chef d’état-major ou le ministre que je veux continuer à servir dans les Forces canadiennes à un titre autre que celui de juge lorsque mon mandat se termine.

Bien évidemment, je ne prétends pas savoir ce que pense un autre membre des FC, un juge, par exemple, mais l’intention est de faire clairement savoir aux juges qu’entre leur nomination et l’âge de 60 ans, ils ne subiront aucune ingérence de la part du chef d’état-major, de l’exécutif — de la part du ministre ou d’un autre organe de l’exécutif — pendant cette période. Si, à la fin de son mandat, un juge veut continuer à être un membre des Forces canadiennes en activité, alors il doit évidemment démissionner. Il

down. They are no longer a military judge; they are any regular officer again and they can make their own career choice in terms of requesting an extension for some other CF position.

**Senator Fraser:** They would still have to do that by being approved up the chain; it would not be automatic.

**Brig.-Gen. Cathcart:** Absolutely; but this would be the same for any CF member. At that point, they revert to being an officer within the legal trade, but not a judge.

**Senator Fraser:** The point of tenure is surely that judges are not like anybody else.

Anyway, I understand your argument and you understand mine. I do not think we quite agree on this, but let me ask a follow-up question for the sake of understanding the system. I was prompted to this by something the minister said when he was talking about why the age of 60 was chosen. He said it is because that is what is in the Queen's Regulations and Orders; so is the extension capacity.

However, if you wished to, would it be that difficult to change the QR&Os? Is it any more difficult to change those than to pass a bill?

**Col. Gibson:** I am biting my tongue, because in practical experience it is difficult to change the QR&O.

To reiterate what the JAG said, the constitutional principle at stake here is security of tenure. I think the suggestion that the provisions of the QR&O 15.17, the possibility of subsequent employment are so remote and marginally unlikely that it is not credible to suggest that would — in the mind of any reasonable person — feature into the assessment of independence.

To give more factual background, military judges would typically be coming to the end of a long military career. Once they reach the age of retirement they would be eligible to collect their annuity immediately. It is highly unlikely that someone would say, "I can collect my annuity tomorrow stick around for substantially lower pay as a general service legal officer than I was getting as a military judge." On a purely rational basis it is highly unlikely anyone would make that calculation.

**Senator Fraser:** I have one more question that should be simple to answer.

The guts of this bill, that is to say that a military judge ceases to hold office on being released on his or her request or on attaining the age of 60 years. That precise passage is repeated in Bill C-15 on page 18. The two bills were tabled same day in the House of Commons. Why bother putting that language into the other bill as well this one?

ne sera plus un juge militaire, il redeviendra un officier et il pourra faire son propre choix de carrière pour ce qui est de demander une prolongation pour occuper un autre poste au sein des FC.

**Le sénateur Fraser :** Il faudra tout de même que cette demande soit approuvée par la chaîne de commandement; ce ne serait pas automatique.

**Bgén Cathcart :** Tout à fait; mais c'est la même chose pour tous les membres des FC. À ce moment-là, le juge redevient un officier faisant partie des affaires juridiques, mais il ne serait plus juge.

**Le sénateur Fraser :** La raison d'être du principe de l'inamovibilité est que les juges ne sont pas comme les autres.

De toute façon, je comprends votre argument et vous comprenez le mien. Je ne pense pas que nous soyons d'accord sur ce point, mais permettez-moi de vous poser une question de suivi pour bien comprendre le système. J'ai été amenée à penser à cet aspect par quelque chose que le ministre a dite lorsqu'il parlait des raisons pour lesquelles l'âge de 60 ans avait été retenu. Il a déclaré que c'était ce que prévoyaient les Ordonnances et règlements royaux; il en va de même pour la possibilité d'une prolongation.

Cependant, si vous le souhaitez, serait-il vraiment difficile de modifier les ORFC? Est-il plus difficile de les changer que d'adopter un projet de loi?

**Col Gibson :** Je me mords les lèvres, parce qu'en pratique il est difficile de changer les ORFC.

Pour répéter ce qu'a dit le JAG, le principe constitutionnel en jeu ici est celui de l'inamovibilité. Je pense affirmer que les dispositions des ORFC 15.17, la possibilité de demeurer en activité, est si ténue et si peu probable qu'il n'est pas vraiment possible de penser que cet aspect pourrait — dans l'esprit d'une personne raisonnable — être pris en compte dans l'évaluation de l'indépendance des juges.

Pouvez-vous donner une base plus factuelle, les juges militaires terminent à cet âge une longue carrière militaire. Lorsqu'ils atteignent l'âge de la retraite, ils ont le droit de recevoir leur pension immédiatement. Il est très peu probable qu'un juge dise : « Je peux recevoir ma pension demain, mais je vais rester un peu plus longtemps pour une rémunération sensiblement inférieure, celle d'un officier juridique du service général, à celle que je recevais comme juge militaire ». Sur un plan purement rationnel, il est très peu probable que quelqu'un ferait un tel calcul.

**Le sénateur Fraser :** J'ai une autre question à laquelle il devrait être facile de répondre.

L'essentiel de ce projet de loi est qu'un juge militaire cesse d'exercer ses fonctions lorsqu'il est libéré à sa demande ou s'il atteint l'âge de 60 ans. On retrouve ce passage dans le projet de loi C-15 à la page 18. Les deux projets de loi ont été déposés le même jour à la Chambre des communes. Pourquoi alors prendre la peine de placer cette disposition dans l'autre projet de loi et de l'insérer aussi dans celui-ci?



**Col. Gibson:** Senator, in response to your question, yes, the provisions are exactly the same. That was done by design. There is a coordinating amendment contained in Bill C-15 which provides that if both bills come into force, it is the provisions in Bill C-15 that would take effect. That was done in recognition of the reality that one can never presume the will of Parliament or the fate of specific bills. If both bills progressed through Parliament so expeditiously that they would pass contemporaneously, it was necessary to specify clearly in the coordinating amendment that the provisions of Bill C-15 would take effect.

They are symmetrical and the same. This bill was carved out in recognition that in the real world, a streamlined bill would likely to achieve passage first.

**Senator Fraser:** It is what I call an “After you, Alphonse” set of amendments. Colleagues may recall that I really do not like them, however that is why it was done.

**The Chair:** I am stating the obvious in saying this, but on Senator Fraser’s point — when all is said and done — you had to make absolutely certain this amendment met the drop dead day of December 2. That was it. You have a safety valve in there. You have two opportunities to do it with two bills, but that was critical. As I understand, it was for that reason there was duplication between Bill C-15 and Bill C-16. You had to make that deadline. Is that correct?

**Brig.-Gen. Cathcart:** That is correct, chair.

**Senator Runciman:** I have a clarification following along with what Senator Joyal was raising with respect to Justice Lamer’s recommendations. You were indicating that all of those recommendations have been followed in terms of Bill C-15 if they are not encompassed in this bill. We understand the need for streamlining, but I think you indicated the remainder of the recommendations referenced by the justice are contained in Bill C-15?

**Col. Gibson:** Senator, to be clear on that point we calculate that of the 88 recommendations made in the Lamer report, 28 have been implemented — either in practice in regulations which could be made without explicit statutory authority — and four of them in Bill C-60. Of the remaining recommendations, 36 would be included in Bill C-15 and a number of others would be accomplished in regulations which would rely upon statutory authority being provided in Bill C-15.

The short answer to your question is the government’s intended legislative response to the remaining Lamer recommendations would be contained in Bill C-15 and accompanying regulations.

**Col Gibson :** Sénateur, pour répondre à votre question, je dirais que oui, les dispositions sont identiques. Cela est voulu. Le projet de loi C-15 contient un amendement de coordination qui prévoit que, si les deux projets de loi entrent en vigueur, ce sont les dispositions du projet de loi C-15 qui prendront effet. Cela a été fait de cette façon pour tenir compte du fait qu’en réalité, on ne peut jamais présumer de la volonté du Parlement ou de ce qui va arriver à un projet de loi particulier. Pour tenir compte de la possibilité que les deux projets de loi soient examinés par le Parlement rapidement et qu’ils soient adoptés en même temps, il fallait préciser clairement dans la modification de coordination que les dispositions du projet de loi C-15 l’emporteraient.

Elles sont symétriques et identiques. Le projet de loi a été rédigé pour tenir compte du fait que dans la réalité, un projet de loi de portée limitée est probablement adopté en premier.

**Le sénateur Fraser :** C’est ce que j’appelle une série d’amendements « Après vous, Alphonse ». Mes collègues savent peut-être que je ne les aime pas beaucoup, mais c’est la raison pour laquelle cela a été fait.

**Le président :** Je vais dire une évidence, mais au sujet de la question qu’a posée le sénateur Fraser — en fin de compte — vous deviez être absolument certain que cette modification serait adoptée avant la date butoir du 2 décembre. C’est tout. C’est une mesure de sécurité. Vous aviez la possibilité de le faire dans deux projets de loi, mais cet aspect était essentiel. Si j’ai bien compris, c’est pour cette raison qu’il y a ce double emploi entre le projet de loi C-15 et le projet de loi C-16. Vous deviez respecter ce délai. Est-ce bien exact?

**Bgén Cathcart :** C’est exact, monsieur le président.

**Le sénateur Runciman :** J’aimerais demander une précision au sujet de l’aspect que le sénateur Joyal a soulevé à propos des recommandations du juge Lamer. Vous avez mentionné que toutes les recommandations avaient été mises en œuvre avec le projet de loi C-15, si elles n’étaient pas incluses dans le présent projet de loi. Nous comprenons la nécessité d’un projet de loi succinct, mais je crois que vous avez déclaré que les autres recommandations formulées par le juge figuraient dans le projet de loi C-15?

**Col Gibson :** Sénateur, pour être clair sur ce point, je dirais que nous avons calculé que sur les 88 recommandations du rapport Lamer, 28 ont été mises en œuvre — soit en pratique, par le biais d’un règlement qui pouvait être adopté sans qu’il soit nécessaire de disposer d’un pouvoir légal explicite — et quatre d’entre elles figurent dans le projet de loi C-60. Trente-six des recommandations restantes figurent dans le projet de loi C-15 et un certain nombre d’autres recommandations seront adoptées par des règlements qui seront basés sur le pouvoir législatif accordé par le projet de loi C-15.

La réponse brève à votre question est que les mesures législatives que le gouvernement entend prendre au sujet des autres recommandations Lamer figurent dans le projet de loi C-15 et les règlements d’application.

**Senator Runciman:** That is good to hear. You indicated there are four judges currently serving. Is that the normal complement?

**Col. Gibson:** Yes. There is no fixed complement. The assessment of the number required depends on the case load in the system. Four has been the number for a number of years.

**Senator Runciman:** What is the average case load? How busy are the judges?

**Col. Gibson:** As you are aware, there are two tiers in the military justice system; summary trials and courts martial. The summary trial system deals with the bulk of cases in the military justice system; typically around 96 per cent. That number has been running around 2,000 a year.

The number of courts martial is typically around 75 a year.

**Senator Runciman:** Are they based in Ottawa or across the country?

**Col. Gibson:** One of the key attributes of our system that we consider to be required to fulfill the two fundamental purposes of the military justice system — alluded to in Bill C-15 — is portability. The CF operates around the world including in Afghanistan. It is necessary for the military justice system — to accomplish those goals of promoting operational effectiveness and doing justice — be able to follow the forces. We conduct courts martial across Canada and deployed locations.

**Senator Runciman:** You talked about the standard of fitness as one of the primary drivers behind the age requirement for mandatory departure.

Is that an annual test that everyone in the military has to pass through? Could you describe that for us? If someone fails that, what is the recourse?

**Brig.-Gen. Cathcart:** Essentially, there are five fundamental tasks that I have alluded to, including stretcher bearer and the ability to carry a load like your buddy.

The CF spent a lot of time and effort determining how to do that. One way is just to do it, but that takes a lot of time when you are talking upwards of 60,000 members on an annual basis to determine that level of fitness.

There are two types of tests. One is the CF EXPRES test and takes place in the confines of a gymnasium where all members are required to do a shuttle run, sit-ups, push-ups and strength testing.

There are two ways to pass. One is to meet a basic standard. If you go further beyond the standard of fitness, you are exempt from testing for one more year because you have achieved such a high standard in this first test.

**Le sénateur Runciman :** Je suis heureux de l'entendre. Vous avez mentionné qu'il y avait à l'heure actuelle quatre juges en fonction. Est-ce là le chiffre normal?

**Col Gibson :** Oui. Il n'y a pas de nombre fixe. Le nombre de juges nécessaires dépend du nombre des affaires à entendre. Il y a eu quatre juges pendant plusieurs années.

**Le sénateur Runciman :** Quel est le nombre des affaires en moyenne? Les juges sont-ils très occupés?

**Col Gibson :** Comme vous le savez, le système de justice militaire comprend deux niveaux; les procès sommaires et les cours martiales. L'immense majorité des affaires soumises au système de justice militaire font l'objet de procès sommaires. Cela représente habituellement près de 96 p. 100. Ce chiffre s'établit autour de 2 000 par an.

Il y a habituellement environ 75 cours martiales par an.

**Le sénateur Runciman :** Ces cours siègent-elles à Ottawa ou ailleurs au Canada?

**Col Gibson :** Un des éléments essentiels de notre système que nous estimons devoir respecter pour atteindre les deux objectifs fondamentaux du système de justice militaire — auxquels fait allusion le projet de loi C-15 — est la portabilité. Les FC opèrent dans le monde entier, y compris en Afghanistan. Il est nécessaire que le système de justice — si nous voulons atteindre les objectifs que constitue la promotion de l'efficacité opérationnelle et la justice — doit être en mesure de suivre nos forces militaires là où elles se trouvent. Les cours martiales siègent au Canada et dans les endroits où les militaires sont déployés.

**Le sénateur Runciman :** Vous avez parlé de la norme de la condition physique comme étant une des principales raisons à l'origine de l'imposition d'un âge de retraite obligatoire.

S'agit-il d'une évaluation annuelle que tous les militaires doivent subir chaque année? Pourriez-vous nous la décrire? Si quelqu'un échoue à cette évaluation, que peut-il faire?

**Bgén Cathcart :** J'ai fait allusion à cinq tâches fondamentales, notamment porter une civière et être en mesure de porter un objet lourd comme vos camarades.

Les FC consacrent beaucoup de temps et d'effort à déterminer comment procéder. Une des façons consiste simplement à le faire, concrètement, mais cela prend beaucoup de temps parce qu'il faut évaluer tous les ans la condition physique de près de 60 000 militaires.

Il y a deux types d'évaluation. La première est l'évaluation EXPRES FC, alors il y a donc deux types d'évaluations. Elle s'effectue dans un gymnase où tous les militaires doivent faire une course-navette, des abdominaux, des tractions et subir une évaluation de leur force.

Il est possible de réussir cette évaluation de deux façons. La première consiste à atteindre la norme de base. Le militaire qui dépasse la norme de capacité physique n'a pas à subir d'autre évaluation pendant un an parce qu'il a déjà atteint un niveau élevé au cours de la première évaluation.

If you fail, there is an opportunity for remedial training. It does happen. Like any test, people fail so you do remedial training — often one on one, like a personal trainer — and then you are tested again.

If you fail the second time career action is started, which could lead to your release from the Canadian Forces because you are not the meeting the fitness standard.

The other way — in the army in particular — is with something called Battle Fitness Test. You have seen the gear. You put on a full rucksack and do a 13-kilometre march with a weapon. Everyone deploying in a mission like Afghanistan — including lawyers — would have to go through that Battle Fitness Test if they have not done the EXPRES test. If you fail, there is a period for remedial training. Ultimately if you do not pass, the immediate result would be you are not deployed and then you are likely going down that path of career action that could result in a release.

**Senator Runciman:** Every military judge has to put on the gym shorts and running shoes once a year.

**Brig.-Gen. Cathcart:** That is right.

**Senator Baker:** I would say that is an individualized assessment and I do not think it holds much water. I know people in their sixties and seventies that are far more fit than people in their forties. I think that is a weak argument.

Before I ask my final question I want to congratulate both of you on the excellent job you have been doing in addressing all these problems that have come up recently because of judgments in the courts martial courts.

For example, it is not true, I do not think, to say that right now there is a five-year term for judges. My recollection is that back in 2004, with *R. v. Joseph* and *R. v. Nguyn*, that five years was struck out of the law. Am I wrong?

**Col. Gibson:** Senator, there have been trial-level judgments at courts martial to varying effects. They were not consistent, and that was one of the reasons why Bills C-7, C-45 and C-41 sought to install the standard of security of tenure until retirement. The Court Martial Appeal Court now in *Leblanc* has definitively resolved the issue for us by ruling as they have.

**Senator Baker:** Did your chief judge rule in three or four cases that he severed those words, five years?

**Col. Gibson:** He did.

**Senator Baker:** He did. Exactly. So that is not into effect.

En cas d'échec, il est possible de suivre une instruction de rattrapage. Cela arrive. Comme pour n'importe quelle évaluation, il y a des gens qui échouent de sorte qu'ils suivent une instruction de rattrapage — bien souvent cette instruction est donnée sur une base individuelle, comme avec un entraîneur personnel — et il subit ensuite une autre évaluation.

En cas de deuxième échec, la carrière du militaire est examinée, ce qui peut entraîner la libération des Forces canadiennes, parce que le militaire n'atteint pas la norme en matière de condition physique.

L'autre façon, dans l'armée en particulier — est ce que nous appelons le test d'aptitude physique au combat. Vous avez vu l'équipement. Vous portez un sac à dos chargé et faites une marche de 13 kilomètres avec une arme. Tous les militaires envoyés dans une mission comme l'Afghanistan — y compris les avocats — doivent passer ce test d'aptitude physique au combat s'ils n'ont pas passé l'évaluation EXPRES. En cas d'échec, on accorde un délai au militaire pour qu'il suive une instruction de rattrapage. S'il y a finalement un échec, le résultat immédiat est que le militaire n'est pas déployé et qu'il y aura probablement une révision de carrière qui pourrait entraîner la libération du militaire.

**Le sénateur Runciman :** Tous les juges militaires doivent mettre des vêtements de gymnastique et des souliers de course une fois par an.

**Bgén Cathcart :** C'est exact.

**Le sénateur Baker :** Je dirais que c'est une évaluation individualisée et je ne pense pas que cet argument soit très convaincant. Je connais des gens dans la soixantaine ou la soixante-dizaine qui sont bien plus en forme que des gens de 40 ans. Je pense que cet argument est faible.

Avant de poser ma dernière question, je tiens à vous féliciter tous les deux pour l'excellent travail que vous avez accompli à la suite des nombreux problèmes qui sont survenus récemment à cause des jugements prononcés par les cours martiales.

Par exemple, il n'est pas exact, à mon avis, de dire qu'à l'heure actuelle les juges ont un mandat de cinq ans. Je crois me souvenir qu'en 2004, avec les décisions *R. c. Joseph* et *R. c. Nguyn*, le mandat de cinq ans avait été annulé. Est-ce que je me trompe?

**Col Gibson :** Sénateur, les cours martiales de première instance ont rendu un certain nombre de jugements différents. Ils n'étaient pas uniformes et c'est une des raisons pour lesquelles les projets de loi C-7, C-45 et C-41 visaient à introduire le principe de l'inamovibilité jusqu'à la retraite. La Cour d'appel de la cour martiale a, dans l'arrêt *Leblanc*, définitivement résolu cette question en prononçant ce jugement.

**Le sénateur Baker :** Votre juge en chef n'a-t-il pas décidé dans trois ou quatre affaires qu'il supprimait ces mots, le mandat de cinq ans?

**Col Gibson :** Effectivement.

**Le sénateur Baker :** Effectivement. Exact. Cette disposition n'est donc pas en vigueur.

**Col. Gibson:** Could I respond?

**Senator Baker:** I will put the question, and then you will have lots of time.

The Supreme Court of Canada has not addressed the question of security of tenure as it relates to military court judges. There has been no judgment by the Supreme Court of Canada on point.

You are quoting a judgment of a university professor, McKinney, who had a dispute with the Guelph University. That is a different matter. That came under section 9.2 of the human rights code of the Province of Ontario. That has nothing to do with the Canadian Charter of Rights and Freedoms as directly as your case does.

In those circumstances, it would have made very good sense to appeal the decision of the Court of Appeal — you had 30 days to do it — to the Supreme Court of Canada. No, you had 60 days to do it. That would take about a year to hear. In the meantime, the five-year restriction would not be there, and you could have brought in all of these amendments at the same time. If you had to wait for a judgment of the Supreme Court of Canada, we would have had something definitive in law addressing all of these various questions relating to the judges.

I might say that Colonel Gibson has done a marvellous job at explaining our military law. The last time I heard him was at Yale University.

**Col. Gibson:** Senator, there are several points I would make in response.

Like any trial level court, there is no *stare decisis* in respect of judges at the same level of rulings of court martial judges. There were judgments of different military trial judges to different effect.

The Court Martial Appeal Court, which is the supervisory appellate court, did consider these issues in part in the cases of *Parsons* and *Dunfy* but essentially declined an opportunity to definitely rule. In one sense, *Leblanc* certainly makes the law clear. *Stare decisis* applies in respect of rulings of the Court Martial Appeal Court on the trial judges.

With greatest respect, senator, I would take slight issue with one observation that you made in respect of Supreme Court of Canada judgments. In *Généreux*, the Supreme Court pointed out, 1992, that the constitutional requirement of independence does apply to military judges, just as the Supreme Court of Canada has generally articulated in *Valente*, but the manner in which that can be accomplished did not necessarily have to be exactly the same as in the civilian system. The point is that the constitutional requirement under section 11(d) of the charter clearly applies to military judges.

**Col Gibson :** Puis-je répondre?

**Le sénateur Baker :** Je vais poser ma question et vous aurez ensuite beaucoup de temps pour y répondre.

La Cour suprême du Canada n'a pas examiné le principe de l'inamovibilité en ce qui concerne les juges des cours militaires. Elle n'a encore rendu aucun jugement sur ce point.

Vous avez cité un jugement concernant un professeur d'université, McKinney, qui avait un litige avec l'Université de Guelph. C'est une autre question. Il s'agissait de l'application de l'article 9.2 du Code des droits de la personne de la province de l'Ontario. Cela n'a rien à voir avec la Charte canadienne des droits et libertés, alors que votre affaire la touchait directement.

Dans ces circonstances, il aurait été tout à fait logique d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel — vous aviez 30 jours pour le faire — devant la Cour suprême du Canada. Non, vous aviez 60 jours pour le faire. Il aurait fallu attendre un an environ pour que la cause soit entendue. Entre-temps, la restriction du mandat de cinq ans aurait été supprimée et vous auriez pu présenter toutes ces modifications en même temps. Si vous aviez attendu un jugement de la Cour suprême, nous aurions obtenu une réponse définitive sur toutes ces questions qui touchent les juges.

Je dois dire que le colonel Gibson a fort bien expliqué notre droit militaire. La dernière fois que je l'ai entendu parler était à l'Université Yale.

**Col Gibson :** Sénateur, j'aimerais faire plusieurs commentaires pour répondre à cette question.

Comme pour tout tribunal de première instance, la règle du *stare decisis* ne s'applique pas lorsque les décisions sont toutes rendues au niveau des juges de la Cour martiale. Divers juges militaires de première instance ont rendu des jugements différents.

La Cour d'appel de la cour martiale, qui est la cour d'appel qui exerce un rôle de surveillance, a examiné certains aspects de ces questions dans les affaires *Parsons* et *Dunfy*, mais elle s'est abstenue de saisir cette occasion de trancher définitivement ces questions. Dans un sens, l'arrêt *Leblanc* précise clairement le droit. La règle du *stare decisis* oblige les juges de première instance à respecter les décisions de la Cour d'appel de la cour martiale.

Si vous le permettez, sénateur, je mentionnerai que je ne suis pas tout à fait d'accord avec vous lorsque vous avez fait remarquer certaines choses au sujet des jugements de la Cour suprême du Canada. Dans *Généreux*, la Cour suprême a fait remarquer, en 1992, que l'obligation constitutionnelle d'assurer l'indépendance de la magistrature s'appliquait aux juges militaires, tout comme la Cour suprême du Canada l'avait déclaré sur un plan plus général dans l'arrêt *Valente*; d'après elle, il n'est toutefois pas nécessaire que ce principe soit respecté exactement de la même façon que dans le système civil. L'essentiel est qu'il est désormais clair que l'obligation constitutionnelle imposée par l'alinéa 11d) de la charte s'applique aux juges militaires.

In respect of your question about opportunities to appeal, I would go back to the basic point. Chief Justice Lamer made a policy recommendation in 2003 in his report that military judges should be given security of tenure until retirement. The government accepted that policy recommendation. That recommendation was reflected in the provisions in Bill C-7, 2006, Bill C-45, 2008, Bill C-41, 2010. The government has tried repeatedly to actually implement that policy recommendation, so why would one appeal a recommendation that the government had already accepted, is really the question.

What is different about the situation about Bill C-16 after *Leblanc* from those previous bills is that they provided for security of tenure of military judges until the age of retirement to be specified in regulations. Following what the Court Martial Appeal Court emphasized in *Leblanc*, this bill would provide a specific age to remove any uncertainty. The short answer to your question is that we have been trying for a long time to implement this policy.

**The Chair:** I would remind each of you that, following this panel, we will have Mr. Ian Holloway, Dean Law at the University of Calgary, who will be joining us by video conference. Dean Holloway is available as soon as we finish this panel.

**Senator Joyal:** I will be brief. To use the same words that you used when you concluded your answer to Senator Baker, this bill encompasses or entrenches some of the policies that you have been pursuing in previous bills. Again, not presuming the will of Parliament, to quote what you have said in previous answers, you are halfway from the recommendation of the Lamer report, and you will ask us to approve a bill which is, *prima facie*, defective in terms of the inquiry committee that should be established in the case of a removal of a judge. Again, since it was already in a bill that was tabled, in Bill C-15, you already had the wording. It would not have been a great change to the bill we have in front of us if it had been added as subparagraph 3, and we would have settled it finally and made it complete in terms of reform. I submit that to you humbly, because we cannot presume the will of Parliament and when Bill C-15 will be adopted, that meanwhile we will live with a half-full glass. I do not doubt your sincerity about the policies that you want to entrench in those amendments, but again you had an opportunity there to settle that point forever.

**Col. Gibson:** Chief Justice Lamer made a policy recommendation that the existing provisions in respect of the inquiry committee, which are currently constituted in regulations, be moved into the act for greater visibility to provide an enhancement of perception of

Pour ce qui est de votre question au sujet des possibilités d'appel, j'aimerais revenir à un point fondamental. Dans son rapport de 2003, le juge en chef Lamer a fait une recommandation générale dans laquelle il disait que les juges militaires devaient être inamovibles jusqu'à leur retraite. Le gouvernement a accepté cette recommandation. Celle-ci se retrouve dans les dispositions du projet de loi C-7 de 2006, du projet de loi C-45 de 2008 et du projet de loi C-41 de 2010. Le gouvernement a essayé à plusieurs reprises de mettre en œuvre cette recommandation; c'est pourquoi je me demande à quoi aurait servi d'interjeter appel au sujet d'une recommandation que le gouvernement avait déjà acceptée.

Ce qui est différent au sujet du projet de loi C-16 après l'arrêt *Leblanc* par rapport aux projets de loi précédents est que ces derniers prévoyaient que l'inamovibilité des juges militaires jusqu'à l'âge de la retraite serait assurée par un règlement. Conformément à ce que la Cour d'appel de la cour martiale a déclaré dans l'arrêt *Leblanc*, le projet de loi prévoit un âge précis de façon à faire disparaître toute incertitude. Pour répondre brièvement à votre question, je dirais que cela fait longtemps que nous essayons de mettre en œuvre cette politique.

**Le président :** Je rappelle à tous les sénateurs qu'après ce panel, nous allons entendre M. Ian Holloway, doyen de la faculté de droit de l'Université de Calgary, qui va se joindre à nous par vidéoconférence. Nous pourrions entendre le doyen Holloway dès que nous aurons terminé avec ce panel.

**Le sénateur Joyal :** Je serai bref. Pour reprendre les mots que vous avez utilisés lorsque vous avez conclu votre réponse au sénateur Baker, le projet de loi reflète certaines politiques que vous avez essayé de mettre en œuvre avec d'autres projets de loi. Encore une fois, il ne faut pas présumer de la volonté du Parlement, pour citer ce que vous avez dit dans des réponses précédentes, mais vous n'êtes qu'à moitié chemin pour ce qui est de la mise en œuvre de la recommandation du rapport Lamer et vous nous demandez d'approuver un projet de loi qui, à première vue, n'y est pas conforme pour ce qui est du comité d'enquête qui doit être établi en cas de révocation d'un juge. Encore une fois, puisque cela figurait déjà dans un projet de loi qui avait été déposé, le projet de loi C-15, vous disposiez déjà d'une formulation. L'ajout d'un paragraphe 3 n'aurait pas grandement modifié le projet de loi que nous étudions et une telle disposition aurait réglé la question de façon définitive et achevé la réforme souhaitée. Je dois vous dire, parce que nous ne pouvons pas présumer de la volonté du Parlement ni du moment auquel le projet de loi C-15 sera adopté, qu'entre-temps, nous allons vivre avec un verre à moitié plein. Je ne doute pas de votre sincérité lorsque vous parlez des politiques que vous voulez garantir avec ces modifications, mais encore une fois vous aviez la possibilité de régler définitivement cette question.

**Col Gibson :** Le juge en chef Lamer a recommandé que les dispositions existantes touchant le comité d'enquête, qui figurent actuellement dans un règlement, soient placées dans la loi pour qu'elles soient plus visibles et renforcent la perception de

judicial independence. We absolutely agree, and, as we have already discussed, that policy recommendation is reflected in the provisions of Bill C-15.

The criteria specified and the essential nature of the operation of the committee is already there in law. It is a question of perception, of elevating it from the regulatory level to the statutory level, a valid and worthy undertaking, but, with the greatest of respect, I would disagree with the suggestion that the status quo in that sense is in any sense constitutionally deficient in respect of the independence of judges. The provision for the inquiry committee is already there.

**Senator Joyal:** I do not want to argue with you. I will do it in another forum.

If you read sections 61 and 62 of the *Leblanc* decision, appearance or preventing appearance of executive interference is part of the neutrality that the system of neutral justice should be offering to the public.

My last question, Mr. Chair, is about Lamer Recommendation No. 7, temporary suspension. Lamer was recommending that article 19.75 of the QR&O be amended to exempt military judges from temporary suspension of judicial duties. In your answer to Senator Runciman that you had implemented many of the recommendations in terms of amendments of the regulations, can you confirm to us the temporary suspension has been removed from 19.75 of the QR&O as Justice Lamer recommended?

**Col. Gibson:** Senator Joyal, if you would grant me a few moments, I can come back to you once my assistants confirm what we have actually amended. I do not want to mislead the committee. Certainly it was our intention to address that Lamer recommendation.

**The Chair:** That concludes this portion of today's hearings. Brigadier-General Cathcart and Colonel Gibson, thank you for your appearance here today. It was very thorough.

Colleagues, we will now continue with our consideration of Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act in respect of the tenure of military judges.

Our next witness, who we are very pleased to have with us today, is Dean Ian Holloway, from the faculty of law at the University of Calgary. Dean Holloway is appearing by video conference.

Welcome, Dean Holloway, it is very good to have you here.

**Ian Holloway, Dean, Faculty of Law, University of Calgary:** It is an honour to be with you all — and with you in particular, Mr. Chair. I am a neighbour of yours, so to speak; I am originally from Saint John, New Brunswick.

l'indépendance de la magistrature. Nous sommes tout à fait d'accord avec vous et comme nous l'avons déjà mentionné, cette recommandation se retrouve dans les dispositions du projet de loi C-15.

Les critères et les aspects essentiels du fonctionnement du comité font déjà partie de notre droit. C'est une question de perception, il s'agit de faire passer ces dispositions au niveau légal, une opération tout à fait valide et utile, mais, je dois vous dire que je ne souscris pas à votre commentaire selon lequel la situation actuelle ne respecte pas tout à fait les règles constitutionnelles pour ce qui est de l'indépendance des juges. Le comité d'enquête est déjà prévu par un texte.

**Le sénateur Joyal :** Je ne veux pas me lancer dans un débat avec vous. Je le ferai devant une autre instance.

Il ressort des sections 61 et 62 de l'arrêt *Leblanc* que l'impression qu'il y a d'ingérence de la part de l'exécutif, ou plutôt le souci d'éviter toute perception de ce genre, fait partie de la neutralité qu'un système de justice neutre devrait offrir au public.

Ma dernière question, monsieur le président, porte sur la recommandation Lamer n° 7, la suspension temporaire. Lamer recommandait que l'article 19.75 des ORFC soit modifié afin que les juges militaires ne puissent être retirés temporairement de leurs fonctions judiciaires. Dans la réponse que vous avez donnée au sénateur Runciman, selon laquelle vous avez mis en œuvre la plupart des recommandations en modifiant les règlements, pouvez-vous nous confirmer que la suspension temporaire a effectivement été supprimée de la disposition 19.75 des ORFC comme le recommandait le juge Lamer?

**Col Gibson :** Sénateur Joyal, si vous me donnez un instant, je pourrais vous répondre lorsqu'un de mes assistants aura confirmé que cela a effectivement été fait. Je ne voudrais pas induire le comité en erreur. Il est clair que nous avions l'intention de mettre en œuvre la recommandation Lamer.

**Le président :** Voilà qui termine cette partie de la séance d'aujourd'hui. Brigadier-général Cathcart et colonel Gibson, je vous remercie d'avoir comparu aujourd'hui. Nous avons vraiment approfondi cette question.

Chers collègues, nous allons poursuivre notre étude du projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale, pour ce qui est de l'inamovibilité des juges militaires.

Notre témoin suivant est le doyen Ian Holloway, de la faculté de droit de l'Université de Calgary. Nous sommes très heureux de pouvoir entendre aujourd'hui par vidéoconférence le doyen Holloway.

Bienvenue, doyen Holloway, il est très agréable de vous voir ici.

**Ian Holloway, doyen, faculté de droit, Université de Calgary :** C'est un honneur d'être avec vous tous — et en particulier, avec vous monsieur le président. Je suis un peu votre voisin; je suis originaire de Saint John, au Nouveau-Brunswick.

**The Chair:** There are probably some further questions I should ask you then. I believe I know your family, now that you say that.

Dean Holloway, again thank you. We will start, if you have an opening statement you care to make, and then we will have questions of you, I am sure, from our senators.

**Mr. Holloway:** I do have a brief statement. As you all know, I am the Dean of Law at the University of Calgary; I have been dean here since July 1 of this year. Prior to that, I was the Dean of Law at the University of Western Ontario for 11 years.

In addition to my academic experience, I spent 21 years in the Royal Canadian Navy. I retired as a chief petty officer. Subsequent to that, I spent 6 years as an officer in the Royal Australian Navy. I do not claim to be an expert on the system of military justice, but I certainly have been a subject of it for a big part of my life.

As you all know, this bill represents a move to further enshrine the concept of judicial independence within the ranks of the military judiciary. It is a short bill, but in my view it is elegant in its formulation. It replicates, as closely as possible, the same process that is used for the removal and retirement of civilian judges; and it responds directly — in my assessment, in any event — to the concerns expressed by Mr. Justice Létourneau in the *Leblanc* case. To the extent that I can, I am delighted to be of assistance to you as you consider this bill.

**The Chair:** Thank you for those comments.

**Senator Fraser:** I would like to ask you whether, in practice and in law, you think 60 is a good age for the compulsory retirement of judges, from their position as judges.

**Mr. Holloway:** In law, I think it is neutral. It could be 60, it could be 50, it could be 70. The key to meet the legal requirements of independence is there is no fear or favour to be gained or avoided.

In terms of practice, I think it is not a bad cut-off, retirement age, in the sense that military judges have to deploy. We saw that in the *Semrau* case, the tragic case where an officer in the Canadian Army was accused of having committed a mercy killing. For at least part of that trial, as I understand it, the court martial sat in Afghanistan.

To that extent, military judges have to be prepared to deploy operationally, to undergo the same pre-deployment training and so on, and that requires a certain level of fitness and stamina that would suggest, to me in any event, an early retirement age rather than 70 or 75, as is the norm for superior court judges in civilian life.

**Le président :** Dans ce cas, je devrais probablement vous poser quelques questions supplémentaires. Je crois connaître votre famille, maintenant que vous le dites.

Doyen Holloway, encore une fois merci. Nous allons commencer par entendre votre déclaration d'ouverture si vous en faite une et nous passerons ensuite aux questions que les sénateurs voudront certainement vous poser.

**M. Holloway :** J'aimerais effectivement faire une brève déclaration. Comme vous le savez tous, je suis le doyen de la faculté de droit de l'Université de Calgary; j'ai été nommé à ce poste le 1<sup>er</sup> juillet de cette année. Auparavant, j'ai été doyen de la faculté de droit de l'Université de Western Ontario pendant 11 ans.

En plus de mon expérience universitaire, j'ai passé 21 ans dans la Marine royale canadienne. J'ai pris ma retraite comme premier maître. Par la suite, j'ai été pendant six ans officier de la Marine royale australienne. Je ne prétends pas être un expert du système de justice militaire mais, je peux quand même dire que c'est un sujet auquel j'ai consacré une bonne partie de ma vie.

Comme vous le savez tous, le projet de loi constitue une autre mesure visant à garantir le principe de l'indépendance de la magistrature au sein de la justice militaire. C'est un projet de loi très concis, mais j'estime qu'il est formulé de façon élégante. Il reproduit, le plus étroitement possible, le processus qui est utilisé pour la révocation et la retraite des juges civils; et il répond directement — d'après moi, en tout cas — aux préoccupations exprimées par le juge Létourneau dans l'affaire *Leblanc*. Dans la mesure où je le peux, je serai ravi de vous être utile dans l'étude de ce projet de loi.

**Le président :** Merci de ces commentaires.

**Le sénateur Fraser :** J'aimerais vous demander si, en pratique ou en droit, vous pensez que l'âge de 60 ans est un âge de la retraite obligatoire approprié pour les juges, pour le poste de juges.

**M. Holloway :** En droit, je dirais que c'est un âge neutre. On pourrait choisir 60, 50 ou 70 ans. L'élément essentiel qu'exige le principe de l'indépendance est qu'il ne faut rien avoir à craindre ou à espérer.

Sur le plan de la pratique, cela ne me paraît pas un mauvais choix, comme âge de la retraite, dans le sens que les juges militaires doivent être capables d'être déployés. Nous l'avons vu avec l'affaire *Semrau*, une affaire tragique dans laquelle un officier de l'Armée canadienne a été accusé de meurtre par compassion d'un Afghan. D'après ce que j'ai compris, la cour martiale a siégé en Afghanistan au moins pendant une partie du procès.

C'est la raison pour laquelle les juges militaires doivent être prêts à être déployés sur un terrain d'opération, à suivre la même instruction préalable au déploiement, ce qui exige une bonne condition physique et de l'énergie, ce qui a milité en faveur, à mon avis, du moins, de choisir un âge de la retraite plus jeune que 70 ou 75 ans, comme c'est la norme pour les juges de la cour supérieure dans la société civile.

**Senator Fraser:** As my colleague, Senator Baker, pointed out a few minutes ago with our earlier witnesses, if deployability — that is physical fitness — is the criterion that operates to fix the age of 60, there are many 60-odd-year-old persons, persons over 60 who are extremely fit and make a point of remaining extremely fit. Is it excessively arbitrary?

I could see an older age being fixed, because the likelihood of physical fitness clearly does decline as age advances, but 60 does seem a little young.

**Mr. Holloway:** In law, the notion of “arbitrary” suggests a lack of reason. I do not think that one could say it is an arbitrary age. I completed the New York marathon and I finished at a much slower rate than people in their seventies. Of course it is true that there are plenty of people much older than 60 who are extremely fit. What I would say is there is no magic to the particular age of 60. In some provinces — I think in Nova Scotia, where I was first admitted to the bar — provincial court judges at least used to retire at 65, whereas in other provinces it is at 70. Can we say that Nova Scotia is unconstitutionally arbitrary or unlawfully arbitrary because they chose a different age? I am not sure. A considered decision was made, a considered assessment was made, that 60 was the right age. I certainly have no knowledge or background which would suggest to me that that is inappropriately arbitrary, as a legal term.

**Senator Fraser:** Here is a question that has nothing to do with the law but I was just so interested. How did you get into the Australian navy? How did that happen?

**Mr. Holloway:** I went to Australia to do a Ph.D., and I thought I was going to stay for a year or so, and then one year became two, became three, became four, and I decided I guess I will be here for a while. I enjoy the military service, and so I resigned from the Canadian Navy, and applied to join the RAN.

**Senator Fraser:** You did not have to be a citizen to do that?

**Mr. Holloway:** I did have to be a citizen, but that was not a problem. I have, like many Canadians, dual citizenship.

**Senator Fraser:** Thank you. That is a personal question, but I am grateful to you for taking it.

**Mr. Holloway:** Thank you, senator.

**Senator Meredith:** Thank you, professor, for appearing before us this afternoon. Going back to the qualifications of the judges, and obviously we talked about their physical fitness, and the brigadier-general has indicated to us that it is so important in the

**Le sénateur Fraser :** Tout comme mon collègue, le sénateur Baker, l’a fait remarquer il y a quelques minutes à nos témoins précédents, si la déployabilité — c’est-à-dire la condition physique — a été le critère pris en compte pour choisir l’âge de 60 ans, il y a de nombreuses personnes dans la soixantaine, de plus de 60 ans, qui sont en très bonne condition physique et qui décident de demeurer en forme. Ce choix n’est-il pas un peu trop arbitraire?

Je conçois que l’on pourrait fixer cet âge un peu plus tard, parce qu’il est évident que la condition physique se détériore avec l’âge, mais 60 ans me semble un peu jeune.

**M. Holloway :** En droit, la notion d’« arbitraire » indique une absence de motif. Je ne pense pas que l’on puisse dire qu’il s’agit là d’un âge arbitraire. J’ai terminé le marathon de New York, et je suis arrivé bien après des gens qui avaient plus de 70 ans. Il est vrai qu’il y a beaucoup de gens de plus de 60 ans qui sont en très bonne forme. Je dirais simplement que l’âge de 60 ans n’est pas un âge magique. Dans certaines provinces — en Nouvelle-Écosse, je crois, où j’ai été admis pour la première fois au Barreau — les juges de la cour provinciale, pour ne parler que d’eux, prenaient leur retraite auparavant à 65 ans, alors que l’âge était de 70 ans dans les autres provinces. Pouvons-nous dire que l’âge retenu en Nouvelle-Écosse est inconstitutionnel ou illégal et arbitraire parce qu’il est différent des autres provinces. Je n’en suis pas convaincu. Une décision a été mûrement prise, mais une évaluation a été faite d’après laquelle l’âge de 60 ans était le bon âge. Je ne dispose d’aucun élément m’indiquant que ce choix est arbitraire et inapproprié, en tant que terme juridique.

**Le sénateur Fraser :** J’aimerais vous poser une question qui n’a absolument rien à avoir avec le droit, mais qui m’intéresse. Comment êtes-vous entré dans la marine australienne? Comment cela est-il arrivé?

**M. Holloway :** Je me suis rendu en Australie pour faire un doctorat et je pensais que j’allais y rester à peu près un an; les années ont passé, deux, trois, quatre ans, et j’ai décidé de rester dans ce pays quelque temps. J’aime bien le service militaire, de sorte que j’ai donc démissionné de la marine canadienne et je me suis enrôlé dans la RAN.

**Le sénateur Fraser :** Ne faut-il pas avoir la citoyenneté pour le faire?

**M. Holloway :** Il fallait la citoyenneté, mais ça n’a pas été un problème. Comme de nombreux Canadiens, j’ai une double citoyenneté.

**Le sénateur Fraser :** Merci. C’est une question personnelle, mais je suis heureuse que vous ayez accepté d’y répondre.

**M. Holloway :** Je vous remercie, sénateur.

**Le sénateur Meredith :** Merci, monsieur, de comparaître cet après-midi. Pour revenir aux qualités requises des juges, et bien évidemment, nous avons parlé de leur condition physique; le brigadier-général nous a expliqué qu’il était très important que les



deployment of these judges across the globe to be able to move rather quickly and be able to also carry the equipment necessary to defend their colleagues.

We have heard that it is important for these judges to be well qualified. What are your views on this in terms of those who are now, as to Senator Fraser's point with respect to the age, fully tenured past 60? What are your views on that in terms of them and that this bill is saying we need to have them leave their position as a judge at 60 but not to leave the military itself?

**Mr. Holloway:** I think they have to leave the military too. I am a bit out of date on this, but I thought 60 was the retirement age for all service people. Perhaps I am wrong on that.

**Senator Meredith:** To my understanding, Brig.-Gen. Cathcart indicated the age of retirement for judges at 60 with this legislation, however they do not have to leave the Canadian Forces at 60.

**Mr. Holloway:** Then you are more informed than I am, because my understanding was that 60 was the retirement age for all service personnel. To that extent, as I read this bill, it was intending to ensure consistency of treatment, that judges would be treated no differently, for retirement purposes, than any other member of the Canadian Forces.

**The Chair:** Senator Angus?

**Senator Angus:** I will pass, if I may, Mr. Chair. I had to go out for a minute and I missed the sequence. I do not want to duplicate anyone's questions.

**The Chair:** Dean Holloway, as I am sure you are aware, the basis of Bill C-16 is as a result of the decision in the court martial appeal case of *R. v. Leblanc*. Bill C-16 is responding to that decision. I am wondering if you have reviewed *R. v. Leblanc* and if you feel that Bill C-16 adequately responds to the concern of the court in that case.

**Mr. Holloway:** I have read the judgment a few times. Let me say a few things. First, I think you all know Mr. Justice Létourneau is a very distinguished jurist and has a long association with the court system, the military judicature system of courts martial that we have in Canada. I am inclined to defer to him, because I have a high regard for his abilities as a judge.

Leaving that aside, I think the bill does address his concerns. In his judgment he talked about the three prongs of judicial independence: financial, administrative and reappointment. This bill certainly deals with the concern that was at issue in the *Leblanc* case, and that was this whole question of how tenable it was to have a system whereby judges in the service did not know how long they would be judges.

judges, qui peuvent être déployés n'importe où au monde, soient capables de se déplacer rapidement et de porter également l'équipement nécessaire pour défendre leurs camarades.

On nous a dit qu'il était important que ces juges soient très compétents. J'aimerais connaître votre point de vue sur cet aspect pour ceux qui bénéficient maintenant, comme le sénateur Fraser l'a fait remarquer au sujet de l'âge, de l'inamovibilité après 60 ans? Quel est votre point de vue sur cet aspect par rapport aux juges et au projet de loi et au fait que le projet de loi prévoit qu'ils cessent leurs fonctions de juge à 60 ans, mais sans quitter l'armée?

**M. Holloway :** Je crois qu'ils doivent quitter l'armée aussi. Je ne suis pas très au courant de cette question, mais je pensais que 60 ans était l'âge de la retraite pour tous les militaires. Il est possible que je me trompe.

**Le sénateur Meredith :** D'après ce que j'ai compris, le brigadier-général Cathcart a déclaré que l'âge de la retraite des juges était de 60 ans selon ce projet de loi, mais qu'ils n'étaient pas obligés de quitter les Forces canadiennes à 60 ans.

**M. Holloway :** Alors vous en savez plus que moi, parce que je croyais que l'âge de la retraite pour tous les militaires était 60 ans. C'est pourquoi ce projet de loi a pour but d'assurer à tous les militaires le même traitement et de faire en sorte que les juges ne soient pas traités différemment, aux fins de la retraite, des autres membres des Forces canadiennes.

**Le président :** Sénateur Angus?

**Le sénateur Angus :** Je vais m'abstenir d'intervenir, si vous le permettez, monsieur le président. J'ai dû m'absenter un instant et je n'ai pas suivi la discussion. Je ne veux pas poser les mêmes questions qu'un autre intervenant.

**Le président :** Doyen Holloway, je suis certain que vous savez ceci, le projet de loi C-16 découle de l'arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale, *R. c. Leblanc*. Le projet de loi C-16 apporte une réponse à cette décision. Je me demandais si vous aviez examiné l'arrêt *R. c. Leblanc* et si vous estimez que le projet de loi C-16 répond de façon appropriée aux aspects soulevés par la Cour dans cette affaire.

**M. Holloway :** J'ai lu le jugement à quelques reprises. Permettez-moi d'en dire quelques mots. Premièrement, je pense que vous savez tous que le juge Létourneau est un juriste éminent qui connaît depuis longtemps le système judiciaire, la magistrature judiciaire des cours martiales qui existent au Canada. Je serai enclin à m'en remettre à lui parce que j'ai beaucoup de respect pour ses capacités de juge.

Par ailleurs, je dirais que le projet de loi répond à ses préoccupations. Il parle dans son jugement des trois piliers de l'indépendance judiciaire : l'aspect financier, l'aspect administratif et la renomination. Ce projet de loi traite effectivement de l'aspect qui a été soulevé dans l'affaire *Leblanc*, à savoir la question de la validité d'un système dans lequel les juges ne savent pas combien de temps ils vont demeurer en fonction.

As you all know, we were kind of in limbo until the *Leblanc* case. Part of the legislation had been struck down, but it was uncertain, until the Court Martial Appeal Court pronounced on it, how secure that ruling was.

To my mind, the bill does address the concerns expressed by the court.

**The Chair:** Thank you for that response.

**Senator Baker:** Dr. Holloway, do you have any thoughts as far as the Canadian Charter of Rights and Freedoms, section 15(1)? It says you cannot discriminate against someone because of age. The Canadian Human Rights Act that provides, in 15(1)(c), that as far as retirement is concerned there is an exception to the word “discrimination” if you are required to retire at the age in which a person performing your similar function would retire. In other words, the military judges, as you know, now perform a huge task, even greater than that of any judge in our society, because they have to adjudicate matters that pertain to the National Defence Act and all of those regulations. They also have to adjudicate all matters under federal law, including the Criminal Code, with a couple of exceptions. I think there is an exception at section 280 of the Criminal Code for murder and child abduction.

**Mr. Holloway:** Yes, inside Canada, that is right.

**Senator Baker:** Of course, they have a jurisdiction outside of Canada, which our superior court judges do not have in the civil cases.

They have this huge responsibility. A reasonable person would say that if you have a comparator for a military judge today, it would be a superior court judge, or perhaps a provincial court judge, who have tenure to age 70, in the case of provincial court judges, as you pointed out, and to age 75 if it is a federal superior court judge. There have been some judgments that say it violates the Human Rights Act at section 15(1)(c) in that the retirement age must be in the area of someone of similar work, and it would also violate the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Do you have any thoughts on that with respect to setting the retirement age at 60?

**Mr. Holloway:** It is a great question, senator, and a very perceptive one, if I may say so.

I understand that this is not what you were suggesting, but if someone were to suggest that setting retirement age at 60 for members of the Canadian Forces is unconstitutional, then that is a much bigger issue than you are dealing with in Bill C-16. We cannot lose sight of fact that military judges are officers who hold

Comme vous le savez tous, nous étions dans une sorte de zone grise avant l'arrêt *Leblanc*. Une partie de la loi a été invalidée, mais nous ne savions pas si cette décision serait confirmée, avant que la Cour d'appel de la cour martiale ne se prononce sur cette question.

À mon avis, le projet de loi répond aux préoccupations exprimées par la cour.

**Le président :** Merci de votre réponse.

**Le sénateur Baker :** M. Holloway, avez-vous des commentaires à faire au sujet du paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? Cette disposition interdit toute discrimination fondée sur l'âge. La Loi canadienne sur les droits de la personne énonce, à l'alinéa 15(1)c), que dans le cas de la retraite, il y a une exception à la « discrimination » pour la personne visée par la règle de l'âge à la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi. Autrement dit, les juges militaires, comme vous le savez, assument à l'heure actuelle de lourdes responsabilités, plus lourdes que celles des autres juges, parce qu'ils doivent se prononcer sur les questions touchant la Loi sur la défense nationale et tous ces règlements. Ils doivent également appliquer le droit fédéral, notamment le Code criminel, avec quelques exceptions. Je pense que l'article 280 du Code criminel prévoit une exception pour les cas de meurtre et d'enlèvement d'enfant.

**M. Holloway :** Oui, au Canada, c'est exact.

**Le sénateur Baker :** Ils peuvent bien sûr exercer leurs pouvoirs à l'extérieur du Canada, ce que nos juges de la cour supérieure ne peuvent faire pour les affaires civiles.

Ils assument de lourdes responsabilités. Autrement dit, une personne raisonnable dirait que, si l'on veut comparer avec quelqu'un un juge militaire actuel, ce serait avec un juge de la cour supérieure ou avec un juge de la cour provinciale qui sont eux inamovibles jusqu'à l'âge de 70 ans, dans le cas des juges de la cour provinciale, comme vous l'avez fait remarquer, et jusqu'à celui de 75 ans, pour les juges d'une cour supérieure fédérale. D'après certains jugements, une telle règle serait contraire à l'alinéa 15(1)c) de la Loi sur les droits de la personne parce que l'âge de la retraite doit être conforme à celui qui est équitable pour une personne qui fait un travail semblable, et elle porte également atteinte à la Charte canadienne des droits et libertés.

Avez-vous des commentaires à faire au sujet du choix de 60 ans comme âge de la retraite?

**M. Holloway :** C'est une excellente question, sénateur, et une question très subtile, si vous me permettez de le dire.

Je sais que ce n'est pas ce que vous voulez dire, mais si quelqu'un affirmait que le fait de fixer l'âge de la retraite à 60 ans pour les membres des Forces canadiennes est inconstitutionnel, alors il poserait une question beaucoup plus vaste que celle qui vous est soumise avec le projet de loi C-16. Il ne faut pas perdre de

the Queen's commission. They are military officers. They exercise a particular role, just as priests and members of the clergy, doctors and dentists do in the Canadian Forces.

If we say that it is unconstitutional to make judges to retire at 60, does that mean that military doctors can work until they drop? In fact, in many civilian hospitals there is no retirement age for doctors now. I am not sure that the exercise of comparison is as simple as saying a judge in uniform equals a judge in civilian life. The exercise of comparison is a bit more textured than that.

Let us, for the moment, consider the retirement age of judges in civilian life. To my knowledge, the constitutionality of different retirement ages for provincial court judges across the country has not been undermined. It is possible for provincial court judges in Nova Scotia to have a different retirement age than they do in Quebec and for those two provinces to have a different retirement age for judges than in Manitoba. If that is constitutional, then I am not sure that we can presumptively say it is unconstitutional for another type of judge to have a different retirement age.

**Senator Baker:** It would have to be challenged, but who would have thought that the retirement age of 60 for Air Canada pilots would have been challenged as it has been? As recently as four months ago, the Federal Court of Appeal — or was it the Federal Court of Appeal — in the particular case of Valnier ruled that it is unconstitutional to have a retirement age of 60, although 75 per cent of the pilots were polled in a referendum and said they wanted their retirement age at 60 because they get a great retirement package of about \$130,000 a year. However, one person challenged it, and it was judged to be unconstitutional.

In this case, there could be a judge who could challenge that.

**Mr. Holloway:** There could be; it may well happen. I do not know how many pilots Air Canada has, but there are many. There are, as I recall, four military judges. Our services have just come through an extended period of extraordinary commitment, and it may not be for a while that we see significant overseas deployment that way again. However, it is not inconceivable to think that we could have had all four judges having to deploy, and if one of those judges happens to be 74 and a half years old and just not up to it, what sort of a burden does that place on the system? Does one have to take into account the practical system and the strains that could be placed on it?

**Senator Baker:** That was a good answer.

Before I ask my last question, because the chair will cut me off soon, let me tell you that you are absolutely correct. The retirement age is 60. You were correct there, but what Senator Meredith was referring to was that in the Queen's orders, section 15.17 allows

vue le fait que les juges militaires sont des officiers qui ont reçu une commission de la Reine. Ce sont des officiers militaires. Ils exercent un rôle particulier, tout comme celui des prêtres et des membres du clergé, des docteurs et des dentistes au sein des Forces canadiennes.

Si nous disons qu'il est inconstitutionnel d'obliger les juges à prendre leur retraite à 60 ans, cela veut-il dire que les médecins militaires peuvent travailler jusqu'à ce qu'ils meurent? En fait, dans de nombreux hôpitaux civils, il n'y a pas d'âge de la retraite à l'heure actuelle pour les médecins. Je ne pense pas qu'il soit possible de faire une comparaison en disant qu'un juge en uniforme est comparable à un juge de la société civile. La comparaison est un exercice un peu plus complexe.

Examinons, pour un instant, l'âge de la retraite des juges dans la société civile. À ma connaissance, la constitutionnalité des différents âges de la retraite applicable aux juges des cours provinciales dans les différentes provinces n'a jamais été contestée. Ainsi, les juges de la cour provinciale de la Nouvelle-Écosse n'ont pas le même âge de la retraite que ceux du Québec et ces deux provinces ont un âge de la retraite qui diffère de celui des juges au Manitoba. Si cela est constitutionnel, alors je ne vois pas très bien comment il est possible de dire qu'il est inconstitutionnel qu'une autre catégorie de juges soit obligé de prendre sa retraite à un autre âge.

**Le sénateur Baker :** Il faudrait porter cette question devant les tribunaux, mais qui aurait pensé que l'âge de la retraite des pilotes d'Air Canada qui est fixé à 60 ans aurait été contesté comme cela s'est produit? Tout récemment, il y a quatre mois, la Cour d'appel fédérale — ou était-ce bien la Cour fédérale — a déclaré dans l'affaire Valnier qu'il était inconstitutionnel de fixer l'âge de la retraite à 60 ans, même si 75 p. 100 des pilotes interrogés ont déclaré souhaiter que l'âge de la retraite soit fixé à 60 ans parce qu'ils avaient droit à très bonne retraite d'environ 130 000 \$ par an. Il y a toutefois quelqu'un qui a contesté ce régime, et celui-ci a été déclaré inconstitutionnel.

Dans ce cas-ci, un juge pourrait fort bien contester cette règle.

**M. Holloway :** C'est possible; cela pourrait fort bien se produire. Je ne sais pas combien il y a de pilotes chez Air Canada, mais ils sont nombreux. Il y a, si j'ai bien compris, quatre juges militaires. Les Forces canadiennes viennent de connaître une longue période d'engagement extraordinaire et il faudra attendre peut-être un peu avant de voir à nouveau nos forces déployées à l'étranger. Il ne me paraît toutefois pas inconcevable d'envisager que nos quatre juges puissent être envoyés en mission et que, si l'un de ces juges a 74 ans et demi et ne possède pas les qualités requises, je me demande s'il ne serait pas un fardeau pour le système? Faut-il prendre en compte les aspects pratiques et les difficultés que cela pourrait causer?

**Le sénateur Baker :** Voilà une bonne réponse.

Avant de poser ma dernière question, parce que le président va m'interrompre bientôt, permettez-moi de vous dire que vous avez tout à fait raison. L'âge de la retraite est fixé à 60 ans. Vous aviez raison sur ce point, mais le sénateur Meredith faisait référence à ce

extensions to be given upon application to the Minister of National Defence or the Chief of the Defence Staff. Therefore, extensions can be given, and that was verified.

Here is my last question to you: Do you know Justice L'Heureux-Dubé?

**Mr. Holloway:** Yes, I appeared before her.

**Senator Baker:** Yes, you did, at the Supreme Court of Canada. She was very kind to you. She ruled in your favour.

**Mr. Holloway:** She did.

**Senator Baker:** I want to ask you now if you agree with her in her assessment of military judges. She was on the panel, and she was comparing military judges to judges of the Tax Court of Canada in that the military judges do not have jurisdiction in civilian matters, and the Tax Court of Canada, in civil matters, does not have jurisdiction in criminal matters. However, in every other respect, they travel the country and they are alike. Her conclusion is the following:

In my view, these are the proper criteria which militate in favour of a unified federal court system . . .

The entire argument made here suggests that the military judges are so close to the functions of superior court judges that they should receive the same salaries, and they should receive the same tenure of office. They certainly have the third component that you mentioned in judicial independence, and that is that they have the jurisdiction — the power.

Do you now agree with Madam Justice L'Heureux-Dubé, since she agreed with you, so greatly in that judgment before the Supreme Court of Canada?

**Mr. Holloway:** I am not competent to judge salaries. In terms of the broader issue, no, I think there is a profound difference between military judges and judges of the tax court. In the same way, we say that we want people who sit on workers tribunals or labour relations boards to bring to bear a particular expertise reflecting a deep understanding of the domain and the milieu in which they work. That is why beginning in the 1970s the Supreme Court of Canada was pushing the bureaucracy of the civil service to professionalize the process of administrative adjudication.

You have to remember the work that these military judges do may involve two soldiers slugging one another but slugging one another in a particular context and in a particular social setting that is alien to we who are civilians.

I think it is critical for judges to have an understanding of that, to have a real feel for what might seem to us, as civilians, to be mere rudeness, but what that might mean if it takes place on a warship

qui se trouve dans les ORFC et l'article 15.17 autorise la prolongation du service d'un militaire, avec l'approbation du ministre de la Défense nationale ou du chef d'état-major. Par conséquent, il est possible d'accorder une prolongation et cela a été vérifié.

Voici ma dernière question. Connaissez-vous la juge L'Heureux-Dubé?

**M. Holloway :** Oui, j'ai comparu devant elle.

**Le sénateur Baker :** Oui, c'est exact, devant la Cour suprême du Canada. Elle a été très gentille avec vous. Elle vous a donné gain de cause.

**M. Holloway :** Effectivement.

**Le sénateur Baker :** Je vais vous demander maintenant si vous souscrivez à la façon dont elle a évalué la fonction des juges militaires. Elle faisait partie du comité et elle a comparé les juges militaires aux juges de la Cour canadienne de l'impôt dans la mesure où les juges militaires ne peuvent entendre les affaires civiles alors que la Cour canadienne de l'impôt, dans les affaires civiles, n'exerce aucune compétence dans le domaine pénal. Cependant, sous tous les autres aspects, ils sont itinérants et leurs fonctions sont semblables. Voici quelle a été sa conclusion :

À mon avis, ces critères sont les critères appropriés qui militent en faveur d'un système unifié pour la Cour fédérale [...]

Selon l'argument que l'on retrouve dans ce passage, les juges militaires exercent des fonctions tellement proches de celles des juges supérieurs qu'ils devraient recevoir la même rémunération et bénéficier de la même inamovibilité. Ils ont bien entendu le troisième pilier dont vous avez parlé au sujet de l'indépendance judiciaire, c'est-à-dire qu'ils ont les compétences — les pouvoirs.

Êtes-vous maintenant d'accord avec madame la juge L'Heureux-Dubé, puisqu'elle était d'accord avec vous, de façon si agréable, dans ce jugement de la Cour suprême du Canada?

**M. Holloway :** Je ne suis pas compétent pour parler de la rémunération des juges. Pour ce qui est de cette question plus large, non, je dirais qu'il y a une grande différence entre les juges militaires et les juges de la Cour de l'impôt. De la même façon, nous disons que les membres des commissions des relations de travail devraient apporter à leurs fonctions une expertise particulière qui reflète une très bonne compréhension du domaine et du milieu dans lesquels ils travaillent. C'est la raison pour laquelle à partir des années 1970, la Cour suprême du Canada a incité la fonction publique à professionnaliser le processus de prise des décisions administratives.

Il ne faut pas oublier que le travail qu'effectuent ces juges militaires peut concerner deux soldats qui se battent, mais qui l'ont fait dans un contexte particulier, dans un contexte social particulier qui est étranger à nous les civils.

Il me paraît essentiel que les juges connaissent bien ce genre de situation, qu'ils comprennent vraiment ce qui nous paraîtrait à nous, des civils, de la simple brutalité, mais également ce que cela

that is 600 miles from anywhere, in the middle of the Atlantic Ocean, in a blizzard, in June. Telling someone else off can have a very different context in a hurricane at sea than if it is at a university, like where I work, for example. That is why I think that Justice L'Heureux-Dubé, notwithstanding her wisdom generally, may have overstated the case a bit on that particular issue.

**The Chair:** Dr. Holloway, I have one final question, coming back in particular to Bill C-16. As you know, in *R. v. Leblanc*, the Court Martial Appeal Court found the military judges' tenure provisions to be constitutionally invalid and inoperative. However, the court did suspend the declaration of invalidity for the six-month period, which will end December 2.

I am wondering what comments you might have concerning consequences that could be incurred within the military justice system if Royal Assent was not received by December 2. How critical do you see that in the military justice process?

**Mr. Holloway:** I think it is about as critical as it could get. If we say that it is an axiomatic principle of our judicial system — in fact, we should say judicial systems — that at the apex sits the court, and if the foundation of that court is knocked away, then it is hard to see how, at the end of the day, things could be unified.

I will say that the servicemen and women that I served with are loyal, noble, hard-working and self-disciplined people, so I do not imagine that the world will come to an end overnight. However, at the end of the day, if we are going to have the rule of law, we need a judiciary, for that is the lynchpin of the rule of law. If the constitutional foundation for these four judges on whom such responsibility rests is knocked away, I think that is problematic.

**Senator Meredith:** That was my line of questioning to the professor, as to the fallout if this does not get Royal Assent by December 2, as has been stated by the brigadier general and also by the minister, and the urgency for this particular piece of legislation to go through. You, in fact, have answered my question.

**The Chair:** Thank you. That concludes our questions and time with Dr. Holloway.

Thank you so much, Dr. Holloway. It was a pleasure to have you here and it was very helpful to us. It was significant to me to be reminded of where you are from originally. Your credibility was immediately established once I heard that, although it was never in doubt.

**Mr. Holloway:** Thank you very much, Mr. Chair and senators. It really was my honour to be with you this afternoon.

veut dire, si cela se passe sur un navire de guerre qui se trouve à 1 000 kilomètres des côtes, au milieu de l'océan Atlantique, dans un blizzard, au mois de juin. Se disputer avec quelqu'un peut arriver dans un contexte fort différent, celui d'un ouragan en mer ou dans une université, là où je travaille, par exemple. C'est la raison pour laquelle je pense que la juge L'Heureux-Dubé, malgré la sagesse qu'elle apporte généralement à ces débats, a peut-être été un peu loin dans ce cas particulier.

**Le président :** M. Holloway, une dernière question qui nous ramène en particulier au projet de loi C-16. Comme vous le savez, dans *R. c. Leblanc*, la Cour d'appel de la cour martiale a déclaré que les dispositions relatives à la permanence des juges militaires étaient invalides et inopérantes parce qu'inconstitutionnelles. La cour a toutefois suspendu la déclaration d'invalidité pour une période de six mois, qui se termine le 2 décembre.

Je me demande si vous avez des commentaires à faire au sujet des conséquences qu'aurait pour le système de justice militaire, le fait que la sanction royale ne soit pas obtenue d'ici le 2 décembre. Cela vous paraît-il une mesure essentielle pour la justice militaire?

**M. Holloway :** Je pense que c'est un aspect tout à fait essentiel. Si nous admettons qu'il existe dans notre système judiciaire un principe et un axiome — en fait, je dirais dans les systèmes judiciaires — à savoir qu'au sommet se trouve la cour, si le fondement de l'existence de la cour disparaît, il est difficile de voir comment finalement les choses pourraient fonctionner.

Je dirais que les militaires, des deux sexes, avec qui j'ai servi sont des personnes loyales, nobles, disciplinées et travailleuses, de sorte que je ne pense pas que le monde s'écroulera du jour au lendemain. Cependant, en fin de compte, si nous voulons respecter la primauté de la loi, il nous faut une magistrature, parce que c'est elle qui est la pierre de touche de la primauté de la loi. Il serait, d'après moi, problématique que le fondement constitutionnel sur lequel repose l'existence de ces quatre juges qui assument toutes ces responsabilités disparaissait.

**Le sénateur Meredith :** C'étaient les questions que je voulais poser au doyen; elles portaient sur ce qui arriverait si le projet de loi ne recevait pas la sanction royale avant le 2 décembre, comme l'a déclaré le brigadier-général et aussi le ministre, ainsi que sur l'urgence d'adopter rapidement cette mesure législative. Vous avez en fait répondu à ma question.

**Le président :** Merci. Voilà qui termine nos questions et le temps que nous pouvons consacrer à M. Holloway.

Merci, monsieur Holloway. Nous avons apprécié votre comparution et vos commentaires nous ont été très utiles. J'ai trouvé important que vous me rappeliez d'où vous venez. Dès que j'ai appris cela, votre crédibilité s'en est trouvée immédiatement renforcée, même si elle n'a jamais réellement été mise en doute.

**M. Holloway :** Merci, monsieur le président, mesdames et messieurs les sénateurs. C'était vraiment un honneur pour moi d'être avec vous cet après-midi.

**The Chair:** Colleagues, that ends today's hearing. We will back in this room tomorrow morning at 10:30 to consider clause by clause of Bill C-16, and we will then continue with our consideration of Bill C-46.

(The committee adjourned.)

OTTAWA, Thursday, November 24, 2011

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act (military judges), met this day at 10:37 a.m. to give clause-by-clause consideration to the bill; and to examine and report on the provisions and operation of the Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30.

**Senator John D. Wallace** (*Chair*) in the chair.

[*English*]

**The Chair:** Good morning, colleagues. We will begin our further consideration of Bill C-16. As you will recall, yesterday we heard testimony and concluded that portion of our consideration of the bill.

**Senator Joyal:** On a point of order about the testimony yesterday, you will remember that I asked a question to Colonel Gibson about the amendment to the Queen's Regulations and Orders for Canadian Forces related to temporary suspension on the basis of the recommendation 7 of the report of former Mr. Justice Lamer in 2003. After we adjourned, Colonel Gibson informed me that the QR&O had been amended along the lines recommended by former Mr. Justice Lamer. I wanted that on the record because it was part of our discussion yesterday.

**The Chair:** Very good, senator; that is helpful.

Is it agreed that the committee proceed to clause-by-clause consideration of Bill C-16, An Act to amend the National Defence Act in respect of the tenure of military judges?

**Hon. Senators:** Agreed.

**The Chair:** Shall the title stand postponed?

**Some Hon. Senators:** Agreed.

**The Chair:** Shall clause 1, which contains the short title, stand postponed?

**Some Hon. Senators:** Agreed.

**The Chair:** Shall clause 2 carry?

**Some Hon. Senators:** Agreed.

**Senator Joyal:** I would like my abstention noted on the record of voting.

**Le président :** Chers collègues, voilà qui termine la séance d'aujourd'hui. Nous reviendrons dans cette salle demain matin à 10 h 30 pour procéder à l'étude article par article du projet de loi C-16; nous poursuivrons ensuite notre étude du projet de loi C-46.

(La séance est levée.)

OTTAWA, le jeudi 24 novembre 2011

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires), se réunit aujourd'hui, à 10 h 37, pour procéder à l'étude article par article du projet de loi; et pour examiner, pour en faire rapport, les dispositions et l'application de la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30.

**Le sénateur John D. Wallace** (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

**Le président :** Chers collègues, bonjour. Nous allons poursuivre notre examen du projet de loi C-16. Nous avons, hier, recueilli les témoignages, et mené à bien ce volet de notre examen du projet de loi.

**Le sénateur Joyal :** Permettez-moi d'invoquer le Règlement sur un point ayant trait au témoignage d'hier. J'avais en effet, à la séance précédente, posé au colonel Gibson une question au sujet de la modification des Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes pour ce qui est de la mise en disponibilité provisoire, conformément à la recommandation 7 du rapport, remis en 2003, par l'ancien juge en chef Lamer. Après la levée de séance, le colonel Gibson m'a fait savoir que les ORFC avaient bien été modifiées dans le sens recommandé par l'ancien juge en chef. Je souhaiterais voir cette précision figurer au compte rendu étant donné qu'elle fait partie des discussions d'hier.

**Le président :** Très bien, sénateur, c'est une précision utile.

Est-il convenu de procéder à l'étude article par article du projet de loi C-16, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (juges militaires)?

**Des voix :** Oui.

**Le président :** Êtes-vous d'accord de suspendre l'adoption du titre?

**Des voix :** Oui.

**Le président :** Êtes-vous d'accord de suspendre l'adoption de l'article 1, qui contient le titre abrégé?

**Des voix :** Oui.

**Le président :** L'article 2 est-il adopté?

**Des voix :** Oui.

**Le sénateur Joyal :** Je voudrais que mon abstention soit consignée au compte-rendu.

**The Chair:** Indeed it will be; thank you, senator.

Shall clause 1, which contains the short title, carry?

**Some Hon. Senators:** Agreed.

**The Chair:** Shall the title carry?

**Some Hon. Senators:** Agreed.

**The Chair:** Shall the bill carry?

**Senator Joyal:** With my abstention noted.

**The Chair:** Yes, with your abstention noted, senator.

Does the committee wish to discuss appending observations to the bill?

**Some Hon. Senators:** No.

**The Chair:** No observations. Is it agreed that this bill be reported to the Senate?

**Some Hon. Senators:** Agreed.

**The Chair:** Thank you. That concludes our consideration of Bill C-16.

We will move to the next item on today's agenda.

In a moment, I will introduce our invited guest, who is with us by video conference. I am John Wallace, a senator from New Brunswick and Chair of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

Colleagues, we will continue our examination and report on the provisions and operations of Bill C-46, An Act to amend the Criminal Code in respect of the production of records in sexual offence proceedings.

In 1997, in response to the Supreme Court of Canada decision in *R. v. O'Connor*, Parliament enacted Bill C-46, thereby creating the present legislative framework set out in sections 278.1 to 278.91 of the Criminal Code. Bill C-46 was intended to strengthen the protection of the privacy and equality rights of complainants in cases involving sexual offences by restricting the production of records to the accused that are held by third parties. The bill incorporated a list into the Criminal Code of reasons deemed to be insufficient for granting access to personal or therapeutic records along with the factors that a judge must consider in determining whether the records should be produced, including the right to privacy and equality of the complainant and the accused's right to make full answer and defence. The preamble to the bill stressed Parliament's concerns about sexual violence against women and children and the need to encourage victims to report sexual offences. It stated that the fear that personal information would be made public had a deterrent effect on victims who might otherwise have reported sexual assaults to the authorities and sought necessary treatment.

**Le président :** Elle le sera, sénateur.

L'article 1, qui contient le titre abrégé, est-il adopté?

**Des voix :** Oui.

**Le président :** Le titre est-il adopté?

**Des voix :** Oui.

**Le président :** Le projet de loi est-il adopté?

**Le sénateur Joyal :** Et mon abstention consignée.

**Le président :** Oui, sénateur, votre abstention étant consignée.

Est-ce que le comité veut annexer des observations au projet de loi?

**Des voix :** Non.

**Le président :** Sans observations. Est-il convenu qu'il soit fait rapport de ce projet de loi au Sénat?

**Des voix :** Oui.

**Le président :** Je vous remercie. Voilà qui conclut notre examen du projet de loi C-16.

Nous passons maintenant au second point de notre ordre du jour.

Je vais, dans un instant, vous présenter notre invitée qui va se joindre à nous par vidéoconférence. Je suis John Wallace, sénateur du Nouveau-Brunswick et président du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

Chers collègues, nous allons maintenant examiner, pour en faire rapport, les dispositions et l'application du projet de loi C-46, Loi modifiant le Code criminel en ce qui concerne la communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel.

En 1997, suite à l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. O'Connor*, le Parlement a adopté le projet de loi C-46, instaurant le cadre législatif actuel prévu aux articles 278.1 à 278.91 du Code criminel. Le projet de loi C-46 visait à renforcer la protection de la vie privée et les droits à l'égalité des plaignants dans des causes relatives à des infractions d'ordre sexuel, en limitant la communication à l'accusé de dossiers privés détenus par des tiers. Le projet de loi fait figurer au Code criminel une liste des motifs jugés insuffisants pour obtenir l'accès à des dossiers personnels ou thérapeutiques, ainsi que les facteurs dont le juge doit tenir compte au moment de déterminer si les dossiers devraient ou non être communiqués, et notamment le droit du plaignant à la vie privée et à l'égalité, et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Dans le préambule du projet de loi, on insiste sur les préoccupations qu'éprouvait le Parlement au sujet des infractions d'ordre sexuel commises contre les femmes et les enfants, et sur la nécessité d'encourager les victimes à dénoncer les infractions d'ordre sexuel commises à leur encontre. Toujours selon le préambule, la crainte que des renseignements personnels soient rendus publics exerçait un effet dissuasif sur les victimes qui sans cela aurait peut-être signalé l'agression aux autorités et fait appel aux services et soins nécessaires.

I am very pleased to welcome by video conference, Dr. Lise Gotell, from the University of Alberta. Dr. Gotell, we will begin with your opening statement, after which senators will have questions.

**Lise Gotell, Associate Professor, Women's Studies, University of Alberta:** I am pleased to speak with you and even more pleased that this legislation is finally being reviewed. As you know, the General Social Survey points to continued high rates of sexual assault. Despite the fact that a lot of political attention is being focused on crime reduction, it has been quite some time since Parliament has focused on the specific problem of sexual violence.

I should say at the outset that I am a political scientist by training; I am not a lawyer. For much of the past decade and a half, my work has focused on the implications of Canadian sexual assault law reforms that were enacted in the 1990s, including section 278. In order to assess the specific implications of section 278, I have undertaken two case law reviews, the first one stretching from the *Mills* decision in 2002 and the second stretching from 2002 to 2006. I might add that my 2008 *Canadian Journal of Women and the Law* article that reports on the second case law review is the most recent published study.

I also conducted, with a couple of colleagues, the first national survey of Canadian sexual assault centres in 2005. One part of this survey asked respondents about their assessments of the implications of section 278. Much of what I have to say this morning echoes Professor Karen Busby's February submission to this committee. I am doing this at a very busy time of the academic term and I have agreed to do this on short notice, so I have not produced a written brief. Like Professor Busby, I have done some work with the Women's Legal Education and Action Fund, and I will be contributing to the drafting of their brief for your committee.

I want to begin my remarks today by echoing Professor Stuart's comments to you, which might seem like a strange place for someone like me to start. I really agree with him when he says that Canada has one of the toughest sexual assault laws in the world. Our Criminal Code reforms and revisions — defining "consent," restricting the defence of mistaken belief, placing restrictions on access to cross-examination on sexual history and complainant's private records, were innovations. They have been extremely influential in law reform processes in other countries. It often surprises my colleagues in other countries when I am critical of Canadian law because there is a kind of widespread myth that we have it all worked out in Canada. However, it is important for us to

J'ai le plaisir d'accueillir dans le cadre de cette vidéoconférence la professeure Lise Gotell, de l'Université de l'Alberta. Madame Gotell, je vais vous demander d'abord de nous présenter votre exposé, après quoi les membres du comité ont des questions qu'ils souhaitent vous poser.

**Lise Gotell, professeure associée, Études des femmes, Université de l'Alberta :** Je suis contente d'avoir cette occasion de m'entretenir avec vous, mais encore plus contente du fait que les dispositions actuelles vont enfin faire l'objet d'une révision. Vous n'ignorez pas que les résultats de l'Enquête sociale générale démontrent que le nombre d'agressions sexuelles demeure élevé. Au niveau politique, on parle beaucoup des moyens d'abaisser la criminalité, mais depuis assez longtemps, le Parlement ne s'est pas penché sur le problème spécifique de la violence sexuelle.

Je dois d'emblée préciser que, de formation, je suis politicologue et non juriste. Au cours des 15 dernières années, mon travail a été en grande partie consacré aux effets qu'a pu avoir la réforme de la législation canadienne en matière d'agressions sexuelles adoptée dans les années 1990, y compris l'article 278. Afin de mieux cerner les effets qu'a entraînés l'article 278, je me suis livrée à deux études de jurisprudence, la première partant de l'arrêt *Mills*, qui date de 2002, et la seconde allant de 2002 à 2006. J'ajoute que mon article publié en 2008 dans la revue *Femmes et Droit* est le plus récent à paraître sur ce sujet.

J'ai également, en 2005, effectué avec des collègues, la première enquête nationale sur les centres d'accueil pour les personnes ayant subi une agression sexuelle. Nous demandions notamment aux personnes sondées de donner leurs avis quant aux effets qu'avait pu avoir l'adoption de l'article 278. Une grande partie de ce que je vais dire ce matin ne fera que reprendre des thèmes abordés devant le comité en février par la professeure Karen Busby. Dans la mesure où nous sommes actuellement à une période de l'année où les universitaires sont très occupés et que cette intervention a été un peu décidée à la dernière minute, je n'ai pas eu le loisir de rédiger un mémoire. Comme la professeure Busby, il m'a été donné de participer à l'action du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, et il m'a été demandé de participer à la rédaction du mémoire que le fonds d'action doit remettre à votre comité.

Je souhaite aujourd'hui entamer mon propos en rappelant ce que le professeur Stuart vous a dit à ce sujet, ce qui peut paraître, pour quelqu'un comme moi, comme un curieux point de départ. Je suis d'accord avec lui lorsqu'il affirme qu'en matière d'agression sexuelle, la législation canadienne compte parmi les plus sévères du monde. Les réformes et refontes de notre Code criminel — notamment la définition du mot « consentement », qui limite la possibilité de soulever comme moyen de défense la croyance sincère, mais erronée, les limites imposées au contre-interrogatoire sur les antécédents sexuels et les dossiers privés du plaignant ou de la plaignante constituent en effet des innovations. Cela a eu, à l'étranger, une très grande influence sur la réforme du



understand that despite Canada's reputation as an international innovator in sexual assault law reform, there is a justice gap; in some senses, that is what you are dealing with in this committee.

What is the justice gap? The justice gap is the gap between our efforts to increase reporting and conviction rates on the one hand, and the intransigence of rape myths that affect the day-to-day processing of sexual assaults in the criminal justice system on the other hand. As you know, there is no other area of criminal law where the complainant is subject to such invasive credibility probing. Andrew Taslitz, a law professor from the Harvard University School of Law, has called attention to the "courtroom rituals of degradation and exclusion within sexual assault trials." He argues, and I agree, that these rituals deny women, in particular, equal protection and equal participation in the justice system. When we think about the justice gap, and as I said before I think that is what you are doing on this committee, we need to understand that section 278, properly and fully applied, could play a really important role in narrowing the justice gap and in preventing these courtroom rituals of degradation that Taslitz identifies.

I disagree with Professor Stuart in his insistence that section 278 is doing its job and that it has radically reduced access to complainant records. There is, of course, a great deal that we do not know and an urgent need for a much fuller investigation of the implications of this provision. To emphasize this point, from what we do know and based upon the consistent conclusions of case law reviews undertaken by people like me; Jennifer Koshan, from the University of Calgary; Karen Busby; and Sue MacDonald, from the Department of Justice, all of these case law reviews come to the same conclusion. There continues to be a high rate of production to the court and disclosure to the accused. These studies find rates of production as high or higher than 50 per cent and rates of disclosure to the accused of around 30 to 35 per cent.

In contrast to Professor Stuart, I do not really think that section 278 is doing its job. This assessment was underlined in the results of our national survey of sexual assault centres. Half of the 52 centres that responded to this survey reported that clients are worried about the possibility of records disclosure. Fifty-seven per cent reported that their own records had been subject to a 278 application with 19 per cent reporting that these

droit en ce domaine. Il est fréquent que je surprenne mes collègues d'autres pays lorsque j'émet des critiques à l'égard de la législation canadienne, car un mythe assez répandu veut que le Canada soit parvenu à régler tous les problèmes qui se posent en ce domaine. Il faut savoir, cependant, que malgré la réputation dont le Canada jouit en tant que pays novateur au niveau de la réforme du droit régissant les agressions sexuelles, il existe sur le plan de la justice une lacune et c'est cela notamment qui devrait retenir l'attention du comité.

Mais où se situe cette lacune? Sur le plan de la justice, on constate une solution de continuité entre, d'une part, ce que nous tentons de faire pour améliorer le taux de dénonciation de ce type d'infraction et accroître le taux de condamnations en justice, et, d'autre part, cette persistance de mythes entourant le viol, mythes qui nuisent à la manière dont les agressions sexuelles sont traitées dans le cadre de notre justice pénale. Vous n'ignorez pas que dans aucun autre domaine du droit pénal, le plaignant ou la plaignante n'est soumis, afin d'évaluer sa crédibilité, à de pareilles intrusions. Andrew Taslitz, professeur de droit à Harvard, attire notre attention sur ces « rituels judiciaires de dégradation et d'exclusion à l'occasion des procès pour agression sexuelle ». Il soutient, et je suis d'accord avec lui, que ces rituels constituent, notamment envers les femmes, un déni des droits à une égale protection de la loi et à une égale participation à la justice. Cette lacune de la justice que je viens d'évoquer constitue selon moi l'essentiel du mandat confié à votre comité. Or, il nous faut comprendre que l'article 278, s'il en était fait une application correcte, pourrait beaucoup contribuer à la combler et à faire disparaître ces rituels judiciaires de dégradation dont parle le professeur Taslitz.

En revanche, je ne suis pas d'accord avec le professeur Stuart lorsqu'il affirme que l'article 278 fonctionne de manière satisfaisante, et qu'il a permis de réduire dans une grande mesure l'accès au dossier d'un plaignant. Il y a, bien sûr, de nombreuses choses que nous continuons à ignorer sur la question, et pour mieux comprendre l'incidence de cette disposition, il nous faudrait approfondir les recherches. Mais il y a une chose que nous savons, par contre, et les conclusions auxquelles sont parvenues toutes les études de jurisprudence menées tant par moi-même que par Jennifer Koshan, de l'Université de Calgary, Karen Busby, et Sue MacDonald, du ministère de la Justice, vont toutes dans le même sens. Ce que nous savons, donc, c'est qu'il arrive encore souvent que les dossiers soient remis pour examen à la cour et communiqués à l'accusé. Selon les études qui ont été menées, le dossier est remis au juge environ une fois sur deux, et communiqué à l'accusé dans 30 à 35 p. 100 des cas.

À l'inverse du professeur Stuart, je ne pense donc pas que l'article 278 donne effectivement des résultats satisfaisants. Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par les résultats de l'enquête nationale que nous avons effectuée sur les centres d'aide aux victimes d'une agression sexuelle. Environ la moitié des 52 centres qui se sont prononcés, disent que leurs clientes craignent que leur dossier soit être communiqué. Cinquante-sept pour cent des

applications had occurred in the past year alone. Nearly two thirds were of the opinion that section 278 does not provide adequate protections for complainants and record holders.

What about the interpretation of section 278, the reasons given in decisions? I know that you have gone over this ground, but I do want to emphasize some points.

The first thing I want to emphasize is good. It is quite clear from the research that section 278 has increased the likely relevance threshold. The Supreme Court of Canada's decision in *Mills* as well as the Ontario Court of Appeal's decision in *Batte* have had the effect of reducing successful fishing applications, which were quite common before this legislation came into effect, in particular in the period between the *O'Connor* decision and the enactment of this legislation. So there is a higher threshold for likely relevance.

The Supreme Court of Canada, in *Mills*, specified that applications must provide a case-specific evidentiary foundation for likely relevance that rises above bare assertion. While the *Batte* decision is only binding in Ontario, it has been cited in decisions across the country as a persuasive authority and its insistence is that records must provide new and otherwise unavailable information.

As you know, section 278.5(2) limits judicial discretion by directing judges to engage in a balancing exercise before ordering production and disclosure. Inadequate attention to the factors listed in section 278.5(2) is one important source of the justice gap. Most often the balancing equation has been reduced to a contest between the privacy rights of the complainant and the fair trial rights of the accused and very frequently judges deciding these applications privilege the fair trial rights of the accused, saying in effect that the interests of justice demand production to the accused.

There is frequently not enough attention to how the records in question allow discriminatory myths to enter the trial process. As one example in this area of case law, false memory syndrome claims are quite frequent and these claims have been used to discredit large categories of complainants simply on the basis that they used therapists, and many of these cases do not involve complainants who claim to have recovered memories. As Karen Busby has also emphasized, there has never been a case where access to records has shown false memories.

centres précisent que leurs dossiers ont fait l'objet d'une demande de communication au titre de l'article 278, 19 p. 100 d'entre eux pouvant faire état de telles demandes au cours de cette année. Presque les deux tiers des répondants estiment que l'article 278 n'offre, ni aux plaignants ni aux personnes ayant un tel dossier en leur possession, une protection satisfaisante.

Mais selon les motifs exposés dans les arrêts cités tout à l'heure, qu'en est-il de l'interprétation de l'article 278? Je sais que vous vous êtes déjà penchés sur la question, mais je souhaiterais insister sur un certain nombre de points.

Le premier est selon moi positif. Il ressort en effet des travaux effectués que l'article 278 a relevé le seuil de la pertinence vraisemblable. L'arrêt *Mills*, rendu par la Cour suprême du Canada, et l'arrêt *Batte*, rendu par la Cour d'appel de l'Ontario, ont eu pour effet de réduire le nombre de missions exploratoires qui parviennent à leurs fins, et qui n'étaient pas rares avant l'adoption de l'article 278, surtout au cours de la période séparant l'arrêt *O'Connor* de l'adoption de cet article. Ainsi, le critère de la pertinence vraisemblable a été resserré.

Dans l'arrêt *Mills*, la Cour suprême du Canada précise que les demandes de communication d'un dossier doivent, pour satisfaire au critère de la pertinence vraisemblable, être fondées sur des éléments de preuve liés aux faits et circonstances de la cause et non sur de simples affirmations. L'arrêt *Batte* ne s'impose qu'en Ontario mais dans tous les tribunaux du pays, elle est citée en tant que précédent faisant autorité. Selon cet arrêt, le dossier dont on demande la communication doit contenir des renseignements qui sont nouveaux et qui ne pourraient pas être obtenus autrement.

Ainsi que vous le savez, le paragraphe 278.5(2) encadre le pouvoir discrétionnaire des juges puisqu'il leur est demandé de peser les facteurs énumérés avant d'ordonner la production et la communication d'un dossier. Or, ces facteurs, énumérés au paragraphe 278.5(2) ne sont pas suffisamment pris en compte et c'est une cause importante de la lacune constatée au niveau de la justice. En fait, la plupart du temps cette mise en équation des effets bénéfiques et des effets préjudiciables d'une éventuelle communication du dossier se réduit à un simple conflit entre les droits du plaignant au respect de la vie privée et le droit qu'a l'accusé de bénéficier d'un procès équitable et, très souvent, les juges privilégient le droit à un procès équitable, estimant que l'intérêt de la justice exige que le dossier soit communiqué à l'accusé.

Il est fréquent qu'on ne fasse pas suffisamment attention à la question de savoir dans quelle mesure les dossiers en question permettent à des mythes discriminatoires de s'insinuer dans le procès. Il est fréquent, dans les affaires de ce genre, de voir invoquer le syndrome des faux souvenirs pour ébranler la crédibilité du plaignant en faisant valoir qu'il a eu recours à un thérapeute, alors que dans de nombreux cas, le plaignant ne faisait aucunement état de souvenirs ravivés. Comme l'a souligné Karen Busby, on ne relève dans la jurisprudence, aucun cas où l'accès au dossier ait permis de démontrer que le plaignant invoquait de faux souvenirs.

The equality rights dimensions of section 278 applications have similarly been given insufficient attention. I think it is important to recognize that the more documented a complainant is, the more likely it may be that her records will be sought and disclosed to the accused. When we think about the kind of women who are most likely to have extensive records, they are also likely to be disadvantaged women who are at the same time subject to disproportionately high rates of sexual violence. These include Aboriginal women, women with mental health histories, and also children and adults with child welfare records.

It is worth providing an illustration of why I think it is that equality rights and society's interest in encouraging police reporting and counseling should receive much fuller judicial attention. I want to talk about a 2007 decision that was rendered in Peace River in Northern Alberta. I am not suggesting that this case is fully representative, but I do think it provides a good illustration of a narrow section 278 decision with clear consequences beyond privacy.

This case involved an allegation of historical sexual assault. The complainant was a member of a Cree band and the records in question were therapy records held by the band's health centre on the reserve. Most of us would agree that Aboriginal women are a highly disadvantaged group. According to a 2011 Statistics Canada report, they are also highly likely to be victims of violent crimes including sexual assault. The rate of "violent victimization" of Aboriginal women is three times the rate of all Canadian women. There are very low rates of police reporting. In addition, 80 per cent of Aboriginal women who have experienced violence also indicate that they do not use any victim supports at all.

The application in this case did not establish a case-specific evidentiary foundation for relevance, and it really amounted to a bare assertion that, because the complainant had spoken to counsellor before making a police report, there must be something relevant in the records. It was a fishing expedition.

The deciding judge canvassed the case law and determined, quite incorrectly, that key decisions like *Batte* establish that the records of therapy that occurs before making a police report should be produced. That is not what those decisions say at all. He also astonishingly concludes that a review of the records by the court is "not an intrusion into this complainant's privacy."

In this case the record holder was represented and her counsel argued that this production order would have devastating implications for her work in the community. The social worker argued that she had spent more than five years developing

On a par ailleurs tendance à ne pas accorder l'attention qu'ils méritent aux droits à l'égalité tels qu'ils se présentent à l'occasion d'une demande fondée sur l'article 278. Il convient je pense de reconnaître que plus le dossier d'une plaignante est fourni, plus il est vraisemblable que l'accusé en demandera la communication. Or, qui sont les femmes ayant le plus d'antécédents, sinon des femmes défavorisées, c'est-à-dire celles qui sont les plus exposées à la violence sexuelle. Je parle là de femmes autochtones, de femmes qui ont éprouvé des problèmes de santé mentale, ainsi que des enfants, et des adultes ayant eu des démêlés avec les services de protection de l'enfance.

Permettez-moi de vous citer un exemple de situations qui m'ont persuadée que les tribunaux devraient attacher davantage d'importance aux droits à l'égalité et à l'intérêt qu'a la société de favoriser la dénonciation de ce genre d'infraction à la police, et de promouvoir les services de consultation psychosociale. Je pense en disant cela au jugement rendu en 2007 à Peace River, dans le Nord de l'Alberta. Je ne dis pas que cette affaire est typique, mais je pense qu'elle illustre bien le genre de décision fondée sur une interprétation trop étroite de l'article 278, et entraînant des conséquences allant bien au-delà d'une simple atteinte au droit à la protection des renseignements personnels.

La plaignante alléguait une agression sexuelle déjà ancienne. Elle appartenait à une bande crie et les dossiers en question étaient en fait les rapports thérapeutiques la concernant, conservés au Centre de santé de la bande dans la réserve. La plupart d'entre nous conviendront que les femmes autochtones constituent un groupe particulièrement défavorisé. Selon un rapport publié en 2011 par Statistique Canada, les femmes autochtones sont, de manière disproportionnée, victimes de crimes de violence, y compris d'agressions sexuelles. Leur taux de « victimisation par la violence » est trois fois celui de l'ensemble des Canadiennes. Or, les déclarations à la police sont peu nombreuses. Ajoutons que 80 p. 100 des femmes autochtones ayant subi des violences déclarent ne pas avoir recouru à l'aide aux victimes.

Dans cette affaire, la demande n'était fondée sur aucun élément de preuve susceptible de démontrer la pertinence du dossier en question, et il s'agissait, en fait, d'une simple affirmation que la plaignante s'étant entretenue avec une conseillère psychosociale avant de faire sa déclaration à la police, le dossier de cette consultation devait contenir des éléments pertinents. C'était, purement et simplement, une mission exploratoire.

Le juge du procès a étudié la jurisprudence et décidé, tout à fait à tort, que selon les jugements qui, comme l'arrêt *Batte*, font autorité, le dossier des séances thérapeutiques ayant eu lieu avant que les faits allégués soient portés à la connaissance de la police, devait être produit devant la cour. Or, ce n'est pas du tout ce qu'affirment les jugements en question. Le juge du procès est allé jusqu'à dire que l'examen du dossier en question par la cour ne fait aucunement intrusion dans la vie privée de la plaignante.

Dans cette affaire, la personne qui avait le dossier en sa possession était représentée en justice, et son avocat a fait valoir que le fait d'ordonner la production du dossier aurait des conséquences désastreuses pour le travail qu'elle effectuait au

credibility and trust among band members and that production of the records would destroy her efforts to reassure community members that she would keep their disclosures confidential.

This is a case in which the judge failed to consider the complainant's membership in a disadvantaged group as well as the consequences of one production order for an entire community that is also likely to have very high rates of sexual violence, high distrust of the criminal justice system and inadequate access to therapy and support. This case shows how thinking only in terms of privacy rights misses the full harms of confidential records production.

I want to make two other points. I want to highlight a couple of the findings of my 2002-06 case law review that I do not believe have been previously raised before this committee.

First, some of the decisions in this period point to the development of what I have called *de facto* therapeutic privilege. Some judges argue that therapy records are uniquely and highly confidential and should be produced only very rarely. You might ask what is wrong with this. Obviously, this idea of *de facto* therapeutic privilege does provide enhanced protections for therapy records. However, when this *de facto* therapeutic privilege gets raised to the level of a test it tends to prevent a full consideration of the factors listed in section 278.5(2). In other words, judges are sometimes saying that this is not a therapy record and therefore there is less of a privacy interest in it, so let us produce it.

In this test, a distinction between therapy and non-therapy is used as a substitute for the full balancing of interests under section 278. As you know, section 278 covers all confidential records in which there is a reasonable expectation of privacy.

Accessing records such as medical, child welfare or other kinds of confidential records can be every bit as harmful as accessing therapy records.

The second interpretative trend that I will mention is the tendency for third party records to be produced by waivers, effectively bypassing the protections of section 278. In some cases,

sein de la communauté. Selon cette travailleuse sociale, il lui avait fallu plus de cinq ans pour asseoir sa crédibilité et gagner la confiance des membres de la bande, et la production des dossiers en question mettrait à bas tous les efforts qu'elle avait faits pour rassurer les membres de la communauté que tout ce qui lui était dit demeurerait confidentiel.

Le juge n'a en l'occurrence tenu aucun compte du fait que la plaignante faisait partie d'un groupe défavorisé, pas plus qu'il n'a réfléchi aux conséquences qu'une ordonnance de production entraînerait pour une communauté tout entière, elle-même sujette de manière disproportionnée à la violence sexuelle, peu portée à faire confiance à la justice pénale, et n'ayant pas accès dans des conditions satisfaisantes aux services de thérapie et de soutien. Cette affaire montre bien qu'en envisageant la question uniquement sous l'angle des droits à la protection des renseignements personnels, on passe à côté de toute une série d'effets préjudiciables que peut entraîner la production de dossiers confidentiels.

Il y a deux autres points sur lesquels je tiens à insister. D'abord, je voudrais rappeler une ou deux conclusions auxquelles m'a permis d'aboutir l'étude de jurisprudence que j'ai menée en 2002-2006, et qui n'ont pas, je pense, été évoquées jusqu'ici devant le comité.

D'abord, certains des jugements rendus au cours de cette période me portent à signaler la genèse de ce que j'appelle un privilège thérapeutique de fait. Certains juges font en effet valoir que les dossiers thérapeutiques sont, pour des raisons particulières, hautement confidentiels et que ce n'est que très rarement que leur production devrait être ordonnée. Peut-être allez-vous vous demander ce que l'on peut bien opposer à ce raisonnement. Il est clair que le concept de privilège thérapeutique de fait offre en effet aux dossiers thérapeutiques une protection plus grande. Lorsque, cependant, on prétend ériger ce privilège en critère juridique, son emploi a tendance à nuire à la prise en compte satisfaisante des facteurs énumérés au paragraphe 278.5(2). Autrement dit, les juges sont alors portés à dire qu'il ne s'agit pas en l'occurrence d'un dossier thérapeutique, qu'il ne relève pas du même degré de protection que les renseignements personnels et qu'il n'y a donc aucune raison de ne pas le produire.

Au regard de ce critère, la distinction entre dossier thérapeutique et dossier non thérapeutique vient se substituer à la mise en équation des divers intérêts prévus à l'article 278. Or, comme vous le savez, l'article 278 s'applique à tous les dossiers confidentiels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

L'accès à des dossiers tels que le dossier médical, le dossier tenu par le service d'aide à l'enfance ou autres dossiers confidentiels peut avoir des effets tout aussi préjudiciables que l'accès au dossier thérapeutique.

La seconde tendance qui se manifeste en matière d'interprétation est la tendance à obtenir du plaignant une renonciation et par ce biais obtenir la production de dossiers se trouvant aux mains d'un

it even seems as though Crowns have encouraged complainants to waive section 278 protections in order to expedite trial processes. This is very worrying.

I realize I am running out of time. I have some recommendations about the kind of research that needs to be done and also about some things that could be done to ensure a more robust interpretation of section 278, but I can leave those for the questions.

**The Chair:** Ms. Gotell, thank you very much for that. We do have questions and I will begin with Deputy Chair Senator Fraser.

**Senator Fraser:** I will start by asking this question: What do you recommend?

**Ms. Gotell:** What do I recommend?

**Senator Fraser:** You talked about recommendations for research and for ways in which the law or the application of the law could be improved. If you could go to the second point, that is what I would like to hear about.

**Ms. Gotell:** Here I will echo much of what you have been told already, especially by Professor Busby.

The clearest and best thing to be done is to absolutely ensure that complainants have independent legal representation as a standard mandated thing. The federal government should mandate this and provide funding to the provinces to ensure this happens in every case.

When you look at a decision, you can sure see when the complainant has had independent legal representation. In those cases, section 278 is given a much fuller interpretation.

A year and a half ago I was at a Crown conference here in Alberta. Here the senior Crown counsel were taking very seriously their obligation to educate on section 278 and also section 276.

One senior Crown said to the junior Crowns, “We need to remember that what we are talking about here is a search and seizure and complainants’ need their own representation.” That is the primary thing. I will mention some things that I know you have been told already. Perhaps finding a way to insert the preamble of Bill C-46 into the Criminal Codes that are used by lawyers and judges would at least remind people of the purposes of this law. There may be declining knowledge of the purposes of section 278. I know that Karen Busby has recommended possibly finding a way to revise section 278 to include the *Batte* standard in the test. That is something that would also help. Those are my three main recommendations.

Il semblerait même que, parfois, le ministère public encourage les plaignants à renoncer aux protections que leur assure l’article 278 afin d’accélérer le déroulement du procès. Une telle évolution me paraît inquiétante.

Je me rends compte que je viens à bout de mon temps de parole. J’aurais un certain nombre de recommandations à formuler quant au genre de recherches qu’il conviendrait d’effectuer et quant aux moyens d’assurer à l’article 278, une interprétation qui le rende plus efficace. Cela pourra se faire, cependant, dans le cadre des questions.

**Le président :** Madame Gotell, je vous remercie de votre exposé. Nous avons, effectivement, des questions que nous souhaiterions vous poser et nous allons commencer par le sénateur Fraser, vice-présidente du comité.

**Le sénateur Fraser :** Je commence par vous poser la question suivante : que recommandez-vous que l’on fasse?

**Mme Gotell :** Vous me demandez ce que je recommande que l’on fasse?

**Le sénateur Fraser :** Vous avez parlé de recommandations en matière de travaux de recherche, des moyens d’améliorer les dispositions applicables, ou la manière dont elles sont appliquées. Je voudrais que vous nous en disiez un peu plus sur ce second point.

**Mme Gotell :** Je dois répéter, sur ce point, en grande partie ce qui a été dit, notamment par la professeure Busby.

Ce qui est à la fois le plus évident et le plus important serait de faire en sorte que les plaignantes soient représentées en justice de manière indépendante. Le gouvernement fédéral devait édicter une règle à cet égard et accorder aux provinces les crédits nécessaires pour assurer qu’il en soit toujours ainsi.

Il suffit d’étudier un jugement pour savoir si la plaignante a eu accès aux services d’un avocat. Lorsque c’est effectivement le cas, l’article 278 est interprété de manière beaucoup plus large par la cour.

J’ai assisté, il y a un an et demi, à une conférence réunissant, ici en Alberta, des avocats de la Couronne. Les avocats principaux de la Couronne qui y assistaient, prenaient tout à fait au sérieux leur obligation de bien faire comprendre ce qu’impliquent, non seulement l’article 278, mais aussi l’article 276.

Un des avocats principaux a ainsi dit à ses jeunes collègues, « nous ne devons pas perdre de vue que c’est une question qui touche aux perquisitions et aux saisies et qu’il est essentiel, par conséquent, que les plaignants aient accès aux services d’un avocat ». L’essentiel est bien là. Je voudrais maintenant évoquer des sujets dont vous avez déjà entendu parler. Il conviendrait peut-être d’insérer le préambule du projet de loi C-46 dans les exemplaires du Code criminel utilisés par les juges et les avocats afin que chacun reste conscient de l’objet de cette loi. Il est possible, en effet, que peu à peu, on oublie pourquoi l’article 278 a été adopté. Je sais que selon une des recommandations formulées par Karen Busby, il y aurait peut-être lieu de réviser l’article 278 afin d’y incorporer le critère défini dans l’arrêt *Batte*. Ce serait utile. Voilà, ainsi, les trois principales recommandations que j’ai à faire.

**Senator Fraser:** What research do we need to do?

**Ms. Gotell:** There is much research that needs to be done. I have been talking about a justice gap, but we have a research gap as well.

There was a time in the 1990s in particular, and the early 2000s, when the government and in particular the Department of Justice took its obligations seriously. We have excellent laws and I would put section 278 in the category of being an excellent law and I could talk about how some of my colleagues in other countries are interested in this law. It is a good law, but we do not have a good idea of how it is working on the ground. You have heard that time after time.

I will not go over this again. You have heard that the case law reviews are unlikely to be representative. Possibly also as a law reform question, if it would not be too cumbersome, we could require judges to submit written reasons that would at least increase our ability to know what is going on on the ground.

On the question of case law review, my case law review is the last one that was undertaken. It stops in 2006. It is 2011. That is five years and we do not know what is going on. We need to do that case law review, first of all.

I want to emphasize something. This is something that I believe is the government's obligation to either undertake or fund. The reason for this is that this is really policy evaluation rather than necessarily academic research. Most law journals are not terribly interested in articles that track interpretive trends in interpretation of sections, so there is not a big payoff for academics to do this work. One recommendation is to update the case law review.

The second thing that needs to be done is, have you talked about the Mohr study that was commissioned by the Department of Justice in 2002?

**Senator Fraser:** I am not sure.

**Ms. Gotell:** I know that the report that is in your materials from the Department of Justice makes reference to the Mohr study. In that study, she interviewed judges, Crowns, defence lawyers, police, victim advocates and independent counsel for complainants, 32 of these people in Ottawa and Toronto, to get a sense of their assessment of how section 278 is working on the ground.

That kind of research has enormous potential. As someone who grew up in the Maritimes, went to school in Ontario and lived on the Prairies, I am not sure that doing a study like that and

**Le sénateur Fraser :** Quels sont, maintenant, les travaux de recherche que nous devrions selon vous effectuer?

**Mme Gotell :** Il y a de nombreux travaux qui devraient être entrepris. Je parlais tout à l'heure d'une lacune sur le plan de la justice, mais il existe également une lacune sur le plan de la recherche.

Il y avait une époque, notamment au cours des années 1990, mais également au début des années 2000, où le gouvernement, et plus particulièrement le ministère de la Justice, prenait ses obligations au sérieux. Nous disposons d'une excellente législation et j'inclus dans cette catégorie l'article 278. Je pourrais vous entretenir de l'intérêt que cette disposition suscite chez certains de mes collègues étrangers. C'est une très bonne disposition, mais nous ne savons pas vraiment quels sont les résultats de son application. Je suis loin d'être la première à vous le dire.

Je n'entends pas insister davantage sur ce point. On vous a dit, en outre, que les études de jurisprudence ne sont généralement pas représentatives. Dans l'optique d'une réforme du droit, nous pourrions peut-être, si une telle mesure ne nous entraînait pas trop loin, demander que les juges motivent leurs décisions en ce domaine. Cela nous permettrait à tout le moins de savoir comment les choses se passent en pratique.

Je disais tout à l'heure que mon étude de la jurisprudence est la dernière en date. Or, elle s'arrête en 2006 et nous sommes en 2011. C'est dire que nous ne savons pas, depuis cinq ans, comment les choses se passent. La première chose à faire serait donc de procéder à une étude de la jurisprudence.

Il y a un point sur lequel je voudrais insister. Il s'agit d'après moi, de quelque chose qu'il appartient au gouvernement soit de mener lui-même, soit de financer. Si je dis cela, c'est parce qu'il s'agit davantage d'une évaluation de la politique applicable que d'une recherche proprement universitaire. Les revues de droit ne s'intéressent généralement guère aux articles sur les tendances en matière d'interprétation de telle ou telle disposition législative, et les universitaires sont donc peu incités à étudier la question. Il conviendrait, d'après moi, d'actualiser notre connaissance de la jurisprudence.

La deuxième chose qu'il y aurait à faire concerne l'étude Mohr, commandée par le ministère de la Justice en 2002; en avez-vous parlé ici?

**Le sénateur Fraser :** Je ne suis pas sûre.

**Mme Gotell :** Je sais que le rapport qui figure dans la documentation que vous a remise le ministère de la Justice fait référence à l'étude Mohr. Dans cette étude, Mme Mohr a interviewé des juges, des avocats de la Couronne, des avocats de la défense, des policiers, des défenseurs des victimes et des avocats ayant représenté des plaignantes, 32 personnes en tout, à Ottawa et à Toronto, afin de recueillir leur avis sur la manière dont l'article 278 fonctionne en pratique.

Ce genre de recherche est riche d'enseignements. Ayant grandi dans les provinces maritimes, effectué mes études en Ontario et vécu dans la région des Prairies, je ne suis pas sûre qu'en

confining it to Toronto and Ottawa will give you a good sense of what is going on across the country in places like Grande Prairie, Nunavut, or Goose Bay. I think that we need a bigger study.

Finally, I will draw attention to another Department of Justice sponsored study, the Tina Hattem study. She interviewed 102 sexual assault survivors to get a sense of why they did or did not report to the police. We need a study like that. That was conducted in 1997 and published in 2000. We need this research updated desperately.

**Senator Fraser:** Thank you very much indeed.

**The Chair:** Dr. Gotell, you referred to this de facto therapeutic privilege for therapeutic records, where it seems the courts, in considering whether the records should be produced, perhaps are drawing the line at whether or not it is a record that relates to therapeutic treatment, and not applying all the factors required under section 278. If I understood that, that was point that you were making.

**Ms. Gotell:** Yes.

**The Chair:** Have you found in your research that is widespread, that that interpretation is being applied by the courts?

**Ms. Gotell:** Again, I cannot tell you whether it is widespread or not. I will tell you that in the case law review that I did on the 2002 to 2006 period, I could only find 18 cases reported in the Quicklaw database. Out of those 18, about 4 or 5 — I do not have that study in front of me — developed this idea of therapeutic privilege. I have done some canvassing of more recent decisions and it seems to be still there. It is difficult to know how widespread that is, again because we do not know how representative cases that are reported on legal databases are.

**The Chair:** Judges are required to provide reasons for their decisions. An issue that you may have seen that has been brought before the committee is whether judges are properly responding to that and whether there is enough detail in those reasons so that there can be some consideration of whether the test is being applied consistently across the country.

Do you have any comment to make concerning reasons and the manner in which those are being recorded by the courts?

**Ms. Gotell:** In some cases, I would say that the reasons do provide an indication that the judge had engaged in a serious consideration of the factors, especially the factors listed in section 278.5(2).

s'enquérant uniquement auprès de personnes vivant à Toronto et à Ottawa, on parvienne à se faire une assez bonne idée de ce qui se passe dans l'ensemble du pays, dans des endroits tels que Grande Prairie, le Nunavut ou Goose Bay. D'après moi, il faudrait procéder à une étude de plus grande envergure.

Et puis je voudrais, en dernier lieu, attirer votre attention sur une autre étude subventionnée par le ministère de la Justice, en l'occurrence l'étude menée par Tina Hattem. Elle a interviewé 102 personnes ayant survécu à une agression sexuelle, cherchant à comprendre pourquoi elles s'en étaient ou non ouvertes à la police. Nous avons besoin de ce type d'étude. Celle-ci, menée en 1997, a été publiée en 2000. Il nous faut absolument mettre nos connaissances à jour.

**Le sénateur Fraser :** Ce que vous nous dites là est extrêmement utile et je vous en remercie.

**Le président :** Madame Gotell, vous avez parlé tout à l'heure de ce privilège thérapeutique de fait applicable aux dossiers thérapeutiques, disant que, lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu ou non d'en ordonner la production, les tribunaux ont peut-être tendance à s'en tenir uniquement à la distinction entre un dossier concernant un traitement thérapeutique et d'autres dossiers, sans prendre en compte l'ensemble des facteurs énumérés à l'article 278. Si j'ai bien compris, c'est bien ce que vous avez dit.

**Mme Gotell :** En effet.

**Le président :** D'après vous, est-il fréquent qu'une telle interprétation soit retenue par les tribunaux?

**Mme Gotell :** Je dois dire encore une fois que nous ne pouvons pas savoir si c'est fréquent ou non. Je peux toutefois préciser que, dans le cadre de mon étude de jurisprudence portant sur la période 2002 à 2006, je n'ai pu répertorier, dans la base de données Quicklaw, que 18 affaires de ce genre. Sur ces 18 affaires, cette idée de privilège thérapeutique était invoquée dans quatre ou cinq — je n'ai pas le document sous les yeux. Je me suis penchée sur un certain nombre de décisions récentes, et l'argument, me semble-t-il, continue à être invoqué. Il est difficile de savoir si cela est fréquent, car, encore une fois, nous ne savons pas vraiment dans quelle mesure les affaires répertoriées dans les bases de données sont représentatives.

**Le président :** Les juges sont tenus de motiver leurs décisions. La question de savoir dans quelle mesure les juges le font adéquatement, et dans quelle mesure leurs motifs sont suffisamment détaillés pour que l'on puisse savoir si le critère est appliqué de façon cohérente dans l'ensemble du pays a été évoquée devant le comité.

Avez-vous des commentaires à faire sur les motifs exposés par les juges et la manière dont ceux-ci sont consignés par les tribunaux?

**Mme Gotell :** Je dirais que, dans certains cas, les motifs permettent de dire que le juge a en effet pris en compte sérieusement les divers facteurs, et notamment les facteurs énumérés au paragraphe 278.5(2).

Can I provide you with an example? I did not talk about this. It is a decision in which the records were produced by the judge.

You might think that someone like me who is concerned with complainant rights would see this as a bad decision, but I want to read quickly from that decision.

The judge writes:

I am acutely aware that my ruling has an unintended but real and deleterious effect upon the privacy and equality rights of the complainant. When she went for counselling, she had no expectation that all might be revealed to others. Bluntly stated, she did not sign up for this. Nor is it lost on the court that it is the very man she accuses of perpetrating these outrages upon herself who is seeking to invade that very right of privacy the complainant holds dear.

I also note, with dismay, that this application has apparently prompted the complainant to suspend, if not terminate, her ongoing counselling. Such a chilling effect is of great concern to the court.

If I were reading paragraphs like that in decisions more often, I would have a lot more confidence that judges are really taking into consideration those factors listed in section 278.5(2). The problem is that, probably, in about half of cases, the reasons are very conclusory. I know other people have probably talked to you about this.

Instead of saying how the factors were applied and giving some indication of how the decision was reached, the judge will simply say, "I have considered the equality rights of the complainant. I have considered society's interest in supporting and ensuring counselling." It amounts to a list. They are conclusory. They do not give an indication of how those factors are applied. That is what we should be encouraging judges to do, somehow.

This legislation anticipates that, in rare circumstances, records will be relevant. Even in those cases where judges find that the threshold has been met for production, they need to give us a better understanding of how they reached that conclusion and how they took those concerns seriously.

**The Chair:** I will speak to the point that it would be rare circumstances in which the documents would be relevant. If I understood some of the statistics you provided us with earlier,

Pourrais-je vous citer un exemple? Je n'ai pas encore parlé de cela. Il s'agit de la décision d'un juge ordonnant que le dossier soit produit.

Vous pourriez penser que, dans la mesure où je m'intéresse particulièrement aux droits des plaignantes, j'y verrais une décision contestable, mais, si vous le voulez bien, je vais très rapidement vous en citer un extrait.

Voici ce qu'a écrit le juge :

Je suis parfaitement conscient du fait que ma décision va entraîner, pour la plaignante, sur le plan de ses droits à la protection des renseignements personnels et à l'égalité, une conséquence qui, pour n'être pas intentionnelle, n'en est pas moins réelle et préjudiciable. Lorsqu'elle a pris part à des séances de consultation psychosociale, elle ne s'attendait pas à ce que tout cela soit porté à la connaissance d'autrui. En deux mots, ce n'est pas ce qu'elle avait voulu. La cour n'ignore pas non plus que l'homme qu'elle accuse de lui avoir imposé de tels outrages est celui-là même qui demande à empiéter sur son droit à l'intimité, droit auquel la plaignante est très attachée.

Je relève également, avec beaucoup de regret, que la demande qui a été présentée a, semble-t-il, porté la plaignante à suspendre les séances de consultation psychosociale, sinon à y mettre fin. La cour s'inquiète beaucoup à l'idée qu'une de ses décisions puisse avoir un tel effet paralysant.

S'il m'arrivait plus souvent de relever, dans un jugement, de telles déclarations, j'aurais davantage confiance que les juges prennent effectivement en compte les facteurs énumérés au paragraphe 278.5(2). Le problème est que dans environ la moitié des cas, les motifs sont exposés sur un ton plutôt tranchant. D'autres vous ont sans doute déjà parlé de cela.

Ainsi, au lieu d'expliquer comment il a, en l'espèce, tenu compte des divers facteurs, et de donner quelque indication de la manière dont il est parvenu à sa décision, le juge se contentera de dire « J'ai pris en compte les droits à l'égalité de la plaignante. J'ai tenu compte de l'intérêt que les consultations psychosociales revêtent pour la société ». Ce n'est qu'une simple énumération faite de manière tranchante, qui ne permet pas de savoir comment les facteurs en question ont été appliqués. Or, il nous faudrait trouver le moyen d'encourager les juges à changer sur ce point leur manière de faire.

La disposition en question prévoit que, dans de rares circonstances, le dossier est effectivement pertinent. Mais même dans les cas où le juge estime que sont réunies les conditions permettant d'ordonner la production du dossier, il devrait nous permettre de mieux comprendre ce qui l'a porté à conclure en ce sens et de savoir qu'il a examiné avec sérieux les diverses questions qui se posaient.

**Le président :** Je dois dire, qu'en ce qui concerne le petit nombre de cas où les documents en question pourraient effectivement être pertinents, d'après les chiffres que vous nous



that rate of document disclosure or review by a judge was 50 per cent, and the actual production was 32 per cent. Did I understand you correctly?

**Ms. Gotell:** It is around 30 to 35 per cent, and those rates have remained constant and consistent across multiple studies. That is not rare.

**Senator Fraser:** Thirty-two or 50 per cent of what — cases or applications?

**Ms. Gotell:** Of applications in cases that are reported in the legal databases.

**Senator Fraser:** Do you have a sense of any trend in the number of applications that are made?

**Ms. Gotell:** No.

We do not. Can I elaborate on why we do not? We do not because we do not have the research. I think that the key informant study is the kind of study that could shed light on those kinds of questions. If we did a key informant study, were representative, did it in different locations across the country and asked people who deal with this everyday how frequent they felt it was, then we would gain a better sense of how frequently applications are made and are successful.

**Senator Runciman:** I always assumed, perhaps incorrectly, that one of the goals of the legislation was to try to encourage more reporting of sexual assaults. If you look at the Statistics Canada figures, 88 per cent of sexual assaults are not reported to the police. That has been pretty consistent over time.

I do not know if you have done any study with respect to that, but do you have any observations about how we come to grips with that particular challenge?

**Ms. Gotell:** You have heard that the main research on this question has been done by Statistics Canada in the General Social Survey. The Tina Hattem study that I referred to in response to Senator Fraser's question also shed light on that question.

You probably know that one of the main reasons indicated in the survivors report for not reporting in the General Social Survey is that they did not think it was serious enough. I want to talk for a minute about that. I read through some of your minutes and proceedings, and I am not sure that the kind of conversation you were having really got at how we should be thinking about this specific reason for not reporting — “I did not think it was serious.”

What you see, if you look at this area of empirical research, conducted by very fine researchers in the United States and across the globe, is that, in studies that attempt to discern the prevalence and incidence of sexual assaults and rape, there are very high rates of something called “unacknowledged rape.” Even when

avez cités plus tôt, dans 50 p. 100 des cas, le dossier est remis au juge et dans 32 p. 100 il en est fait état à l'audience. Vous ai-je bien compris?

**Mme Gotell :** Oui, la proportion se situe entre 30 et 35 p. 100, les taux demeurant à peu près inchangés d'une étude à l'autre. On ne peut donc pas dire que ce cas ne se produit que rarement.

**Le sénateur Fraser :** Dans 32 ou 50 p. 100 de quoi — des affaires ou des demandes?

**Mme Gotell :** Des demandes dont il est fait état dans les affaires répertoriées dans les bases de données.

**Le sénateur Fraser :** Discernez-vous une tendance au niveau du nombre de demandes déposées en ce sens?

**Mme Gotell :** Non.

Nous ne sommes pas en mesure de le faire. Puis-je dire, en quelques mots pourquoi il en est ainsi? C'est parce que nous n'avons pas effectué les recherches nécessaires. D'après moi, une étude menée auprès des principaux intéressés, des informateurs clés, nous permettrait de répondre à ces questions. Une enquête auprès de témoins privilégiés, si elle était représentative, c'est-à-dire effectuée dans les diverses régions du pays, auprès des intervenants qui sont au fait de ce qui se passe, nous permettrait de mieux cerner la fréquence de ce genre de demandes, et quel est leur taux de réussite.

**Le sénateur Runciman :** J'ai toujours pris pour acquis, peut-être à tort, qu'un des buts de ces dispositions était, justement, d'encourager les gens à signaler les agressions sexuelles. Or, selon les chiffres de Statistique Canada, 88 p. 100 des agressions sexuelles ne sont pas portées à l'attention de la police. Ce chiffre est, lui aussi, resté assez constant.

Je ne sais pas si vous avez mené des travaux sur la question, mais avez-vous des observations à nous faire quant aux moyens qui nous permettraient de corriger cette situation?

**Mme Gotell :** En ce domaine, les principales recherches sont effectuées par Statistique Canada dans le cadre de son Enquête sociale générale. L'étude de Tina Hattem, que j'évoquais en réponse à la question du sénateur Fraser, nous fournit elle aussi d'utiles éléments d'information.

Vous savez sans doute que, selon l'Enquête sociale générale, la principale raison invoquée par les personnes ayant survécu à une agression sexuelle, pour expliquer le fait qu'elles n'ont fait aucune déclaration à la police, est qu'elles ne pensaient pas que l'agression était d'une gravité suffisante. Permettez-moi de m'attarder un petit peu sur ce point. J'ai pris connaissance des procès-verbaux de certaines de vos séances, et je ne suis pas sûre qu'on se soit suffisamment arrêté au motif ainsi invoqué — « je ne pensais pas que c'était suffisamment grave pour cela ».

Ce que l'on constate, lorsqu'on se penche sur les recherches empiriques faites dans ce domaine par d'excellents chercheurs tant aux États-Unis que dans divers autres pays, c'est que dans les études qui tentent de cerner la prévalence et l'incidence des agressions sexuelles et des viols, on relève un taux très élevé de ce

respondents report that they experienced something that clearly falls into the legal definition of sexual assault or rape, even if it is a violent situation, respondents will, at the same time, deny that have been raped or sexually assaulted. Part of the reason people give in response to the General Social Survey, "I did not think it was serious enough," relates to that. It also relates to the fact that there are high rates of sexual violence enacted on people by their intimate partners and boyfriends. It is difficult to define something as a sexual assault because it will often mean that you have to revise your entire life. There is a lot hidden behind that "I did not think it was serious enough" category.

What studies like the General Social Survey and the Tina Hattem study show is that one of the reasons for not reporting is distrust of the criminal justice system.

I think something that you may not have talked about yet is that there are very high rates of police unfounding across the country. In some locations, it is very high. That means that when somebody goes to report a sexual assault to the police, there is a very high chance that the police will not pursue an investigation. That really is a deterrent to reporting. If you know that, in your community, 30 per cent of reports of sexual assault are not followed up, you are going to say —

**The Chair:** I am sorry, Dr. Gotell; we are finding, at times, that we are not hearing you clearly. If you could just stay in front of your microphone, that would be helpful. Perhaps you could repeat what you said during the last 10 seconds. We may have missed it.

**Ms. Gotell:** The last 10 seconds. I am just wondering if my microphone was close enough. Do you hear me better, now?

**The Chair:** Yes, that is better. Thank you so much.

**Ms. Gotell:** I was talking about police unfounding rates as a deterrent to reporting sexual assaults. This is a big problem.

**Senator Runciman:** Pursuing one of the recommendations you made with respect to the federal government paying for counsel to represent the complainants, is it your understanding that, in most instances, the challenge to having counsel represent complainants is affordability. Is that what you are suggesting? If that is the case, are they not applying for a Legal Aid certificate? There are programs available. Could you expand on why you see that as a real need?

**Ms. Gotell:** It is not something that I have done research on, but there is good research done by Jennifer Guiboche. I believe Karen Busby referred to her statement. The problem is that there are different systems in place in each province. In the province of

que l'on appelle « viols non avoués ». Même lorsque les personnes interrogées déclarent avoir subi quelque chose qui relève à l'évidence de la définition légale d'agression sexuelle ou de viol, et même s'il y a eu violence, les personnes interrogées peuvent très bien nier en même temps qu'il se soit agi d'un viol ou d'une agression sexuelle. Une partie de la raison invoquée dans le cadre de l'Enquête sociale générale, « Je ne pensais pas que c'était suffisamment grave », tient bien à cela. Cela tient également au fait que, très souvent, les violences sexuelles sont le fait de personnes avec qui elles entretiennent des relations intimes. Il peut donc être difficile de qualifier quelque chose d'agression sexuelle dans la mesure où cela vous obligerait à repenser entièrement votre vie. C'est dire que la réponse « Je ne pensais pas que c'était suffisamment grave » recouvre une vaste zone d'ombre.

J'ajoute que, tant selon l'Enquête sociale générale, que selon l'étude de Tina Hattem, une des raisons pour lesquelles les personnes agressées ne portent pas plainte est qu'elles n'ont pas confiance en la justice pénale.

Un autre sujet que vous n'avez peut-être pas encore évoqué est le taux très élevé de classement sans suite de ce genre d'affaires dans les diverses régions du pays. Dans certaines régions, ce taux est particulièrement élevé. J'entends par cela que lorsque quelqu'un va trouver la police pour déclarer une agression sexuelle, il y a de très fortes chances que la police ne procède à aucune enquête. Ce fait est extrêmement dissuasif, car si vous savez que, au sein de votre collectivité, 30 p. 100 des agressions sexuelles déclarées n'ont pas la moindre suite, vous allez vous dire que...

**Le président :** Désolé, madame Gotell, mais, parfois, nous ne vous entendons pas très clairement. Pourrais-je vous demander de vous rapprocher du microphone. Pourrais-je en outre vous demander de répéter ce que vous avez dit au cours des 10 dernières secondes. Je pense que cela nous a échappé.

**Mme Gotell :** Les 10 dernières secondes. Je me demandais simplement si j'étais assez près du microphone. M'entendez-vous mieux, maintenant?

**Le président :** Oui, c'est mieux. Je vous remercie.

**Mme Gotell :** Je parlais du taux de classement sans suite par la police, disant que cela n'encourage effectivement pas les gens à porter plainte. C'est d'ailleurs un très sérieux problème.

**Le sénateur Runciman :** Vous recommandiez que le gouvernement fédéral assume les frais de représentation en justice des plaignantes. Est-ce à dire que, selon vous, dans la plupart des cas, si une plaignante n'est pas représentée en justice, c'est en raison d'un manque de moyens? Si c'est effectivement le cas, pourquoi ne demande-t-elle pas un certificat d'aide juridique? Des programmes existent pour cela. Pourriez-vous nous expliquer un peu comment vous en êtes arrivée à conclure à un réel besoin en ce domaine?

**Mme Gotell :** Je ne me suis pas penchée particulièrement sur cet aspect de la question, mais des travaux ont été effectués sur ce point par Jennifer Guiboche. Je crois que Karen Busby en a elle aussi parlé. Le problème tient au fait que chaque province a instauré un

Alberta, which is what I am familiar with, when there is an application for records, the Crown informs the complainant and connects the complainant with a lawyer who does these application hearings. Legal Aid pays for this counsel, and it is not income tested. I think that is a good system.

I do not think it should be income tested. This is a strange thing. You would not expect when you report a crime, when you report an experience in victimization, that you are going to have incur lawyers' fees and that your personal records will be applied for as a consequence of that. I really do think it is the obligation of the state. As I said, the way the Senior Crown in Alberta put it is that this is a search and seizure. I really do think that, in this case, there is an obligation to provide publicly funded counsel that is not income tested.

**Senator Frum:** We heard some testimony earlier from an advocate for victims' rights who argued that for full complainant equality, there should be a blanket ban on records. I hear that is not what you are recommending. Can I hear you comment or explain why you are not recommending that?

**Ms. Gotell:** A simple answer to that question is that it would not withstand a constitutional challenge. We have the *Mills* case, and I do not think we will go back to a situation in which we could implement privilege. The position taken by women's organizations in the 1990s in the context of Department of Justice consultations that occurred between 1993 and 1997 was: no records; no time.

We have to accept the reality that the Supreme Court of Canada in *Mills* found section 278 constitutionally sound. I am not sure that full privilege would withstand constitutional challenge. I want to see a full and rigorous interpretation of section 278.

**Senator Frum:** On the concept of increasing the threshold of relevance, could you reiterate how we improve that and ensure that the higher threshold is understood by judges.

**Ms. Gotell:** The answer to that question is complicated. I will repeat that having independent counsel is one way to ensure that the legislation is interpreted appropriately. The decisions are much better when there is independent counsel. That is one thing that can be done, and it is probably the most important thing.

systeme différent. En Alberta, où je suis davantage au courant de ce qui se fait, en cas de demande de production ou de communication d'un dossier, le ministère public informe la plaignante, et la met en rapport avec un avocat spécialisé. L'avocat est rémunéré par l'aide juridique, sans que la plaignante ait à justifier de ses moyens. Cela me paraît être un bon moyen de procéder.

Je ne pense pas, en effet, que l'octroi d'une aide juridique doive, en l'occurrence, dépendre de la situation financière de l'intéressée. Cela paraît même bizarre. On ne s'attendrait pas, en effet, lorsqu'on va déclarer qu'un crime a été commis, lorsqu'on va dire qu'on a été victime d'un acte illicite, à se voir contraint de verser des honoraires d'avocat, et à voir ses dossiers personnels produits en justice. D'après moi, l'obligation en ce domaine incombe à l'État. Comme je le disais tout à l'heure, selon l'avocat principal de la Couronne en Alberta, c'est essentiellement une question de perquisition et de saisie. J'estime qu'en pareille occurrence, il appartient à l'État d'assumer les frais de représentation en justice de la plaignante sans exiger qu'elle justifie de ses moyens.

**Le sénateur Frum :** Nous avons, plus tôt, recueilli le témoignage d'un défenseur des droits des victimes, qui faisait valoir qu'afin d'assurer la pleine égalité des plaignants, il conviendrait d'interdire de manière générale la communication des dossiers. Je crois comprendre que cela ne fait pas partie de vos recommandations. Pourriez-vous nous expliquer pourquoi?

**Mme Gotell :** En deux mots, une telle mesure ne résisterait pas à une contestation fondée sur les dispositions de la Charte. Il y a eu l'arrêt *Mills*, et je ne pense pas que nous puissions retrouver une situation où nous pourrions effectivement établir l'existence d'un privilège. Lors des consultations menées par le ministère de la Justice entre 1993 et 1997, les organisations féminines s'étaient absolument opposées à la communication des dossiers.

Or, nous devons accepter que, par l'arrêt *Mills*, la Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité de l'article 278. Je ne suis donc pas sûre qu'un privilège global pourrait être défendu au regard des principes constitutionnels. Ce que je voudrais voir en revanche, c'est une interprétation rigoureuse et large de l'article 278.

**Le sénateur Frum :** En ce qui concerne le relèvement du seuil de pertinence, pourriez-vous nous dire encore une fois comment la situation actuelle pourrait être améliorée et comment faire en sorte que ce seuil rehaussé soit compris des juges.

**Mme Gotell :** La réponse est compliquée. J'insiste sur le fait qu'un des moyens d'assurer une interprétation correcte des dispositions applicables est de veiller à ce que le plaignant soit représenté par un avocat indépendant. Les jugements sont bien meilleurs lorsque le plaignant était effectivement représenté. Voilà donc quelque chose qui pourrait être fait, et c'est probablement d'ailleurs ce qu'il y aurait de plus important à faire.

As Professor Busby recommended to you earlier, another option would be to revise section 278 to include the *Batte* standard. I am not a legislative drafter, so I am not sure how you could accomplish that. It is another recommendation and judicial education is another obvious one.

**Senator Meredith:** I will continue with the line of questioning by my colleague Senator Runciman on legal representation in the context that counsel or the Crown currently is not giving that information to the complainant. In what context would you say that we should implement or recommend putting into our report that legal counsel should be standard? Can you elaborate on that for me?

**Ms. Gotell:** If I understand, you are asking how best to ensure that complainants are well represented. There is a variety of different possibilities and models. As I said, this is not my area of research. The Crown has an obligation to inform the complainant of right to counsel and to put the complainant in touch with a lawyer who does these application hearings. That is the one good way of doing this, and it could be a standard way of doing it. I know it is done differently in other provinces. I believe that Manitoba has a good system; but this is not my area of research.

**Senator Meredith:** My next question is with respect to the provinces and the number of cases that are reported, province by province, from British Columbia to Ontario. Do you have any comparisons of the provinces in terms of the complainants and requests for the production of these records?

**Ms. Gotell:** As I said, we have a research gap. We do not know the answer to that question. It is impossible to provide an answer to that question.

We have cases where judges have written their reasons and made a decision to submit them to the legal databases. We do not know whether those decisions are representative. I know that other people have mentioned this before but, in case law reviews that have been done covering the period from the late 1990s to 2006, there is not a single case from Quebec. No case from Quebec has made its way into the legal databases.

I do not think that means records application hearings do not occur in the province of Quebec but, based upon this limited sample of cases, we cannot answer the question of whether rates of application or rates of successful application are higher in one province or another. I suspect, and this is just a hunch, that in large urban centres like Toronto and possibly Ottawa there is a

Selon ce que la professeure Busby avait recommandé plus tôt, on pourrait également envisager de réviser l'article 278 afin d'y intégrer la norme définie dans l'arrêt *Batte*. Je ne suis pas spécialiste de la rédaction législative, et je ne sais pas très bien comment il faudrait procéder pour cela. Je dis simplement que cela fait l'objet d'une autre recommandation, et une formation complémentaire des juges semblerait également indiquée.

**Le sénateur Meredith :** Comme mon collègue, le sénateur Runciman, ma question concerne la représentation en justice des plaignants, compte tenu notamment du fait que ni les avocats ni le ministère public ne fournissent actuellement aux plaignants les renseignements nécessaires. Selon vous, quelle forme devrions-nous, dans notre rapport, donner à une recommandation visant à assurer que les plaignants sont représentés par un avocat indépendant? Pourriez-vous nous en dire un peu plus à cet égard?

**Mme Gotell :** Si j'ai bien compris, vous me demandez quel serait le meilleur moyen d'assurer une représentation satisfaisante des plaignants. Plusieurs possibilités s'offrent à nous. Je précise que ce n'est pas une question sur laquelle je me sois penchée en particulier, mais il incombe au ministère public d'informer le plaignant du droit qu'il a à être représenté par un avocat, et de le mettre en contact avec un avocat spécialiste des demandes de communication de dossier. Ce serait une bonne mesure à prendre, et une procédure pourrait être instaurée à cet effet. Je sais que, dans d'autres provinces, cela se fait autrement. Je crois savoir que le Manitoba a, lui aussi, mis en place un système satisfaisant mais, encore une fois, je n'ai pas eu l'occasion d'approfondir la question.

**Le sénateur Meredith :** Je voudrais maintenant vous poser une question au sujet des provinces et du nombre d'affaires répertoriées, province par province, de la Colombie-Britannique à l'Ontario. Est-il possible d'effectuer une comparaison entre les diverses provinces quant au nombre de plaignants et de demandes de production de dossiers?

**Mme Gotell :** Il y a là, au plan des travaux de recherche, une lacune, et nous ne sommes pas en mesure de répondre sur ce point. Nous n'avons pas les renseignements nécessaires.

Dans certaines affaires, le juge rédige les motifs de sa décision et les transmet à une base de données juridiques. Nous ne savons pas, cependant, dans quelle mesure ces décisions sont représentatives. Je sais que d'autres ont déjà évoqué cela, mais dans les études de jurisprudence allant de la fin des années 1990 à 2006, on ne relève pas une seule affaire de ce genre émanant des tribunaux du Québec. En ce domaine, pas un seul jugement québécois n'est répertorié dans les bases de données juridiques.

Selon moi, cela ne veut nullement dire que les tribunaux québécois n'ont jamais eu à se prononcer sur une demande de production de dossier, mais, compte tenu de l'étroitesse de l'échantillon, on ne peut pas dire si le nombre de demandes, ou le nombre de demandes qui aboutissent est plus élevé dans une province que dans un autre. J'imagine, mais c'est simplement mon

good chance that the complainant will be informed of her right to counsel and will secure counsel and that all legal actors are more aware of what is needed in an application hearing.

I am not sure that rural complainants are well served. It would be interesting if we could figure out some answers to this question.

**Senator Meredith:** I have raised this before with respect to the way that police and judges sometimes treat victims or complainants and the myths and stereotypes that exist within the judicial system as they relate to sexual assault. How does section 278.1 and section 278.9 address that, in your opinion, if in any way?

**Ms. Gotell:** Basically, I will say that one of the themes throughout section 278 is that discriminatory myths detract from the fairness of the trial process. That is the statement made by this provision. I am not sure that this provision does much with respect to providing any kind of message to police officers who interview complainants. It should have more of an impact upon what happens to complainants in courtrooms across the country. I am not sure that answers your question.

If the Government of Canada is concerned about increasing reporting rates, something needs to be understood and addressed better: the way in which people making police reports are treated by police.

**Senator Joyal:** Thank you for your contribution to our reflection. You are aware of the *Batte* case in the Ontario Court of Appeal in which the judge established the principle of case-specific evidence before ordering the production of records. Are you satisfied that the criteria that encompass the grounds listed in section 278.3 could be improved by introducing that new threshold to the list of grounds so there will be better protection of confidentiality of the records?

**Ms. Gotell:** Yes, I agree with that, and I apologize. I have been pronouncing the name of that case as “batty.” I recommended that the *Batte* standard be inserted into section 278. I agree that it would improve things.

**Senator Joyal:** Is it the only new criteria that you suggest adding to the grounds listed in section 278.3 or are there other criteria that, to use your words, will provide a more robust interpretation of the grounds? Should other criteria be added to the list?

**Ms. Gotell:** I do not think so, no. This is a pretty full list. I am mindful of a comment made by Professor Stuart last week, which I read when I quickly went through some of your committee transcripts. He said that section 278.5(2) is already too complicated. We do not need to add to that list. Section 278.5(2) is a good comprehensive list. We need to ensure that judges take those considerations more seriously.

entiment, que dans les grands centres urbains, à Toronto, par exemple, et peut-être aussi à Ottawa, le plaignant a de bonnes chances d’être informé de son droit d’être représenté, et l’est effectivement, les divers intervenants étant davantage au courant de ce qu’il convient de faire lors d’une demande de communication de dossier.

Il n’est pas certain qu’en zone rurale les plaignants soient aussi bien servis. Il serait bon d’obtenir des réponses sur ce point.

**Le sénateur Meredith :** J’ai rappelé la manière dont, parfois, la police et les juges traitent les victimes ou les plaignants, ainsi que la persistance, au sein de notre système judiciaire, d’un certain nombre de mythes et de stéréotypes concernant les agressions sexuelles. D’après vous, les articles 278.1 et 278.9 ont-ils eu une influence à cet égard?

**Mme Gotell :** Le message véhiculé par l’article 278 est essentiellement que les mythes discriminatoires nuisent à l’équité d’un procès. C’est bien le sens de cette disposition. Cela dit, je ne suis pas certaine que l’article en question ait une grande influence sur les agents de police chargés d’interviewer un plaignant. L’influence de cette disposition se fait sans doute davantage sentir au niveau de la manière dont les plaignants sont traités devant les tribunaux. Je ne sais pas dans quelle mesure cela répond à votre question.

Si le gouvernement du Canada souhaite encourager davantage à faire connaître les personnes victimes d’une agression, il nous faut nous intéresser de plus près à la manière dont la police traite les personnes qui viennent faire une déclaration.

**Le sénateur Joyal :** Je vous remercie de votre apport à notre réflexion sur ce sujet. Vous n’ignorez pas que, dans l’affaire *Batte*, la Cour d’appel de l’Ontario a posé comme principe qu’une ordonnance de production d’un dossier doit se justifier au vu d’éléments de preuve essentiellement liés aux faits de la cause. D’après vous, serait-il possible d’améliorer les critères fondés sur les facteurs énumérés à l’article 278.3 en ajoutant ce nouveau critère afin de mieux protéger la confidentialité des dossiers?

**Mme Gotell :** Oui, je suis d’accord avec cela, et vous m’excuserez si, jusqu’ici, j’ai prononcé le nom de cet arrêt comme s’il s’écrivait « batty ». Je recommande, en effet, que le critère défini dans l’arrêt *Batte* soit intégré aux dispositions de l’article 278. D’après moi, cela améliorerait effectivement les choses.

**Le sénateur Joyal :** Est-ce le seul critère qu’il conviendrait, selon vous, d’ajouter aux facteurs énumérés à l’article 278.3, ou y aurait-il d’autres critères encore qui, comme vous le disiez tout à l’heure, favoriseraient une interprétation plus vigoureuse des motifs qui peuvent actuellement être invoqués? Y aurait-il lieu d’ajouter d’autres critères à cette liste?

**Mme Gotell :** Non, je ne le pense pas. La liste est assez complète. Cela me rappelle quelque chose que le professeur Stuart a dit la semaine dernière et que j’ai vu en parcourant vos procès-verbaux. D’après lui, le paragraphe 278.5(2) est déjà trop compliqué. Il n’y a pas lieu d’ajouter quelque chose à cette liste. La liste qui figure au paragraphe 278.5(2) est déjà complète. Ce qu’il faudrait, par contre, c’est faire en sorte que les juges en tiennent davantage compte.

As I said, they tend to make it a contest between full answer and the privacy rights of the complainant. By talking about the *Peace River* case earlier, I was trying to show you that it is not enough to simply talk about privacy rights. We need to take into consideration things like discriminatory myths, equality rights, society's interest in police reporting and counselling. The problem is that the judges are not doing that typically.

**Senator Joyal:** Do you think that the criteria of case-specific evidence are too narrow? How can defence counsel determine that the information sought relates specifically to the case if he or she has not seen all of it?

**Ms. Gotell:** People say this as a critique of the two-stage process and the idea of balancing these interests in a vacuum. However, and I know you have heard this before, these cases do not arise in stranger sexual assault situations. These cases typically entail a relationship between the complainant and the accused. Quite often the accused is a family member, such as father, stepfather or uncle. They are often well aware of or have a very good idea about the existence of records and what could be in the records. I want to emphasize that. That standard is not too strict. If it were, we would likely see a decline in successful applications in the province of Ontario where, after all, that standard is binding; and we have not seen that.

[*Translation*]

**Senator Boisvenu:** I am going to turn your attention to a subject that my colleagues have touched upon: failure to report. I believe that very few judges will see a victim twice, which is not necessarily the case of criminal reoffenders, who often parade before judges and as a result are no longer unknown to them. However, the victim always remains an unknown to the justice system. I read a little of your previous statements on the victims of crime, especially the victims of sexual assault. I cannot see myself in a woman's position; the majority of victims of sexual assault are women and they do not report for fear that, at some point in the judicial process, someone will lay the blame on them for the sexual assault. Many victims are afraid of being confronted by their attacker over responsibility.

That was the case for Julie, my daughter, who was murdered. The attacker's defence was that he had met a prostitute during the night in order to put the blame on the woman.

Ainsi que je le disais tout à l'heure, ils ont en effet tendance à opposer le droit à une défense pleine et entière, au droit du plaignant à l'intimité de sa vie privée. En évoquant tout à l'heure l'affaire jugée à *Peace River*, je cherchais à démontrer qu'il ne suffit pas de défendre le droit à la vie privée. Il nous faut en effet également prendre en compte les mythes discriminatoires, les droits à l'égalité, l'intérêt que revêt pour la société le fait de voir les plaignants porter de telles agressions à l'attention de la police, et la confidentialité des consultations psychosociales. Ce qui pose problème c'est le fait que les juges ne pensent généralement pas ainsi.

**Le sénateur Joyal :** D'après vous, le critère qui impose la production d'éléments de preuve lié aux faits précis de la cause est-il trop restrictif? Comment un avocat de la défense peut-il, dans la mesure où il n'a pas pu en prendre connaissance, décider si les renseignements qu'il demande se rapportent effectivement aux faits de la cause?

**Mme Gotell :** C'est ce qu'on affirme souvent pour critiquer la procédure à deux volets, et le fait que les divers intérêts en jeu aient ainsi à être pesés, si vous voulez, dans l'abstrait. Je tiens à rappeler, cependant, qu'il ne s'agit généralement pas d'agressions sexuelles perpétrées par une personne étrangère à la victime. En général, en effet, dans ce genre d'affaires, l'accusé et le plaignant sont liés. Il est assez fréquent que l'accusé soit un membre de la famille, un père, un beau-père ou un oncle. Il est fréquent aussi qu'il connaisse l'existence des dossiers ou qu'il ait une assez bonne idée de ce qu'ils peuvent contenir. Il convient d'insister sur cela. Le critère n'est donc guère astreignant. S'il l'était, il est probable que nous constaterions une baisse en Ontario du nombre de demandes de production de dossiers auxquelles il est fait droit puisque, dans cette province, c'est ce critère qui s'applique. Or, cela n'a pas été le cas.

[*Français*]

**Le sénateur Boisvenu :** Je vais vous amener sur un sujet que mes collègues ont touché : la non-dénonciation. Je crois que très peu de juges vont voir la victime deux fois, ce qui n'est pas nécessairement le cas avec les criminels récidivistes; souvent, ils vont parader devant les juges, ce qui fait que le criminel ne devient plus un inconnu pour les juges. Par contre, la victime demeure toujours une inconnue pour la justice. J'ai lu un peu de vos déclarations antécédentes sur les victimes d'acte criminel, surtout les victimes d'agression sexuelle. Je ne peux pas me mettre à la place d'une femme; la majorité des victimes d'agression sexuelle sont des femmes et ne dénoncent pas de crainte qu'à un moment donné, dans le processus judiciaire, on lui fasse porter le blâme de l'agression sexuelle. Beaucoup de victimes ont peur d'être confrontées à l'agresseur sur le plan de la responsabilité.

D'ailleurs, cela a été le cas pour Julie, ma fille qui a été assassinée. La défense de l'agresseur a été de dire que, durant la nuit, il avait rencontré une prostituée, dans le but de jeter le blâme sur la femme.

In your view, in the state of the law as it is currently practised — because judges are mainly responsible for the practise of the law — are victims at a disadvantage in the judicial process, particularly the victims of sexual assault, and along what lines should we work or think to ensure that one day a larger number of victims report these crimes?

[English]

**Ms. Gotell:** Let me first say that I am very sorry for your loss. I agree that victim-blaming infiltrates the entire criminal justice system; not just courtrooms. Victim-blaming practices are a problem when people report their assaults to the police, for example. This area requires a lot more work. From the little bit of research that has been done on this question in Canada, it seems as if police officers often do not understand the consent standard and ask complainants very inappropriate questions, which could deter those complainants from continuing.

Victim-blaming is a huge problem. As I said earlier, we have a very innovative sexual assault law in Canada that is considered to be a model in many other countries. One thing that could help this problem of the continuation of victim-blaming within the criminal justice system is more clear attention on the problem of sexual violence by the federal government. This is a very important and serious social problem. There is a lot we can do to denounce sexual violence. If there were a clear message that the government was concerned about this problem and about under reporting, it would send a very strong message to people who have experienced sexual violence.

We have not talked about this, but we have a very good consent standard. I have referred to it in my own work as being an affirmative consent standard. We have a standard that says “only yes means yes.” It is a specific standard. The Supreme Court in its decision in *R. v. J.A.* last spring said that there is a requirement of ongoing continuous consent. This is very positive. The problem is the very low level of social awareness of the consent standard in law. Governments have done good work around getting people to wear seat belts and not to drink and drive. There is a lot of public education that the government could take part in order to raise awareness around this issue and to help engage in prevention. These are obligations of the government as well, not just dealing with this problem at the level of criminal law reform.

[Translation]

**Senator Boisvenu:** Do you think that an education effort should also be made to increase the awareness of judges? Every year, judges are given awareness courses in various specific fields. With

Selon vous, dans l'état actuel de la pratique du droit — parce que la pratique du droit, ce sont les juges qui en sont principalement responsables —, les victimes sont-elles défavorisées dans le processus judiciaire, surtout les victimes d'agression sexuelle, et sur quelle piste devrait-on travailler ou réfléchir pour faire en sorte qu'un jour on ait un plus grand nombre de victimes qui dénoncent?

[Traduction]

**Mme Gotell :** Permettez-moi d'abord de vous exprimer mes condoléances. Il est vrai que cette tendance à rejeter la faute sur la victime se manifeste, non seulement devant nos tribunaux, mais dans l'ensemble de notre système de justice pénale. Ce genre d'attitude crée de nombreux problèmes, notamment lorsque quelqu'un se rend à la police pour dénoncer une agression. Nous allons devoir faire à cet égard de gros efforts. Il semblerait, d'après les quelques travaux de recherche effectués au Canada, que les agents de police ne semblent pas comprendre la question du consentement et qu'elle pose parfois au plaignant des questions parfaitement déplacées et tout à fait susceptibles de le rebuter.

Le rejet de la faute sur la victime constitue donc un grave problème. Comme je le disais plus tôt, notre législation applicable aux agressions sexuelles passe dans de nombreux pays pour un modèle du genre. On pourrait peut-être atténuer, au sein de notre justice pénale, cette tendance à rejeter la faute sur la victime si le gouvernement fédéral prêtait une plus grande attention au phénomène de la violence sexuelle, qui constitue, effectivement, un grave problème psychosocial. Nous pourrions faire beaucoup pour dénoncer la violence sexuelle si le gouvernement faisait clairement savoir qu'il se préoccupe réellement du problème et qu'il s'inquiète notamment du fait que les dénonciations sont rares. Cela serait de nature à encourager toutes les personnes victimes de violences sexuelles.

Nous n'avons pas encore parlé de cela, mais en matière de consentement, la norme que nous appliquons au Canada est parfaitement satisfaisante. Dans mes propres travaux, j'explique que cette norme exige que le consentement soit manifesté de manière affirmative. Il s'agit d'un critère très précis, selon lequel « le oui ne peut être signifié que par un oui ». Dans son arrêt *R. c. J.A.*, la Cour suprême a, au printemps dernier insisté sur la nécessité d'un consentement ininterrompu. Il s'agit là d'une exigence positive. Le problème se situe au niveau de l'insuffisante conscience sociale de la norme de consentement prévue par la loi. Les gouvernements ont assez bien réussi à persuader les gens de boucler leur ceinture de sécurité, et de ne pas boire au volant. Il y a bien des mesures de pédagogie sociale que le gouvernement pourrait prendre afin de mieux faire comprendre les tenants et aboutissants de la question, et contribuer en cela à la prévention. Ce sont, là encore, des obligations qui incombent au gouvernement qui ne doit pas se contenter d'intervenir au niveau de la réforme du droit pénal.

[Français]

**Le sénateur Boisvenu :** Pensez-vous qu'au niveau de la sensibilisation des juges, il y aurait aussi un travail d'éducation à faire? Chaque année, les juges ont des stages de sensibilisation dans

regard to sexual assault victims, should we not try to make judges aware of the right to privacy, the right to protection? Sexual assault victims who appear in court are much more vulnerable than other types of victims; they have to face their attackers constantly. Should we not make judges more aware of what victims experience?

[English]

**Ms. Gotell:** I absolutely agree that far more work has to be done in the area of judicial education not only on section 278 but also more broadly to ensure that complainant rights are fully respected in the courtrooms across this country. There is a lot of work to be done.

We know of an example that occurred in Manitoba this year. We can see that judges still let rape myths infiltrate their understanding. A lot of work can be done in the area of judicial education.

**Senator Lang:** Welcome to our guest. Obviously, you are very knowledgeable of what you speak. Certainly, we appreciate what you are bringing forward to the committee.

As you are aware, Professor Stuart appeared before this committee by video on November 16 last week. He gave a very good overview of the implications of the section. One area that he raised was the question of whether there was a balance built into the legislation in respect of the rights of the complainant versus those of the accused. I do not know if you have had the opportunity to read his testimony.

The way I understood what he brought forward is that the judge should look at the records at the initial stages of the proceedings, not halfway through or towards the end of a court case. That way, the judge could look at the records, see if there was any relevance, and if there was, could put it forward, or obviously put it to rest and the issue does not come up in the course of the court case as it proceeds.

Do you have any comments about that? I thought it was an interesting point he raised.

**Ms. Gotell:** This legislation establishes a two-stage test: first, production to the court, and, second, disclosure to the accused. It is true that the relevance threshold is decided in the absence of examining the records.

I would strongly disagree with Professor Stuart's argument. Think about it. You would be saying to anyone who reports a sexual assault that, as a part of this process, as a requirement, as an obligation on you, you will be required to produce your confidential records to the court for examination.

That kind of regime was essentially in place between the *O'Connor* decision and the enactment of this legislation. It was a terrible situation in that period. Even the Attorney General of Canada produced a report that said it was terrible because you

différents domaines particuliers; en ce qui concerne les victimes d'agression sexuelle, ne devrait-on pas faire un effort pour sensibiliser les juges au droit à la vie privée, au droit à la protection? Une victime d'agression sexuelle qui se présente en cours est beaucoup plus vulnérable que d'autres types de victimes; elle va devoir confronter de façon constante l'agresseur. Ne devrait-on pas sensibiliser davantage les juges au vécu des victimes?

[Traduction]

**Mme Gotell :** Je suis entièrement d'accord qu'il y aurait lieu de multiplier les efforts au niveau de la formation des juges, non seulement en ce qui concerne l'article 278, mais de manière plus large afin de faire mieux respecter, devant les tribunaux canadiens, les droits des plaignants. Il y aurait fort à faire.

Je pourrais vous citer un exemple qui s'est produit au Manitoba l'année dernière. Il y a encore des juges dont la compréhension du phénomène demeure voilée par des mythes entourant le viol. Il y aurait beaucoup à faire sur le plan de leur formation.

**Le sénateur Lang :** Je souhaite la bienvenue à notre invitée. Je constate que vous avez une connaissance approfondie de la question. Nous vous remercions des éléments de réflexion que vous apportez ainsi à nos travaux.

Comme vous le savez, la semaine dernière, le 16 novembre, le professeur Stuart a comparu devant le comité par lien vidéo. Il nous a fait un très bon exposé de tout ce qu'implique l'article 278. Il s'est entre autres interrogé sur la question de savoir si cette disposition favorise l'équilibre entre les droits du plaignant et ceux de l'accusé. Je ne sais pas si vous avez eu l'occasion de prendre connaissance de son témoignage.

Si j'ai bien compris ses propos, le juge devrait examiner les dossiers en question au début du procès, et non au milieu ou à la fin. Il serait mieux en mesure alors de décider s'ils sont en effet pertinents et, si oui, d'en faire état, ou sinon d'écarter d'emblée la question qui n'aura plus alors à se poser.

Quel est votre avis sur ce point? L'idée m'a semblé intéressante.

**Mme Gotell :** La loi prévoit un critère à deux volets : d'abord, pour ce qui est de la production du dossier devant le tribunal, puis en ce qui a trait à sa communication à l'accusé. Il est vrai que la question de la pertinence est tranchée sans que le dossier en question soit examiné.

Cela dit, je suis en complet désaccord avec l'argument avancé à cet égard par le professeur Stuart. Réfléchissez-y. Cela consisterait à dire à toute personne dénonçant une agression sexuelle qu'elle sera tenue de soumettre ses dossiers confidentiels à l'examen de la cour.

C'est à peu près comme cela que les choses se passaient avant qu'interviennent l'arrêt *O'Connor*, et l'adoption des présentes dispositions. C'était une situation lamentable. Même le procureur général du Canada avait dénoncé cela dans le cadre d'un rapport,



are placing complainants in a Catch-22 situation. They either can report their victimization to the criminal justice system, or else they can get the counselling they need to recover from this serious and traumatic experience.

If you said okay, well, we should make it easier, and the judge should look at the records, then you are saying that as a requirement of being a complainant in a sexual assault trial, your records will be released to the court. That would operate as a significant deterrent to police reporting. I think you would see declines in the rate of police reporting if his suggestion became the norm.

This regime does cover records in possession of the Crown, but for the most part in looking at these decisions, we are not talking about records in the possession of the Crown, so this is a search and seizure.

There is a very strong case against returning to, essentially, the pre-section 278 regime. Professor Stuart was talking to the situation that was in place between the *O'Connor* decision and the enactment of this legislation. It would be a step backwards for complainants in this country if we returned to that kind of a regime. I think it would be quite disastrous, actually.

**The Chair:** Dr. Gotell, we are running somewhat over in the time. If you could remain with us a bit longer, we would appreciate it. Perhaps another 10 minutes. Would that be adequate?

**Ms. Gotell:** I have a meeting in 15 minutes, but I can run to that meeting. Also, I just wanted to say that when I was introduced, my title is wrong. I am a full professor, not an associate professor.

**The Chair:** Thank you. The record will reflect that.

**Senator Baker:** I have a technical question, professor. You investigated the decisions of judges relating to this matter we have under review.

**Ms. Gotell:** Yes.

**Senator Baker:** You are one of the very few people who has gone into this in detail. However, you suggested that you restricted your search to Quicklaw. Is that correct?

**Ms. Gotell:** Yes, it is.

**Senator Baker:** I would like to ask you why you would restrict it to Quicklaw. I understand it is simple because it is an electronic form of investigating what these cases are about. There is also Westlaw and Carswell, and I do not know if you tried that system, because sometimes you find that a great many cases reported on one are not on the other.

faisant valoir que cela mettrait les plaignants dans une situation impossible. Ils devaient en effet, choisir entre dénoncer devant la justice pénale l'agression dont ils avaient été victime et suivre des séances de consultation psychosociale afin de se remettre du grave traumatisme qu'ils avaient subi.

Si l'on décide de faciliter les choses, et de permettre au juge d'examiner le dossier du plaignant, ce qu'on prévoit, en fait, c'est que toute dénonciation d'une agression sexuelle sera conditionnée à la production devant la cour du dossier contenant des renseignements personnels. D'après moi, cela aurait pour effet de décourager les dénonciations. L'adoption d'une telle mesure entraînerait vraisemblablement une baisse du nombre de dénonciations.

Cette règle s'applique aux dossiers détenus par le ministère public, mais dans la plupart des affaires en question, le dossier en cause n'est pas aux mains du ministère public et c'est donc une question de perquisition et de saisie.

Tout milite contre un retour aux règles applicables avant l'adoption de l'article 278. Le professeur Stuart parlait de la situation existant avant l'arrêt *O'Connor* et l'adoption des nouvelles règles. Le retour à la situation antérieure représenterait, pour les plaignants, un véritable recul. Ce serait, selon moi, catastrophique.

**Le président :** Madame Gotell, nous allons nous trouver un peu à court de temps, mais nous vous saurions gré de rester encore quelques instants parmi nous. Pourriez-vous nous accorder encore 10 minutes?

**Mme Gotell :** J'ai une réunion à laquelle je dois me rendre dans un quart d'heure, mais je pourrais m'y rendre au pas de course. Qu'il me soit permis de préciser que l'on m'a présentée en tant que professeure agrégée, alors que je suis professeure titulaire.

**Le président :** Je vous remercie de nous le préciser. Cela sera consigné au compte rendu.

**Le sénateur Baker :** J'aurais, professeure, une question à vous poser sur un point technique. Vous vous êtes penchée sur les décisions des juges dans des affaires portant justement sur la question qui retient aujourd'hui notre attention.

**Mme Gotell :** En effet.

**Le sénateur Baker :** Vous êtes une des rares personnes à avoir étudié de manière détaillée la question. Si j'ai bien compris, vous vous en êtes tenue à la base de données Quicklaw?

**Mme Gotell :** En effet.

**Le sénateur Baker :** J'aimerais savoir pourquoi. Je crois savoir que sa consultation est facilitée en raison de son format électronique qui permet de repérer rapidement les questions dont est saisie la cour. Mais il y a également Westlaw et Carswell, et il est fréquent qu'une affaire soit répertoriée dans une base de données mais pas dans l'autre. Je ne sais pas si vous les avez également consultées.

**Ms. Gotell:** It is true that in this study that I did I restricted it to Quicklaw. I did that because that is how I did my first study, and that is also how Karen Busby did her work in the late 1990s. I thought that for consistency, from a research perspective, that would be good.

Also, there is CanLII now, and if I were to do another case law review, I would use all the databases. There is a lot of overlap. You might find a few cases that are not on Quicklaw.

**Senator Baker:** In your reference to there being no cases from Quebec, did you mean there were no cases in English from Quebec or judgments?

**Ms. Gotell:** I can read French. I can read judgments in French.

**Senator Baker:** There were no cases reported in French or English from the Province of Quebec.

**Ms. Gotell:** That is right.

**Senator Baker:** Did you investigate how these cases get to be recorded on Quicklaw? Who instigates the actual registration or the entry of the case into Quicklaw?

**Ms. Gotell:** This is not something that I investigated. The way I understand it is that judges do not often write their reasons in section 278 application decisions, and then sometimes they make a decision to do that. I am not sure why they decide to do that. Some of the decisions that I have read have been pretty conclusory, so it is not as though they are making some innovative points, but some do write their reasons even when they are fairly thin.

I am not sure who makes the decision. I think it is the judge who makes that decision.

**Senator Baker:** It goes to what we have to recommend here in the committee. It is my general understanding that the decision could be submitted by the Crown or by defence counsel or the judge. You will find that some judicial decisions from some provincial court judges have 100 or 200 cases reported, whereas with another judge, you would not even recognize the name because there are none. It certainly goes to the matter, and would you consider it advisable for this committee to recommend that, perhaps, the Department of Justice recommend to Crown attorneys that in cases dealing with this section they submit those decisions to Quicklaw and the other reporting agencies for purposes of investigation?

**Mme Gotell :** Il est vrai que dans cette étude, je m'en suis tenue à Quicklaw, parce que c'est comme cela que j'avais procédé lors de ma première étude, et que c'est également comme cela que Karen Busby a procédé dans le cadre des recherches qu'elle a effectuées vers la fin des années 1990. Il m'a semblé que cette approche assurerait à l'ensemble des travaux une certaine cohérence.

Désormais, nous disposons aussi de CanLII, et si je me livrais à une nouvelle étude de la jurisprudence, je consulterais l'ensemble des bases de données. Il existe, entre elles, de nombreux chevauchements, mais il se peut que l'on puisse tomber sur un certain nombre d'affaires qui ne sont pas répertoriées dans Quicklaw.

**Le sénateur Baker :** Lorsque vous dites ne pas avoir repéré de telles affaires au Québec, cela veut-il dire qu'aucun jugement n'a été, dans ce genre de dossiers, rendu en anglais par les tribunaux québécois?

**Mme Gotell :** Non, je connais le français et peux prendre connaissance de jugements rédigés dans cette langue.

**Le sénateur Baker :** C'est dire, donc, qu'on ne trouve au Québec, aucun jugement rendu en ce genre d'affaires, que ce soit en français ou en anglais.

**Mme Gotell :** C'est exact.

**Le sénateur Baker :** Vous êtes-vous penchée sur la question de savoir comment ce type d'affaires est répertorié par Quicklaw? Comment les affaires répertoriées sont-elles choisies?

**Mme Gotell :** Ce n'est pas une question sur laquelle je me sois penchée. Je crois savoir qu'il est fréquent que les juges ne motivent pas par écrit leur décision à l'égard de demandes de communication fondées sur l'article 278, mais qu'ils décident parfois de le faire. Je ne suis pas certaine de la raison qui les porte à le faire. Certaines des décisions que j'ai étudiées apparaissent assez péremptoires et on ne peut donc pas dire qu'ils fassent état d'arguments nouveaux, mais certains juges exposent leurs motifs par écrit même si ceux-ci sont parfois assez minces.

Je ne sais pas très bien de qui dépend la décision, mais je pense que ce doit être du juge.

**Le sénateur Baker :** Ma question concerne les recommandations que nous allons devoir formuler. Je crois savoir que la décision peut être transmise à la banque de données soit par le ministère public, soit par l'avocat de la défense, soit encore par le juge. Or, certains juges de cours provinciales ont de 100 à 200 de leurs décisions répertoriées, alors que certains autres juges ne voient jamais leur nom apparaître, aucune de leurs décisions n'étant répertoriée dans la banque de données. La question se pose donc, et j'aimerais savoir si, selon vous, nous devrions recommander au ministère de la Justice de demander aux avocats de la Couronne de transmettre, à Quicklaw ou à d'autres banques de données, les décisions ayant trait à l'article 278, afin que des études puissent être menées à cet égard?

**Ms. Gotell:** That is an excellent decision. The more decisions that we have available to us, the more that we will know about how this provision is working. Anything that would increase the number of decisions on the legal databases from my standpoint is a good thing. Yes, that is a good idea.

**Senator Baker:** The Crown and the defence get a copy of the decision of the judge on every question before the court. Each page is initialled by the judge. If the counsel wishes to submit those to Quicklaw or any other electronic agency, they can. You are suggesting, then, that we recommend to the Department of Justice that Crown counsel be asked to report cases that come under this section that we have under review in the future so that you can do the sort of work that you need to do regarding this subject.

**Ms. Gotell:** Absolutely, that sounds like a great idea.

**The Chair:** Dr. Gotell, that concludes our questions. I will be very brief in my closing comments, so you can run to your meeting, but thank you so much for taking the time to be with us today. You have tremendous knowledge about this subject, and we have heard what you have presented to us today. We have the materials that you had submitted to us previously and we will examine those closely. Thank you so much. It has been very helpful to us.

**Ms. Gotell:** It has been a pleasure. Good luck with your deliberations.

**The Chair:** Colleagues, we will continue with our consideration, examination and report on the provisions and operation of Bill C-46, An Act to amend the Criminal Code in respect of the production of records in sexual offence proceedings.

We have before us a witness who I believe will be the final witness we will be hearing on this matter. We save the best for the last, Ms. Kaplan. At the table is Ms. Sarah Kaplan, Manager of the Cornwall Community Hospital Assault and Sexual Abuse Program. She has an opening statement.

Ms. Kaplan, you may read your statement into the record and we will then have questions from our senators.

**Sarah Kaplan, Manager, Cornwall Community Hospital Assault and Sexual Abuse Program:** Honourable members of the Senate committee, I thank you for inviting me to speak with you today. I have been working in the field of sexual assault all my professional life, dating back to the 1980s. It is from this perspective that I will be addressing you today.

**Mme Gotell :** C'est une excellente idée. Plus nous pouvons dépouiller un nombre important de décisions, plus nous saurons comment fonctionne en fait la disposition en question. Tout ce qui permettrait d'accroître le nombre de décisions répertoriées dans les bases de données juridiques me semblerait être une bonne chose. Oui, c'est une bonne idée.

**Le sénateur Baker :** Le ministère public et la défense reçoivent chacun une copie de la décision rendue par le juge sur toute question soumise à la cour. Chaque page est paraphée par le juge. Si l'avocat souhaite transmettre cela à Quicklaw ou à un autre répertoire électronique, il le peut. Nous devrions donc, selon vous, recommander au ministère de la Justice de demander aux avocats de la Couronne de transmettre les décisions prises au regard de l'article qui retient actuellement notre attention afin que vous puissiez effectuer sur la question les recherches nécessaires.

**Mme Gotell :** L'idée me paraît excellente.

**Le président :** Professeure, voilà qui met un terme à nos questions. Je m'en tiendrai, pour conclure, à quelques très brèves observations afin que vous puissiez vous rendre à votre réunion. Je tiens à vous remercier du temps que vous nous avez consacré. Vous avez, sur ce sujet, de vastes connaissances et nous avons suivi de près ce que vous avez pu nous en dire. Nous disposons, en outre, de la documentation que vous nous avez précédemment transmise et que nous allons étudier de près. Encore une fois, merci. Les propos que vous nous avez livrés nous ont été d'une grande utilité.

**Mme Gotell :** J'ai pris plaisir à cet entretien et je vous souhaite bon travail.

**Le président :** Mes chers collègues, nous poursuivons donc notre examen, pour en faire rapport, des dispositions du projet de loi C-46, Loi modifiant le Code criminel en ce qui a trait à la communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel.

Nous accueillons maintenant notre dernier témoin dans le cadre des audiences consacrées à cette question. Vous allez ainsi avoir, madame Kaplan, le dernier mot. Nous accueillons en effet Mme Sarah Kaplan, gérante du Programme d'urgence pour victimes d'agression et de violence sexuelle de l'hôpital communautaire de Cornwall. Elle va commencer par nous présenter un exposé.

Madame Kaplan, si vous voulez bien nous donner lecture de votre exposé, avant que nous passions aux questions que les sénateurs souhaitent vous poser.

**Sarah Kaplan, gestionnaire, Programme d'urgence pour victimes d'agression et de violence sexuelle de l'hôpital communautaire de Cornwall :** Honorables membres de ce comité sénatorial, je vous remercie de l'occasion qui m'est ainsi donnée de prendre la parole devant vous. Je travaille dans le domaine des agressions sexuelles depuis le début de ma carrière, c'est-à-dire depuis les années 1980 et c'est à ce titre que je prends la parole devant vous.

Over my career I have been involved with criminal proceedings both as a clinician and now as a program manager. I am very passionate about ensuring that victims of sexual assault are protected and that the best possible course of justice is sought for the alleged perpetrators. The only way our country will improve the very terrifying statistics on sexual assault is through the law.

I can support victims but they will continue to come to my door until laws are created and/or amended to protect them. These laws must serve as a realistic punishment and/or deterrent for sexual assault perpetrators.

Third party records, more commonly known in the clinical community as clinical records or therapy documentation, come with an expectation of privacy by the client. These records include many issues that are unrelated to the current sexual assault that is before the court. However, the assault in question may have produced sequelae that exacerbate pre-existing problematic issues.

The purpose of third party records is not an inquiry into the assault in an investigative manner to provide further evidence of whether the assault actually occurred; rather, the records assist the therapist by recording in a qualitative manner how the assault has impacted the victim's life and what therapeutic interventions are being employed for treatment.

When records are released to the accused it has been my experience that this often has a negative impact on the client. The most obvious is the violation of privacy, where issues not related to the current assault are revealed. Additionally, clients can feel like they have lost control over a very intimate part of their life. Not only is the personal information made public in court, the information can be shared with the alleged perpetrator. Many of our clients suffer from various forms of traumatic reactions and, in the extreme, post-traumatic stress disorder.

Discovering that the one place they thought was safe for them is another place where they have no control is counter-therapeutic. As a clinician, I believe this is one of the major roadblocks to recovery for individuals who have been sexually assaulted.

I am also concerned about whether the ability to obtain third party records deters victims from proceeding with a criminal investigation. Often the decision to contact police occurs in the therapist's office. The ability to communicate that the therapy records are only released under very specific circumstances may provide the assurance needed for the victim to proceed with the criminal investigation.

Also, I wonder if someone who is already going through the criminal proceedings may be deterred from pursuing therapy if they think those records may be released and thus have a negative

J'ai eu, tout au long de ma carrière, affaire à des procédures pénales, d'abord en tant que clinicienne, maintenant en tant que gestionnaire de programme. Je veille à ce que les victimes d'une agression sexuelle soient protégées et que justice soit rendue à ceux à qui l'on peut reprocher de pareils agissements. Ce n'est que par l'action des tribunaux que nous parviendrons à améliorer les terribles statistiques de la violence sexuelle.

Je peux, certes, apporter un soutien aux victimes, mais elles devront continuer à s'adresser à moi tant que la loi ne leur accordera pas une protection suffisante. Ces lois doivent sanctionner de manière réaliste et/ou parvenir à dissuader les auteurs d'agressions sexuelles.

Les clients de nos services ont, à l'égard des dossiers détenus par des tiers, ce que les cliniciens appellent dossiers cliniques ou dossiers thérapeutiques, une attente en matière de protection de leur vie privée. Ces dossiers font état de nombreuses questions n'ayant rien à avoir avec l'agression sexuelle dont peut être saisie la cour. Cela dit, l'agression en question peut très bien avoir laissé des séquelles qui ne font qu'aggraver des problèmes préexistants.

Les dossiers détenus par les tiers n'ont pas été constitués aux fins d'une enquête sur une agression, pour apporter des éléments de preuve complémentaires sur la question de savoir s'il y a effectivement eu agression, mais pour aider le thérapeute en consignait sous leurs aspects qualitatifs les répercussions que l'agression a eues sur la vie de la victime, ainsi que les interventions thérapeutiques indiquées.

Mon expérience me permet d'affirmer que la communication de ce genre de dossiers à l'accusé entraîne souvent des effets néfastes pour le client. Cela est évident en ce qui concerne la protection de sa vie privée, lorsque sont divulgués des renseignements n'ayant rien à voir avec l'agression en question. Mais, en outre, le client peut éprouver le sentiment d'avoir perdu le contrôle de tout un pan de son intimité. Non seulement des renseignements personnels vont-ils être rendus publics devant la cour, mais de tels renseignements peuvent être communiqués à l'auteur présumé de l'agression. Nombre de nos clients éprouvent un traumatisme sous une forme ou une autre et, à la limite, sont atteints de troubles de stress post-traumatique.

Le fait d'éprouver le sentiment d'une perte de contrôle, à l'égard du seul endroit où ils se sentaient en sécurité, nuit à leur rétablissement. J'estime, en tant que clinicienne, que cela est un des principaux obstacles au rétablissement de personnes ayant subi une agression sexuelle.

Je crois également que la possibilité que soient communiqués des dossiers détenus par un tiers décourage les victimes de donner suite à leur plainte. Souvent, la décision de contacter la police est prise dans le bureau du thérapeute. La victime qui sait que son dossier thérapeutique ne pourra être communiqué que dans des conditions très précises est davantage encouragée à porter plainte.

Je me demande, en outre, dans quelle mesure la personne qui a porté plainte, ne sera pas découragée de rechercher une aide thérapeutique, si elle pense que son dossier pourrait être

impact on their health. However, I do support the release of such records under careful legal control. I would not recommend making access to third party records easier. I believe there has to be a very substantial and demonstrated case for the release of these records, so I offer my continued support for Bill C-46.

**The Chair:** Thank you very much for that, Ms. Kaplan. We will now turn to questions from our senators, beginning with Senator Runciman.

**Senator Runciman:** This being a hospital-centred facility, in most instances would people come to you immediately after the alleged assault? I gather that would be the case since it is a hospital facility. Is that your experience?

**Ms. Kaplan:** There are actually two ways people come to us. It can be immediately after the assault, but it could be years later that they come into our counselling program.

**Senator Runciman:** When that occurs is there any legal obligation placed upon you or your staff with respect to reporting?

**Ms. Kaplan:** Not if they are 16 and over.

**Senator Runciman:** There is no obligation at all.

I appreciate your statement here, but you are obviously expressing the concerns of your organization related to reporting. Is there a general approach with respect to folks who show up for assistance, support and help? Do you take a view with respect to going to the police? Do you support, encourage or discourage? Obviously you have serious concerns here. Do you have a standard approach in terms of how you deal with this situation?

**Ms. Kaplan:** Because we are involved in a forensic piece with our clients, we have to be objective observers of the evidence so we cannot discourage anything. We try to present things in an objective manner but then we also have facts. Fact number one is we have service agreements with our local police and with the Crown attorney's office so, for example, if somebody says that they do not want to go to the police, they are worried they will not be believed or be treated this way or that way in court, we can say, "That is not the case anymore. We have a good relationship with our police. Would you like us to be here with you when someone comes in?"

We present it in as objective a fashion as we can, but also quite positively.

**Senator Runciman:** I take it that you are aware of the right to counsel, the right to representation for the complainants, and you make it a practice to inform individuals that they will have that opportunity.

**Ms. Kaplan:** Absolutely.

communiqué. Là encore, on peut prévoir des effets néfastes sur le plan de sa santé. Cela dit, je suis favorable à la communication du dossier dans la mesure où cela se passe sous le contrôle étroit des tribunaux. Je ne pense pas cependant qu'il y ait lieu de faciliter l'accès aux dossiers détenus par des tiers. Je suis donc favorable au projet de loi C-46, car j'estime que, parfois, de solides motifs justifient la communication d'un dossier.

**Le président :** Je vous remercie, madame Kaplan. Nous passons maintenant aux questions, en commençant par le sénateur Runciman.

**Le sénateur Runciman :** Votre programme étant basé dans un hôpital, la plupart du temps, les gens viennent-ils vous consulter immédiatement après l'agression présumée? J'imagine que c'est le cas étant donné que votre programme est rattaché à l'hôpital. Est-ce effectivement le cas?

**Mme Kaplan :** Il y a, en fait, deux cas de figure. Parfois, c'est, en effet, immédiatement après l'agression, mais parfois, ils ne viennent nous consulter que des années plus tard.

**Le sénateur Runciman :** Dans cette hypothèse, êtes-vous tenue, légalement j'entends, de déclarer le cas aux autorités?

**Mme Kaplan :** Pas si l'intéressé a au moins 16 ans.

**Le sénateur Runciman :** Aucune obligation, donc, à cet égard.

Sans doute exprimez-vous là les préoccupations que votre organisation éprouve vis-à-vis des déclarations. Quelle est, envers les personnes qui sollicitent votre aide ou votre appui, votre approche? Quelle est, de manière générale, votre attitude à l'égard d'une plainte à la police? Y êtes-vous plutôt favorable, ou avez-vous tendance à décourager cela? Il est clair que cela peut soulever de sérieuses difficultés. Privilégiez-vous une approche plutôt qu'une autre?

**Mme Kaplan :** La situation du client comporte un aspect juridique, et il nous faut donc demeurer objectifs face à d'éventuels éléments de preuve et, par conséquent, ne rien décourager. Nous tentons de présenter la situation de manière objective, mais nous devons également tenir compte d'un certain nombre de réalités. La première est que nous avons conclu, avec le service local de police et le bureau de l'avocat de la Couronne, une entente et, si, par exemple, quelqu'un affirme ne pas vouloir contacter la police, parce qu'il ou elle a le sentiment qu'on ne le croira pas, ou craint de ne pas être bien traité devant la cour, nous pouvons le rassurer que ce n'est plus actuellement le cas, que nous entretenons, avec la police, de bons rapports. Nous lui demandons alors s'il souhaite qu'on reste à ses côtés lorsqu'il aura affaire aux autorités.

Nous disons tout cela d'une manière qui est objective, certes, mais également encourageante.

**Le sénateur Runciman :** Vous n'ignorez naturellement pas le fait que les plaignants ont droit aux services d'un avocat, et sans doute en informez-vous vos clients.

**Mme Kaplan :** Bien sûr.

**Senator Runciman:** Is there a certain societal characteristic in terms of the majority? We have talked about the Aboriginal community and our previous witness talked about the need for government to fund counsel representation. Are most of these individuals that you are dealing with from certain income levels? Would they have trouble accessing counsel? Legal aid is available in Ontario. What has your experience been?

**Ms. Kaplan:** Are you asking who comes to our program?

**Senator Runciman:** Can you paint that picture?

**Ms. Kaplan:** I will answer that with two comments. Who gets sexually assaulted? Victims of sexual assault come from anywhere and everywhere. Those who come to programs are sometimes different. People who have money may access something private so we do not really know what happens. In our location we border Akwesasne, which is a native reservation, and I would say probably one sixth of our clientele comes from there. Is it because it is lower in terms of the incidents? I do not believe so. I think there is a lot of communication that needs to be done to make them feel comfortable in a mostly White community. We know there are issues all the time in health care towards minorities and other marginalized groups so we try to work hard on that.

I would say also there is certainly a significant portion of our clientele who are on some type of financial assistance and are not aware of what types of things they can access. Part of our job is to advocate for them and help them proceed, and certainly to refer because, as you know, there are different types of service organizations that provide assistance if you are going through court, so we certainly will hook them up with that.

**Senator Runciman:** What is your caseload like annually?

**Ms. Kaplan:** There are two different pieces. There are the acute cases that come from the emergency department and the cases that come for counselling, and they are very different.

The number of acute cases from our last fiscal year will seem low but I will explain why. We had approximately 90 acute cases, but those are cases where someone has been assaulted within 72 hours. We know from the research on sexual assault that most people do not come for help until two years after the assault. This is realistic, unfortunately, where you see the heavy numbers are in counselling. The counselling numbers would be about three times that at least.

**Le sénateur Runciman :** Pouvez-vous nous dire s'il y a des facteurs socioéconomiques qui caractérisent la majorité de vos clients? Nous parlions tout à l'heure de la communauté autochtone, et de l'obligation qu'il y aurait, selon notre précédent témoin, pour le gouvernement de subventionner le recours aux services d'un avocat. La plupart de vos clients se caractérisent-ils par un niveau de revenu donné? Auraient-ils effectivement du mal à retenir les services d'un avocat? Il y a, en Ontario, l'aide juridique. Que pouvez-vous nous dire de cela?

**Mme Kaplan :** Vous parlez là de ceux qui s'adressent à notre programme?

**Le sénateur Runciman :** Pourriez-vous nous en dresser en quelque sorte le portrait?

**Mme Kaplan :** Permettez-moi de répondre par deux observations. Qui sont les victimes d'agressions sexuelles? Ce peut être, de manière générale, n'importe qui. Cela dit, ceux qui s'adressent à nos programmes peuvent effectivement appartenir à une catégorie déterminée de personnes. Les gens qui ont les moyens peuvent en effet obtenir une aide privée dans ce cas-là, nous ne sommes pas en mesure de dire ce qui se passe. Nous sommes situés à la frontière d'Akwesasne, une réserve indienne, et je dirais qu'environ un sixième de nos clients habitent là. Est-ce parce que ce genre d'incident y est moins fréquent? Je ne pense pas. D'après moi, il faudrait un gros effort de communication pour qu'ils se sentent davantage à l'aise dans une communauté qui est en majorité blanche. Nous savons qu'en ce qui concerne les membres de minorités et d'autres groupes marginalisés, il est fréquent que des difficultés se posent sur le plan des soins de santé et nous y prêtons une attention particulière.

J'ajouterais que bon nombre de nos clients reçoivent une aide financière et sont assez mal informés des services auxquels ils pourraient faire appel. Une partie de notre mission consiste à défendre leurs droits et à les aider dans leurs démarches, bien sûr, en les orientant vers les organisations en mesure de leur fournir une aide s'il leur faut comparaître devant un tribunal. Il est clair que nous allons les mettre en contact avec ces divers organismes.

**Le sénateur Runciman :** Combien de dossiers traitez-vous chaque année?

**Mme Kaplan :** Il y en a deux sortes. Il y a les cas aigus, que nous envoie le service des urgences, et puis il y a les personnes qui viennent nous consulter. Il s'agit de deux catégories bien différentes.

Le nombre de cas aigus auxquels nous avons eu affaire au cours du dernier exercice financier semble faible, et je vais vous expliquer pourquoi. Nous avons eu affaire à environ 90 cas aigus, des personnes ayant été agressées dans les 72 heures précédentes. Or, nos recherches sur les agressions sexuelles nous ont appris que la plupart du temps, la victime d'une agression attend environ deux ans avant de demander notre aide. C'est, hélas, une réalité et, autrement, le nombre de personnes qui viennent nous consulter, qui est déjà élevé, serait triplé.

We would like to see the opposite. If people would come in right away there would be fewer problems later on. However, most people come in when the symptomatology is so great that they are driven and have to get help.

**Senator Runciman:** We heard testimony earlier about the broad definition of sexual assault, everything from fondling to a violent rape. What has your experience been with respect to that? Are you mostly dealing with the very violent situations?

**Ms. Kaplan:** That depends on your definition of violence. We look at sexual assault definition from the Criminal Code, which is sexual touching without the consent of the complainant. It could be that somebody was grabbed somewhere inappropriately to sexual assault with penetration, but we treat them all the same.

**Senator Lang:** I would like to cover one area from your experience concerning the women you have dealt with over the last number of years. Could you give us an idea of how many of those clients would actually, once they have come to you, proceed and file charges? You may not have the figures, but would you say, for example, roughly 30 per cent proceed through the court system or is it 50 per cent? Could you give us an idea?

**Ms. Kaplan:** One positive thing is we have seen an increase. When I first started in the program less than 50 per cent even reported to the police. Now we are seeing over 50 per cent are reporting. What happens then is we lose control of that information because once they leave us we do not always know unless the police contact us for evidence. Sometimes they go ahead with the criminal proceedings and we are not aware of that.

I would say out of the 50 per cent or so who do contact police — and of course the police have to determine if there is enough evidence to substantiate going on — it would be lower than 10 per cent. Many do not go. They drop it for all kinds of reasons.

**Senator Joyal:** What kind of reasons?

**Ms. Kaplan:** There are certainly the stereotypes — and not just women — about how women and men, victims of sexual assault, are treated. My colleague alluded to some of the myths that still exist by all people and that is a real deterrent. They are worrying about being made to feel that somehow they brought this on and that is enough to scare people. Some people do not want anyone to know. They feel ashamed by what happened, or they have realistic fears that the perpetrator may come after them or their family. We get that a lot. “I am not calling the police because he said he’d kill me.” If they are in therapy they are often afraid that that information might get released.

Nous voudrions qu’il n’en soit pas ainsi et que les gens nous consultent sans attendre. Ils éprouveraient moins de problèmes par la suite. Mais ils viennent généralement nous consulter quand leurs symptômes se sont aggravés au point qu’ils sont contraints de demander de l’aide.

**Le sénateur Runciman :** Un témoin précédent nous a entretenus de la définition large que l’on peut donner d’agression sexuelle, englobant toute une gamme de comportements allant de l’attouchement, au viol accompagné d’autres violences. Que pouvez-vous nous dire à ce sujet? Avez-vous surtout affaire à des cas de violence grave?

**Mme Kaplan :** Cela dépend de la manière dont vous entendez violence. Nous nous en tenons, pour notre part, à la définition d’agression sexuelle inscrite au Code criminel, c’est-à-dire tout attouchement sexuel non consenti. Dans certains cas, la personne a fait l’objet d’attouchements inconvenants, dans d’autres, il y a agression sexuelle avec pénétration, mais notre attitude envers tous les plaignants demeure essentiellement la même.

**Le sénateur Lang :** Je vais maintenant vous demander de nous parler des femmes qui sont venues vous consulter au cours des quelques dernières années. Pourriez-vous nous donner une idée du nombre d’entre elles qui, vous ayant consultés, ont par la suite porté plainte? Vous ne pouvez peut-être pas nous indiquer un chiffre précis, mais peut-être pourriez-vous nous dire si environ 30 p. 100 d’entre elles, ou 50 p. 100 finissent par faire appel à la justice? Nous souhaiterions nous faire une idée.

**Mme Kaplan :** Je peux vous dire que le nombre est en augmentation. Lorsque j’ai débuté au sein de ce programme, moins de 50 p. 100 de nos clientes contactaient la police. Maintenant c’est plus de la moitié. Dans ce cas, nous perdons en quelque sorte la trace, car nous ne savons alors plus ce qui se passe à moins que la police nous contacte pour nous demander des renseignements. Parfois, il y a des poursuites pénales sans que nous en soyons avertis.

Je dirais que des 50 p. 100 qui contactent la police — et il faut, bien sûr, que la police estime qu’il existe des preuves suffisantes — il y en a moins de 10 p. 100. Un grand nombre d’entre elles laissent tomber, et cela, pour diverses raisons.

**Le sénateur Joyal :** Quelles sortes de raisons?

**Mme Kaplan :** Il y a d’abord les stéréotypes — et non seulement à l’égard des femmes — qui influencent la manière dont sont traitées les victimes d’une agression sexuelle, des femmes certes, mais aussi des hommes. Ma collègue a évoqué certains mythes qui subsistent dans l’esprit de bon nombre de personnes, et qui exercent un effet dissuasif sur des gens qui n’hésiteraient pas, sans cela, à porter plainte. Ils craignent qu’on rejette sur eux la faute et cela suffit à les décourager. Certains ne veulent simplement pas que cela se sache. Ils ont honte de ce qui s’est passé, ou bien craignent, avec raison, que l’auteur de l’agression s’en prenne à eux ou à leur famille. Ce cas est fréquent. « Je ne peux pas appeler la police, car il a dit qu’il me tuerait ». Il est fréquent aussi que ceux qui suivent une thérapie craignent que cela se sache.

**Senator Lang:** I would like to follow up on my line of questioning here. If 10 per cent actually do proceed and lay charges, in your experience, of those 10 per cent, how many times have you been approached to bring forward their personal records?

**Ms. Kaplan:** By the defence, through Bill C-46, very rarely, first, because it is such a good bill; and, second, as you know, the accused has to know the record exists. They do not always know that.

**Senator Lang:** By “very rarely,” do you mean that it might happen once a year?

**Ms. Kaplan:** Maybe a little more than that. I think it happens more to people in private practice. When I was in private practice as a clinician, it happened more. At the hospital program — and I do not know why that is — it is less. Maybe they do not know that we have those records there; I am not sure. For our particular program, it happens much less.

**Senator Lang:** You may not be able to answer, but, for my own information, I want to know how the procedure works. Records are called upon. Let us say the judge agrees that the records are relevant. From reading your presentation here, my impression is that the records are provided, whatever records have been provided. Or is it particular parts of the file that are made available? In other words, does the judge use discretion or, once he or she has decided that there is relevance, is the full story provided to the court?

**Ms. Kaplan:** I never get to be involved in that part because we have health records at the hospital. What happens, I think, in proposed section 278, where the judge must decide, is that the person from health records takes the file and I believe attends to that and then delivers the whole file to the judge. The judge is to decide what parts and how, whether it is allowed to be photocopied, and so on. I think that is very good.

**Senator Lang:** I think I have my answer, Mr. Chair.

**The Chair:** As supplementary to Senator Lang’s question, when you have someone appear at your office and you hear what they have gone through, would you aggressively encourage them, if you felt that it could or was a criminal offence had occurred, to complain to the police or would you simply present them with the options and describe the process and leave the decision to them?

**Ms. Kaplan:** I would choose a different word from “aggressive” only because we have to be careful about the issue of consent in court.

If someone were to testify in court, and were to be asked by the accused about how it came to be that they pressed charges, and they said “Well, the lady from the hospital really pushed me into it,” then it may not seem like they consented freely. We need to be careful about that because, again, we are meant to be objective

**Le sénateur Lang :** Je voudrais revenir au sujet que nous évoquions tout à l’heure. En ce qui concerne ces 10 p. 100 qui portent plainte, pourriez-vous nous dire combien de fois on vous a demandé de produire leur dossier personnel?

**Mme Kaplan :** Très rarement en ce qui concerne la défense, au titre des dispositions du projet de loi C-46. D’abord, parce que ces dispositions sont bien conçues, et puis parce que, comme vous le savez, il faudrait pour cela que l’accusé sache que le dossier existe. Or, ce n’est pas toujours le cas.

**Le sénateur Lang :** Quand vous dites que c’est très rare, entendez-vous que cela se produit une fois par an?

**Mme Kaplan :** Sans doute un peu plus souvent. Cela arrive plus fréquemment aux thérapeutes du secteur privé. J’ai constaté cela, lorsque c’était mon cas. La chose est plus rare dans le cadre du programme hospitalier — je ne sais pas pourquoi. Peut-être ne savent-ils pas que nous tenons des dossiers; je ne suis pas sûre. Cela est beaucoup moins fréquent dans le cadre de notre programme.

**Le sénateur Lang :** Peut-être n’êtes-vous pas en mesure de me répondre, mais j’aimerais savoir comment cela se passe. On demande que le dossier soit produit. À supposer que le juge considère que le dossier est effectivement pertinent. Je retire de votre exposé l’impression que les dossiers seront alors remis. Ou cela ne vaut-il que pour certaines parties du dossier? Autrement dit, est-ce laissé à l’appréciation du juge, ou le dossier va-t-il être intégralement produit si le juge estime qu’il est pertinent?

**Mme Kaplan :** Je n’ai moi-même jamais l’occasion de m’occuper de cela, car à l’hôpital, il s’agit de dossiers médicaux. Ce qui se passe, me semble-t-il, en vertu de l’article 278, où la décision est laissée au juge, c’est que la personne chargée des dossiers médicaux remet le dossier complet au juge qui va alors décider des parties qui pourront être photocopiées. D’après moi, c’est comme cela qu’il convient de procéder.

**Le sénateur Lang :** Monsieur le président, je pense avoir obtenu ma réponse.

**Le président :** Puis-je vous demander, à titre complémentaire, si, après avoir écouté quelqu’un que vous recevez dans votre bureau, dans la mesure où vous estimez qu’un acte criminel a effectivement été commis, vous l’encouragez fortement à porter plainte, ou si vous lui présentez simplement les diverses possibilités, expliquant comment cela se passe, en lui laissant le soin de décider?

**Mme Kaplan :** Je ne dirais pas « fortement », car la question du consentement pourrait alors être soulevée devant la cour.

À supposer que quelqu’un aille témoigner en justice et que l’accusé lui demande pourquoi elle a porté plainte, si elle répond, « Eh bien, la dame de l’hôpital m’y a obligée », on pourrait très bien conclure qu’il n’y a pas eu consentement. Nous devons donc nous montrer prudents, car notre rôle est plutôt celui d’observateurs



observers. We are not there to steer people. We have to give them the facts but we do not discourage. I would say we lean more toward encouraging.

**The Chair:** Yes, and perhaps dispel, as you alluded to earlier, some myths or inaccurate perceptions that they may have and that might result in it going forward.

**Ms. Kaplan:** Providing consent means give education about things. If they do not know anything about the court process, it is our job to ensure that. Whether it is done by us or we can get the police to come in, they will come and explain it so that an informed decision can be made. We need to help them arrive at that.

**Senator Meredith:** Do you have printed documentation that you provide to these clients as they come in about the rights within the court system and how they are protected?

**Ms. Kaplan:** We do not provide that. If they decide to go through that, they will be hooked up with the police and the Victim Witness Assistance Program. It is their mandate to provide that information. We are not legal experts. We do not want to go too far into that field. However, if we can get that for them, we will make sure they go to the right agency that does that.

**Senator Meredith:** Thank you.

**Senator Angus:** Good afternoon, and thank you very much for coming here. First, you are not a lawyer.

**Ms. Kaplan:** No!

**Senator Angus:** Oh, God no! What a relief.

You have a master's in social work. What is RSW?

**Ms. Kaplan:** It is my college registration that I am required to put on there legally. It means Registered Social Worker.

**Senator Angus:** You are a professional social worker, then.

**Ms. Kaplan:** That is correct.

**Senator Angus:** This program is at the Cornwall community hospital and it is associated with many other programs. It is not just a sexual abuse hospital.

**Ms. Kaplan:** No. You actually have a similar program in Ottawa. We are part of a provincial initiative. There are 35 programs in Ontario. We are the only province in Canada to have such a great system, just so you know.

objectifs. Nous ne sommes pas là pour persuader. Notre rôle consiste à expliquer ce qu'il en est, mais nous ne sommes pas là non plus pour les dissuader. Je peux dire que nous avons plutôt tendance à les encourager.

**Le président :** Oui, et peut-être à dissiper, comme vous le disiez plus tôt, certains mythes ou certaines impressions inexactes qu'elles peuvent avoir, cela ayant en soi pour effet de les encourager à porter plainte.

**Mme Kaplan :** Pour consentir, il faut savoir. Une partie de mon travail consiste à les informer de la manière dont fonctionnent les tribunaux. Parfois, c'est nous qui leur expliquons, et parfois nous demandons à la police de venir expliquer cela à nos clients, afin qu'ils puissent décider en connaissance de cause. Nous les aidons à y parvenir.

**Le sénateur Meredith :** Avez-vous amené un exemplaire de la documentation que vous remettez à vos clients pour les informer de leurs droits, face à la justice, et sur les moyens de protection prévus à leur égard?

**Mme Kaplan :** Ce n'est pas comme cela que nous procédons. S'ils décident effectivement de porter plainte, nous les mettons en contact avec la police et avec le Programme d'aide aux victimes et aux témoins, à qui il appartient de fournir ce genre de renseignements. Nous ne sommes pas spécialistes des questions juridiques. Nous ne voulons donc pas trop nous avancer. Cela dit, si un client a besoin d'être renseigné, nous le mettons en contact avec les organismes compétents.

**Le sénateur Meredith :** Je vous remercie.

**Le sénateur Angus :** Bonjour. Je vous remercie de votre présence parmi nous. Vous n'êtes ainsi pas avocat.

**Mme Kaplan :** Non!

**Le sénateur Angus :** Quelle chance!

Vous avez une maîtrise en travail social. Je vois que notre nom est suivi des initiales RSW? Qu'entend-on par cela?

**Mme Kaplan :** Cela correspond à mon affiliation professionnelle. Je suis tenue par la loi d'en faire état. Cela correspond à l'appellation Registered Social Worker, c'est-à-dire, travailleur social autorisé.

**Le sénateur Angus :** Vous exercez donc la profession de travailleuse sociale.

**Mme Kaplan :** C'est exact.

**Le sénateur Angus :** Votre programme est rattaché à l'hôpital communautaire de Cornwall et relié à de nombreux autres programmes. Ce n'est pas un hôpital spécialisé dans les cas d'abus sexuel.

**Mme Kaplan :** Non. Il existe, à Ottawa, un programme analogue. Tout cela fait partie d'une initiative de la province. Il existe, en Ontario, 35 de ces programmes. Nous sommes, comme vous le savez, la seule province au Canada à avoir mis en place un système aussi complet.

**Senator Angus:** Some of us are from the underdeveloped provinces, but we are working hard. We learn at this committee.

**Ms. Kaplan:** We would be glad to help you out.

**Senator Angus:** The chair is from a particularly backward province, as he has acknowledged several times; Professor Baker as well.

You said several times that Bill C-46 is — and I think you used the words — “a really good law.” We are here reviewing it. It is a 10-year review to ensure that it should not be changed or upgraded.

Do you have any changes to recommend? I will get to the issue of the judge and the legal control of the document, but is there any other element of the bill that you want to comment on or are you comfortable that it be left the way it is?

**Ms. Kaplan:** Not being a lawyer, I am afraid to speak about anything legal because I will get trapped into something that I do not know anything about. I think what is important is to ensure it is carefully controlled. My experience with it has been very good, as long as everyone involved understands the importance of their role. What might seem to be important to a case is still evidence is someone’s life. If this comes with some kind of training or education to judges, or something, that is what I would recommend — high sensitivity.

**Senator Angus:** I have always considered myself a bit of a wordsmith, to be honest. Is the word “sequelae” at the bottom last line of paragraph 2, is that like segue or lead in?

**Ms. Kaplan:** I was trying to impress you with my knowledge.

**Senator Angus:** It is very impressive. Is it Latin?

**Ms. Kaplan:** It refers to the symptoms that come after being sexually assaulted.

**Senator Angus:** It is a medical term, then. It is symptoms of a medical condition, which is what I thought.

**Ms. Kaplan:** Yes. It is from the word “sequel,” to follow.

**Senator Angus:** As regards your caveat about not being a lawyer, we had a professor of criminal law who someone else mentioned, Professor Stuart, who has a lot of experience in criminal law, from Queen’s University, I believe, the other day on video. Did you by any chance see the transcript?

**Le sénateur Angus :** Certains d’entre nous proviennent de provinces moins développées, mais nous redoublons d’efforts. Nous pouvons tirer, des travaux du comité, un certain nombre d’enseignements.

**Mme Kaplan :** Nous serions heureux de vous donner un coup de main.

**Le sénateur Angus :** Le président provient d’une province particulièrement arriérée, comme il lui arrive parfois de l’admettre. Cela est vrai également du professeur Baker.

Vous avez dit plusieurs fois du projet de loi C-46 que c’est vraiment un texte qui se tient. Eh bien, il nous est demandé de l’examiner. Il s’agit de l’examen auquel il doit être soumis 10 ans après son adoption, afin de voir s’il ne conviendrait pas de le modifier ou de le mettre à jour.

Avez-vous des changements à recommander? J’aimerais après cela revenir à la question du juge et du contrôle exercé, du point de vue juridique, sur le dossier, mais y a-t-il un autre aspect du projet de loi que vous souhaiteriez évoquer, ou bien le texte vous paraît-il satisfaisant sous sa forme actuelle?

**Mme Kaplan :** N’étant pas juriste, j’hésite à me prononcer sur les aspects juridiques de la question, car je ne voudrais pas excéder mes compétences. Ce qui est important, me semble-t-il, c’est qu’un contrôle effectif soit exercé. Je n’ai, jusqu’ici, qu’à me louer de ce texte, car les intervenants semblent tous être conscients de l’importance de leur rôle. Ainsi, les éléments qui peuvent sembler importants dans l’optique de l’affaire à juger peuvent, d’un autre point de vue, constituer des renseignements hautement personnels. S’il était possible d’assurer aux juges une formation complémentaire sur ce point, c’est ce que je recommanderais afin que chacun soit conscient qu’il s’agit d’une question très délicate.

**Le sénateur Angus :** Je dois dire que je me suis toujours considéré comme un bon connaisseur de la langue, et je relève, à la dernière ligne du paragraphe 2 du texte de votre exposé, l’emploi d’une variante savante du mot « séquelles ».

**Mme Kaplan :** Oui, c’était fait pour vous impressionner.

**Le sénateur Angus :** C’est impressionnant en effet, est-ce du latin?

**Mme Kaplan :** Ce mot désigne les symptômes qui persistent après une agression sexuelle.

**Le sénateur Angus :** C’est donc un terme de médecine désignant les symptômes d’un certain état pathologique. C’est bien ce que je pensais.

**Mme Kaplan :** Oui. C’est de là que provient le mot « séquelle ».

**Le sénateur Angus :** Vous nous avez prévenus que vous n’êtes pas juriste. L’autre jour, nous nous sommes entretenus par vidéoconférence, avec un professeur de droit pénal dont quelqu’un a rappelé le nom tout à l’heure, le professeur Stuart, de l’Université Queen’s, un pénaliste distingué. Avez-vous eu l’occasion de lire le compte rendu de son intervention?

There are a lot of nuances in some of the Supreme Court decisions, for example, the *O'Connor* case and these different cases. Am I to understand that you do not get involved in reading those cases and looking at the distinctions that are drawn?

**Ms. Kaplan:** I would read them but whether I would understand them —

**Senator Angus:** They are very hard to understand. That is why we have Senator Baker here. He is the interpreter.

Professor Stuart was very clear. I must admit that I am not 100 per cent clear if it involves a change of the law. He told us that, in his view, the only thing that should be done with these personal records of the complainant should be that a judge alone, privately, should have access. It should be sealed. He should have access and review them and decide whether or not they would be relevant as evidence in the case. He would decide to what extent they would be revealed. He said that usually about 99 per cent of the cases they are not, which is all the more reason not to have a general disclosure. Are you comfortable with that?

**Ms. Kaplan:** Absolutely.

**Senator Angus:** Your words were that they would only be released “under very specific circumstances,” et cetera, “legal and tightly controlled.”

**Ms. Kaplan:** I would be comfortable. Again, I would reiterate that the person who is doing the reading must also understand what they are reading in the sense that, if I am reading something from another profession, I would not understand the full extent of what some of these things mean. What does it mean to have post-traumatic stress disorder? What does it mean to be disassociated? Some of these terms can help a judge understand what it means and it is really important that it does not get used in a way that is not helpful to the case and not helpful to the individual.

**Senator Angus:** I am very involved in hospitals myself. You referred to these unfortunate victims or complainants as your clients. They come to your hospital as a patient, basically. They are patients, so there is a professional relationship established right away in terms of what they tell you and what you advise them, and so forth.

**Senator Joyal:** Thank you for your contribution and your reflection.

Could you give us the profile of the usual person that would come to your service and request assistance? Are they mainly women? If so, what age? What kind of social background would they normally have?

**Ms. Kaplan:** We see victims of sexual assault and intimate partner violence, all ages, male and female. The vast majority of sexual assault cases are females where the perpetrator is a male

Certains des arrêts de la Cour suprême sont très nuancés et c'est le cas, notamment de l'arrêt *O'Connor* et de divers autres. Est-ce à dire que vous ne vous attachez pas à lire ces arrêts, et à prendre connaissance des distinctions qu'ils opèrent?

**Mme Kaplan :** Je les lirais bien, mais je ne suis pas certaine de comprendre...

**Le sénateur Angus :** Ils ne sont effectivement pas faciles à comprendre. C'est d'ailleurs pour cela que nous avons le sénateur Baker, qui nous sert d'interprète en la matière.

Le professeur Stuart s'est prononcé très clairement sur la question. Je reconnais ne pas être absolument certain si cela exigerait une modification de la loi. Selon lui, la seule chose qu'il convient d'ajouter en ce qui concerne les dossiers personnels du plaignant c'est que seul le juge devrait pouvoir en prendre connaissance. Les dossiers devraient être mis sous scellé. Le juge y aurait accès, en prendrait connaissance et déciderait s'ils sont ou non pertinents en l'espèce. Il lui appartiendrait de décider dans quelle mesure ils peuvent être communiqués. Selon lui, dans environ 99 p. 100 des cas le dossier n'est pas communiqué, et c'est une raison de plus pour ne pas soumettre leur communication à une interdiction absolue. Cette solution vous convient-elle?

**Mme Kaplan :** Tout à fait.

**Le sénateur Angus :** Vous disiez, tout à l'heure, que de tels dossiers ne devraient être communiqués que dans les conditions très précises, et « sous le contrôle étroit des tribunaux ».

**Mme Kaplan :** Je n'ai rien à redire à cela. Je rappelle cependant que celui qui va lire le dossier doit être à même de le comprendre. Je dis cela, car lorsque je lis un document émanant d'une autre profession, il se peut que je ne comprenne pas tout. Qu'entend-on par troubles de stress post-traumatique? Qu'entend-on par troubles dissociatifs? Certains de ces termes peuvent permettre au juge de mieux comprendre ce qui est en cause et il est important de ne pas les employer d'une manière qui n'est utile, ni aux fins du procès, ni pour l'individu concerné.

**Le sénateur Angus :** Je connais assez bien le milieu hospitalier. Vous nous avez parlé des personnes victimes d'agressions, les appelant vos clients. En fait, ce sont vos patients et il s'établit donc immédiatement entre vous et eux, une relation professionnelle dans le cadre de laquelle ils vont se confier à vous et vous allez en retour les conseiller.

**Le sénateur Joyal :** Je vous remercie de votre apport à nos délibérations.

Pourriez-vous ébaucher le portrait du genre de personne qui se présente dans votre service pour obtenir votre aide? S'agit-il surtout de femmes? Si oui, quel est leur âge en moyenne? À quel milieu social appartiennent-elles généralement?

**Mme Kaplan :** S'adressent à nous des personnes victimes d'agressions sexuelles et de violences disons conjugales, leur âge variant énormément. Il y a des femmes, mais aussi des hommes.

and is someone known to them. The assault happened in either their house or in the perpetrator's house. In many cases, alcohol and drugs are related.

What was the second part of your question?

**Senator Joyal:** It was on the social background.

**Ms. Kaplan:** It varies. I do not want to say they are all poor or uneducated. As I said before, who you see at the hospital is not always representative of the pool of victims at large because people with connections and money may actually not use our program. Maybe they go somewhere and use something privately.

For the age group that we see for victims of sexual assault, the average age would fall between 25 and 40, although we are seeing a lot of young victims as well. We are seeing more young victims in the dating violence group, unfortunately.

As I said, a little over 50 per cent contact police. Probably around that same number agree to have forensic evidence collected.

**Senator Joyal:** A person comes to you and you explain to the person that there is an advantage to go to the police. You explain the cases and tell them that they will be treated fairly, and so on. Would you explain to them that the record that you develop with them could be made accessible to the police?

**Ms. Kaplan:** We have to do that and provide them with all the limits to confidentiality both from the medical record — because we have a medical record — and from the therapy record, if they see the social worker. We have to explain to them that this visit is confidential, with certain exceptions. For example, if they made a threat to harm themselves, or others, we would have to break confidentiality. In the case of a serial rapist, whether they have agreed to contact police or not, the police have a right to subpoena and look at all our files. There are certain situations where we have to break it. We explain to them that if you proceed with criminal proceedings — and the social worker will explain this part — the therapy record could be disclosed. However, it follows a very careful process. We explain all that to them.

**Senator Joyal:** Would you have some people who realize that the information they are giving to you could be made accessible to the police or to the judicial system and they say, “No, I do not want to go further because I expected the privacy and the confidentiality that normally surrounds the relationship around treatment and the person who seeks the treatment?”

**Ms. Kaplan:** We have had that very rarely in the medical program, where someone came and the nurse explained the limits to confidentiality and said, “You are over 16. We will not be

Cela dit, la vaste majorité de victimes d'une agression sexuelle sont effectivement des femmes, l'auteur de l'agression étant un homme qu'elles connaissaient. L'agression se produit soit chez la femme, soit chez l'auteur de l'agression. Il est fréquent, en outre, que de la drogue et de l'alcool soient en cause.

Quelle était la seconde partie de votre question?

**Le sénateur Joyal :** Elle portait sur le milieu social.

**Mme Kaplan :** Cela dépend. Je ne voudrais pas dire qu'il s'agit essentiellement de personnes pauvres et sans instruction. Je rappelle que la clientèle en milieu hospitalier n'est pas toujours représentative de l'ensemble des victimes, car les personnes qui ont des relations et de l'argent peuvent ne pas souhaiter s'adresser à notre programme. D'autres solutions s'offrent à elles, en milieu privé notamment.

En ce qui concerne l'âge des victimes d'une agression sexuelle, je dirais que l'âge moyen se situe entre 25 et 40 ans, bien que nous ayons également affaire à de nombreuses jeunes victimes. Hélas, nous comptons un nombre croissant de jeunes victimes de violences perpétrées par leurs copains.

Ainsi que je le disais tout à l'heure, un peu plus de 50 p. 100 vont se plaindre à la police. La même proportion à peu près accepte de se soumettre à un examen médico-légal.

**Le sénateur Joyal :** Quelqu'un se présente donc à votre service et vous lui expliquez qu'elle aurait tout intérêt à porter plainte. Vous lui expliquez comment ça se passe en général, lui disant notamment qu'elle peut s'attendre à être traitée correctement. Allez-vous alors lui expliquer que le dossier que vous allez constituer pourrait être remis à la police?

**Mme Kaplan :** Nous sommes effectivement tenus de le faire, et d'indiquer les limites de la confidentialité se rattachant à la fois au dossier médical — car nous constituons un dossier médical — et au dossier thérapeutique, dans la mesure où le client consulte un travailleur social. Nous devons expliquer qu'à quelques exceptions près, sa visite demeurera confidentielle. Si une cliente menace cependant de se faire du mal, ou de faire du mal à quelqu'un d'autre, nous devons passer outre à la confidentialité. S'il s'agit d'un violeur en série, qu'il ait convenu ou non de contacter la police, celle-ci peut obtenir qu'on lui remette le dossier. Dans certains cas, il nous faut passer outre à l'obligation de confidentialité. Nous expliquons ainsi qu'en cas de poursuites pénales — et c'est le travailleur social qui explique cela — le dossier thérapeutique pourra, dans certains cas, être communiqué. Nous expliquons, cependant, que tout cela relève d'une procédure très stricte.

**Le sénateur Joyal :** Avez-vous parfois affaire à des gens qui, sachant que les renseignements qu'ils vont vous fournir pourraient être communiqués à la police ou à la justice, vous disent « Non, je n'irai pas plus loin, car j'entends que l'on respecte ma vie privée et la confidentialité qui marque en général la relation entre le patient et le thérapeute. »

**Mme Kaplan :** Il est très rare que cela se produise dans le cadre du programme médical, lorsqu'un patient se présente, que l'infirmière lui explique les limites entourant la confidentialité,

contacting the police. However, these are the situations.” We have had a few say, “I do not want to go further, then.” That is rare. I have been there since 1998 and I can count the number of those cases on one hand.

Where we see more of that is when someone goes into therapy. What you are revealing is much more intimate and personal. There are more details and a lot of issues are raised. In the medical field it is like, how old are you. It is less embarrassing.

**Senator Joyal:** Yes, it is objective information.

**Ms. Kaplan:** At the very first session, the therapist has to explain that right up front. For those people, they may have not involved the police at this point. It is at that moment where, I think, they will make that decision. They will go, “Okay.”

The ones who have involved the police already know all that so they are usually okay. It is more the ones who have not involved the police yet. Obviously, if they have not involved the police, they have already given it some thought. That is the subpopulation that might say, “If there is any chance that he sees what I am talking about, I am done.” Again, it is actually quite rare.

**Senator Joyal:** Would a person understand that to go to the police is part of the cure?

**Ms. Kaplan:** Some people do. We try to explain that to people and we try to look at every possible scenario. It can be extremely therapeutic, as long as you understand that your version of justice and what may happen may be different and that you cannot hinge your mental health and well being on the outcome of court. Often whatever they expect is not what will happen in court. We have to help them understand that. It can be extremely therapeutic to go and have your say. Even if you lose, it can still be a very good experience for them.

**Senator Joyal:** Did you ever have a person who went to the police and had a traumatic experience with the judicial system and came back to you for assistance?

**Ms. Kaplan:** Yes, unfortunately. I can tell you about a specific experience. It was a young woman who had been assaulted. It was one of those tight cases where you were positive. It is where the perpetrator said, “I wasn’t anywhere near her,” and our nurse found his DNA inside her. He then changed his story. It was quite an interesting case.

et lui dit : « Vous avez plus de 16 ans. Nous n’allons pas signaler cela à la police, mais voilà, un peu, les conditions. » Il y en a quelques-uns, il est vrai, qui disent : « Eh bien, non, dans ces conditions-là, je n’irai pas plus loin. » Mais c’est rare. J’y suis depuis 1998, et les doigts d’une main me suffisent à compter le nombre de cas où cela s’est produit.

Là où c’est plus fréquent, c’est dans le cadre du programme thérapeutique. Là, en effet, les renseignements qui sont fournis ont un caractère plus intime et personnel. Les choses sont révélées avec davantage de détails, et de nombreux problèmes peuvent être évoqués. En matière médicale, on demande aux gens leur âge, et cetera, des questions moins embarrassantes.

**Le sénateur Joyal :** Oui, il s’agit de renseignements essentiellement objectifs.

**Mme Kaplan :** Dès la première session, le thérapeute doit expliquer cela clairement. Il arrive qu’à ce stade la police ne soit pas encore intervenue. C’est à ce point-là que les gens vont généralement se décider. C’est alors qu’ils vont dire : « Bon, allons-y. »

Les gens qui ont déjà été en contact avec la police savent tout cela et ça ne pose généralement aucun problème. La question se pose surtout pour les personnes qui n’ont pas encore pris contact avec la police. Il est clair que si c’est le cas, elles y ont quand même déjà réfléchi. Il s’agit du sous-groupe qui peut se dire : « S’il y a le moindre risque qu’il sache de quoi je m’entretiens, je suis faite. » Encore une fois, cela n’arrive que rarement.

**Le sénateur Joyal :** Les gens comprennent-ils que le fait de contacter la police peut être un facteur de guérison?

**Mme Kaplan :** Certains le savent. Nous essayons de leur expliquer cela, et d’envisager les divers scénarios. Le dépôt d’une plainte peut effectivement avoir un effet thérapeutique dans la mesure où l’on comprend bien que ce qu’on attend de la justice, ne correspond pas nécessairement à ce qui va arriver, et qu’on ne doit pas faire dépendre son état de santé mentale de la décision d’un tribunal. Il est fréquent, en effet, que cette décision ne soit pas celle qu’on espérait obtenir. Nous devons les aider à comprendre que cela peut arriver. Le fait d’aller s’expliquer en justice peut effectivement avoir un effet thérapeutique, et cela peut valoir le coup même si l’on n’obtient pas gain de cause.

**Le sénateur Joyal :** N’avez-vous jamais eu affaire à quelqu’un qui avait porté plainte devant la police, qui a très mal vécu son passage devant la justice et qui est ensuite revenu vous voir pour obtenir votre aide?

**Mme Kaplan :** Oui, malheureusement. Je peux vous citer un exemple très précis. Il s’agit d’une jeune femme qui avait effectivement été agressée. Une affaire où cela ne faisait aucun doute. L’auteur présumé disait ne pas l’avoir approchée, alors que notre infirmière avait prélevé, à l’intérieur du corps de la plaignante, de l’ADN de l’auteur de l’agression. Il a dû revenir sur ses déclarations. C’était une affaire plutôt intéressante.

Unfortunately, he was let go. There was not enough evidence to support that there was an assault. When that young lady came back to see me, she was worse than after the initial assault. It was a terrible situation.

**Senator Joyal:** In other words, when the accused is not found guilty, that could have a very negative impact on the victim.

**Ms. Kaplan:** I would say it pretty much always will, although many judges are sensitive to say, "I am not saying I do not believe what you are saying. I am saying there is not enough evidence to support the charge." We try to support people to understand that.

It is hard because when the judge says that, what you hear is you do not believe me; you do not think this happened. That is very detrimental to someone where, for sure, it did happen.

**Senator Joyal:** Of course. Thank you.

**The Chair:** I have a supplementary question to one of Senator Joyal's points. What is included in these therapeutic records? The information that you and others would work with you record obviously could be critically important in determining what happens at trial if it ends up there.

For those of you that record this information, are there certain dos and don'ts and a format followed? Is training given so that it is objective rather than subjective information? Maybe you might explain how you determine what is appropriate to go into these records.

**Ms. Kaplan:** First, a therapy record differs from a medical record. I think the therapy records are honestly less useful in court. It does not follow a sequential investigative-type thing. The person may never talk about the details of the assault because that is not necessary. You do not have to tell me everything that happened, but you do when you come to the emergency department to see the forensic nurse because we are collecting evidence. That record is much more important. That is the one that gets released more often, but that is released, with permission from the victim.

That is a better record because it really tells you something. The clinical record is very qualitative in that it tells how the person is feeling and about how the person was affected by assault. In our province we have a provincial standardized assessment form that goes through basic demographic information, as well as the types of symptoms experienced by the person and whether there is a history of further abuse, because that is important. They are all clinical questions.

Il n'y a, hélas pas eu de sanction. Les preuves ne suffisaient malheureusement pas à établir qu'il y avait effectivement eu agression. Lorsque cette jeune femme est revenue nous voir, elle était dans un état plus mauvais qu'immédiatement après son agression. C'était une situation infiniment regrettable.

**Le sénateur Joyal :** Autrement dit, le fait que l'accusé échappe à la condamnation risque d'avoir sur la victime des conséquences néfastes.

**Mme Kaplan :** Je dirais que c'est toujours le cas, même si bon nombre de juges ont la délicatesse de préciser : « Je ne dis aucunement que je ne vous crois pas. Je dis simplement que les preuves produites ne suffisent pas à fonder l'accusation. » Nous devons alors essayer de leur faire comprendre cela.

Il est, pour la plaignante, très pénible d'entendre un juge dire cela, car elle a l'impression qu'on ne la croit pas et qu'on pense qu'il n'y a en fait pas eu d'agression. C'est très douloureux pour elle lorsqu'il est clair qu'elle a effectivement été agressée.

**Le sénateur Joyal :** Bien sûr. Je vous remercie.

**Le président :** Une question qui fait suite à quelque chose que vous a demandé le sénateur Joyal. Que trouve-t-on dans un dossier thérapeutique? Il est clair que les renseignements consignés par vous et vos collègues peuvent revêtir une importance essentielle s'il y a procès.

La consignation de ce genre de renseignements est-elle soumise à certaines règles et à un certain format? Suit-on une formation pour apprendre à s'en tenir à des renseignements objectifs et à éviter les appréciations subjectives? Pourriez-vous nous expliquer un peu comment vous décidez de ce qu'il convient d'inscrire dans ce dossier?

**Mme Kaplan :** Il faut d'abord distinguer entre dossier thérapeutique et dossier médical. J'estime, franchement, que les dossiers thérapeutiques ont moins d'utilité pour un tribunal. Ils n'ont pas ce caractère systématique propre aux rapports d'enquête. Il se peut en effet que le plaignant n'évoque jamais les détails de l'agression, car cela peut ne pas être nécessaire. L'intéressé n'a pas à se faire un récit détaillé de ce qui s'est passé, ce qu'il lui faut faire lorsqu'il se présente au département des urgences, car, là, l'infirmière médico-légale est notamment chargée de recueillir des preuves. Ce dossier-là et donc beaucoup plus important. C'est, le plus souvent, celui qui est communiqué, mais il faut, là encore, l'autorisation de la victime.

Il est plus utile, car il contient de nombreux détails. Le rapport clinique, lui, a un caractère davantage qualitatif, faisant état de ce que ressent l'intéressée, les traces que lui a laissées l'agression. Nous employons, ici en Ontario, une formule d'évaluation normalisée à l'échelon de la province. On y inscrit d'abord les données démographiques habituelles, puis le genre de symptômes ressentis par la personne, indiquant, le cas échéant, d'autres antécédents de violence, car il est important d'être renseigné sur ce point. Comme vous le voyez, il s'agit de questions à caractère essentiellement clinique.

I do not know whether that is always a good thing to have. One of my police colleagues was talking about both sides of the coin. At times the information is very supportive because it can help at trial to understand that an assault happened along with the proof of how the person suffered because of the assault. Sometimes that can have an impact on sentencing.

**Senator Meredith:** On evidence collecting and the case you cited, you indicated that the victim lost the case. How was that evidence presented in the courts, given the fact that you had collected the evidence and the medical evidence was preserved?

**Ms. Kaplan:** We collect the evidence; we do not analyze it. The evidence is collected and follows the chain of custody. It goes to the police, who do their bit, and then they send it to the Centre of Forensic Sciences in Toronto. A toxicologist from Toronto testifies about the analysis and the findings, such as the perpetrator's DNA on the sample that came from a body part. That happened in that case; but I was not at the trial.

**Senator Meredith:** Was that not sufficient to get a conviction?

**Ms. Kaplan:** You would not believe the questions asked during that trial.

**Senator Meredith:** Were there consent issues?

**Ms. Kaplan:** Yes; and they asked whether certain specimens could travel from one orifice to another. I am sorry to say, but that is the truth of what we hear sometimes.

**Senator Joyal:** I would like to come back to the clinical information that you gather. How do you deal with a person who alleges that she has been a victim of an assault by a member of her family? When she returns to the same social environment, she must continue to face the perpetrator of the offence?

**Ms. Kaplan:** Do you mean a father and how they have to go back at Christmas time?

**Senator Joyal:** I mean an uncle, a friend of the family, a cousin or a close neighbour. You said that they are the usual "suspects." How do you deal with that clinically when the person is more or less forced to face the person who has been the author of the offence? How does one deal with that psychologically? What kind of support do you bring to such people?

**Ms. Kaplan:** We have a good example because we are a small town where a victim will face the perpetrator all the time unless she moves. A therapist does not prescribe or tell people what to do. If the example is an uncle against his niece and now it is Christmas time and she is faced with spending her Christmas

Je ne suis pas sûre que ce soit toujours une bonne chose de posséder de tels renseignements. Un de mes collègues policiers m'expliquait en effet le pour et le contre. Parfois, ces renseignements sont très utiles car, lors du procès, ils permettent de comprendre, non seulement qu'il y a effectivement eu agression, mais de comprendre aussi les souffrances que l'agression a causées à la victime. Parfois cela peut influencer la sentence.

**Le sénateur Meredith :** Parlant des preuves recueillies, vous nous avez dit tout à l'heure que, dans l'affaire que vous avez citée, la victime n'avait pas eu gain de cause. Comment, dans cette affaire, les indices ont-ils été présentés à la cour étant donné qu'on avait recueilli des preuves médicales?

**Mme Kaplan :** C'est effectivement nous qui recueillons les preuves, mais leur analyse nous échappe. Les éléments de preuve sont recueillis, mais le prélèvement n'est que le début de la chaîne de possession. Les indices sont d'abord transmis à la police, qui fait ce qu'elle a à faire, puis sont envoyés à Toronto, pour être analysés au Centre des sciences judiciaires. Un toxicologue de Toronto vient rendre compte de son analyse et de ses conclusions, indiquant, par exemple, que l'ADN de l'auteur présumé a été retrouvé dans un échantillon prélevé sur telle ou telle partie du corps de la victime. C'est ce qui est arrivé dans cette affaire, mais je n'ai pas assisté au procès.

**Le sénateur Meredith :** Mais cela n'a pas permis, en l'occurrence, d'obtenir une condamnation?

**Mme Kaplan :** Vous auriez peine à croire le genre de questions qui ont été posées au cours de ce procès.

**Le sénateur Meredith :** La question du consentement a-t-elle été soulevée?

**Mme Kaplan :** Oui, et on a même posé la question de savoir si certains prélèvements n'auraient pas pu migrer d'un orifice à un autre. C'est un sujet délicat, mais voilà le genre de question qui est parfois soulevée.

**Le sénateur Joyal :** Pourriez-vous nous dire, en ce qui concerne le genre de renseignements cliniques que vous recueillez, comment vous faites lorsque vous avez affaire à quelqu'un qui affirme avoir été agressé par un membre de sa famille? Ne va-t-elle pas, quand elle retrouve son milieu, se trouver à nouveau face à son agresseur?

**Mme Kaplan :** Si c'est son père, par exemple, et qu'il lui faut rentrer dans sa famille à Noël?

**Le sénateur Joyal :** Un oncle, un ami de la famille, un cousin, un voisin. Vous disiez que c'est généralement d'eux qu'il s'agit. Que pouvez-vous faire, sur le plan clinique, lorsque votre client est plus ou moins obligé de se retrouver en présence de son agresseur? Qu'est-ce que ça donne sur le plan psychologique? Quelle sorte de soutien êtes-vous en mesure d'offrir en pareil cas?

**Mme Kaplan :** La question se pose en effet, étant donné que notre ville est petite et que la victime, à moins de déménager, ne peut pas éviter de se retrouver face à son agresseur. Le thérapeute ne dit pas aux gens ce qu'il leur faudrait faire. Dans l'hypothèse où il s'agit d'un oncle et de sa nièce, que c'est Noël et qu'elle craint

celebration with her uncle, if I were the therapist I would ask her if she wants to go or if she has to go. Why should the person suffer a beautiful family situation because of the crime that happened?

However, it is always very counter-therapeutic to be in the presence of the perpetrator. Even if they are not hurting you, the environment is somewhat toxic because of the values added to behaviours that came before. It is a dangerous situation always for that person. However, if the person decides to go, which is their choice, and if there is nothing before the court, then we try to support them and give them ideas to try to get through it. If there is something before the court, that is a whole other problem. It happens more than we would like to see.

**Senator Baker:** I thank the witness, Ms. Sarah Kaplan, for the very excellent testimony she has given here today. It is very interesting and informative.

I have one question. When an application is made under this section of the Criminal Code, a copy of the application and subpoena for production of the records has to be sent to the third-party record holder. If the defence is asking for production of records, they must send to you, if you hold those records, a copy of the application and a subpoena for the production of those records.

In the case of the hospital, as you explained, I imagine that in the subpoena would be not only the therapeutic records but also all other records held by the hospital, including the emergency department. Is that what you see normally?

**Ms. Kaplan:** Sometimes. Often, when a case is going to court, the police are involved and the medical records are released voluntarily. The defence would then have access to them. Those records are already gone.

It is rare that the Crown wants therapy records. Sometimes they get consent from the victim for those records, but unless someone applies under Bill C-46, we prefer to produce a therapy report because it might be sufficient. It is a summary report and does not go into detail. If we get an application for third party records, it is simply that because they already have the other things.

**Senator Baker:** Would you include your notes made during that? Sometimes those notes are used at trial too.

**Ms. Kaplan:** When you refer to notes, are you talking about our clinical documentation?

**Senator Baker:** Yes, as well as the notes you take when you do an interview with someone.

d'avoir à passer les Fêtes en présence de son oncle, si c'était moi la thérapeute, je lui demanderais si elle souhaite se rendre dans sa famille à cette époque, ou si elle est obligée de le faire. Pourquoi, malgré les joies de la famille, s'exposer à une telle situation?

La présence de l'agresseur est toujours néfaste. Même s'il ne s'en prend pas à vous, sa simple présence empoisonne l'atmosphère en raison des souvenirs qui désormais entachent tout. Une telle situation est toujours dangereuse pour l'intéressée. À supposer, cependant, qu'elle décide d'y aller, car c'est à elle qu'il appartient de décider, et dans l'hypothèse où aucune procédure n'est engagée devant la cour, nous essayons tout de même de lui fournir quelques éléments de soutien, et des idées lui permettant de mieux traverser cette épreuve. Si, cependant, une procédure judiciaire est en cours, cela pose un tout autre problème. Or, cela ne se produit que trop souvent.

**Le sénateur Baker :** Je tiens à remercier notre témoin, Mme Sarah Kaplan, de son excellent témoignage. Tout cela est du plus grand intérêt.

J'aurais, cela dit, une question à lui poser. Lorsqu'une demande est présentée au titre de cet article du Code criminel, une copie de la demande et du subpoena ordonnant la production de documents doivent être signifiés au tiers ayant le dossier en sa possession ou sous son contrôle. Si la défense sollicite la production des documents, elle doit vous envoyer à vous, dans la mesure où vous avez ce dossier en votre possession, une copie de la demande et du subpoena ordonnant la production du dossier.

J'imagine que, ainsi que vous nous l'avez expliqué, dans le cas d'un hôpital, le subpoena ne visera pas seulement les dossiers thérapeutiques, mais l'ensemble des dossiers se trouvant à l'hôpital, y compris les dossiers du département des urgences. Est-ce bien comme cela que les choses se passeraient d'ordinaire?

**Mme Kaplan :** C'est parfois le cas. Souvent, lorsqu'un tribunal est saisi de l'affaire, la police intervient et les dossiers médicaux sont remis volontairement. La défense y aura alors accès. Les dossiers ont, en pareille hypothèse, déjà été communiqués.

Il est rare que le ministère public demande la production de dossiers thérapeutiques. Il obtient parfois le consentement de la victime, mais, à moins que quelqu'un présente une demande au titre du projet de loi C-46, nous préférons produire uniquement le rapport thérapeutique, car cela peut suffire. Il s'agit d'un rapport sommaire qui n'entre pas dans les détails. Si nous recevons une demande visant la production des dossiers détenus par les tiers, c'est parce qu'ils ont déjà les autres documents.

**Le sénateur Baker :** Ces dossiers comprendraient-ils les notes que vous prenez au cours des séances? Il arrive que ces notes soient citées à l'audience.

**Mme Kaplan :** Vous voulez dire nos documents cliniques?

**Le sénateur Baker :** Oui, ainsi que les notes que vous prenez lorsque vous interviewez quelqu'un.



**Ms. Kaplan:** There are not two separate records. There is only the clinical record. No one is allowed to take separate notes and keep them somewhere else; absolutely not.

**Senator Baker:** Is that a rule?

**Ms. Kaplan:** It is a rule. I remember one time when a nurse said to me, "Oh, yes, I write in my journal." I said back to her, "No, because everything is disclosable. You have one place: either the medical record or the therapy record. There can be no notes anywhere else."

**Senator Baker:** Interesting.

**Ms. Kaplan:** That is a policy in the hospital.

**Senator Joyal:** Is it part of the ethics of nurses not to have any notes in a personal diary, for instance, that relate to a patient?

**Ms. Kaplan:** I am pretty sure that would violate the College of Nurses under documentation. Certainly, in social work you absolutely cannot write such notes. This is a profession and not a personal relationship. There should be no notes anywhere else. Everything should be in one place.

**Senator Baker:** I asked the question because of a famous case of the Supreme Court of Canada: *R. v. Carosella*. The initial notes made by the group that the victim had visited were intentionally torn up. Of course, the case was thrown out because of that. I imagine that you have taken into account all such things and are very careful.

**Ms. Kaplan:** There are no notes and no destruction of notes; and we have laws around how many years we have to keep things. In my field, we just had this conversation. We have made a decision to keep them forever because cases come many years later.

**Senator Baker:** Again, thank you for your testimony today.

**Ms. Kaplan:** You are welcome. Thank you for not asking difficult questions yet. I should not have said that.

**The Chair:** That was not what we wanted to hear.

**Ms. Kaplan:** Oh, no.

**The Chair:** There will be a second round of questions now.

**Ms. Kaplan:** I should not have said that.

**Senator Joyal:** That was just a warm-up.

**Senator Chaput:** You said that there were 35 similar programs in Ontario. Are they similar to your program?

**Ms. Kaplan:** Yes.

**Mme Kaplan :** Il n'existe pas deux dossiers. Il n'y a que le dossier clinique. Personne n'est autorisé à prendre des notes consignées à part; cela est absolument interdit.

**Le sénateur Baker :** Existe-t-il une règle à cet effet?

**Mme Kaplan :** Oui. Je me souviens qu'une fois une infirmière m'a dit : « Oh, oui, je consigne cela dans mon journal ». Je lui ai répondu : « Non, car tout document peut devoir être communiqué. Il n'existe pour cela que deux endroits : le dossier médical et le dossier thérapeutique. Aucune note ne doit être consignée ailleurs ».

**Le sénateur Baker :** Intéressant.

**Mme Kaplan :** C'est la politique de l'hôpital.

**Le sénateur Joyal :** L'interdiction de consigner dans son journal personnel des notes concernant un patient fait-elle partie de la déontologie de la profession d'infirmier?

**Mme Kaplan :** Je suis assez sûre que ce serait contraire aux règles de l'Ordre des infirmières et infirmiers applicables à la documentation. Il est clair que les règles auxquelles sont soumis les travailleurs sociaux interdisent la prise de telles notes. Il s'agit, en effet, d'une relation professionnelle et non d'une relation personnelle. Toutes les notes qui ont été prises doivent être consignées au même endroit, et nulle part ailleurs.

**Le sénateur Baker :** J'ai posé la question en songeant au célèbre arrêt de la Cour suprême du Canada : *R. c. Carosella*. Les notes initialement prises par le groupe auquel la victime avait rendu visite avaient été délibérément déchirées. Le juge du procès avait ordonné l'arrêt des procédures. J'imagine que, sachant tout cela, vous faites preuve d'une grande prudence.

**Mme Kaplan :** Il n'y a ni notes ni destruction de notes; et il existe des lois qui fixent les délais de conservation. Avec mes collègues, nous en avons discuté et décidé de ne jamais nous en débarrasser, étant donné que ce genre d'affaires surgit parfois des années plus tard.

**Le sénateur Baker :** Encore une fois, je vous remercie de votre intervention devant le comité.

**Mme Kaplan :** Je vous remercie de m'en avoir donné l'occasion et vous remercie aussi de ne pas encore m'avoir posé de questions difficiles. Je n'aurais pas dû dire cela.

**Le président :** Ce n'est pas, en effet, ce que nous voulions entendre.

**Mme Kaplan :** En effet.

**Le président :** Nous allons maintenant passer à une deuxième série de questions.

**Mme Kaplan :** Je n'aurais pas dû dire cela.

**Le sénateur Joyal :** Ce n'était qu'un début.

**Le sénateur Chaput :** Vous disiez tout à l'heure qu'il existe, en Ontario, 35 programmes analogues. Sont-ils tous comme le vôtre?

**Mme Kaplan :** Oui.

**Senator Chaput:** I understand they are community programs. Are there provincial programs?

**Ms. Kaplan:** They are provincial but community-based in a hospital. The funding from the Ministry of Health and Long-Term Care flowed through the hospital. The programs are more or less exactly the same.

**Senator Chaput:** Do you have links with the other programs? For example, do you share training services and other services with the 34 programs?

**Ms. Kaplan:** Yes. In 1992, a network was established with a coordinator. For example, our forensic nurses are trained to be sexual assault nurse examiners in Toronto, which is provincial training. We have provincial meetings for the managers of these programs four times a year. Even though I am in small-town Cornwall, the lovely part is that if there is a change in the forensic application of practice, I will know at the same time as someone in Toronto; and because my hospital is smaller and there is less bureaucracy, I will have it done faster.

**Senator Chaput:** If you have good policies in your program, can we say that the policies are as good as the other 34 programs?

**Ms. Kaplan:** Ours, of course, is the best. I would say that the policies are all similar because we share with each other. If someone is developing a policy, they do not try to reinvent the wheel. We just copy from each other.

**Senator Chaput:** Do you keep statistics?

**Ms. Kaplan:** We have to report statistics to the hospital and to the ministry. We have almost completed provincial standards of care. Instead of saying that a program has to look a certain way, we provide the standards to ensure that everyone follows them. As examples of standards, a victim of sexual assault has the right to 24/7 access to an emergency service; and a victim of sexual assault has the right to have forensic evidence collected by someone with training and expertise. There is a set of standards that we all have to ensure we have in place.

**Senator Chaput:** In order to do even better work than you are doing now, what else would you need?

**Ms. Kaplan:** How many times do you hear the word “money?”

**Senator Chaput:** You need money to do what?

**Ms. Kaplan:** If someone said to me: How can you make your program better? I would answer that I would like to have someone on duty 24/7. Most of our programs are with an on call response by the nurses; and that is difficult. That means casual nurses and there is a big challenge with recruitment and retention.

**Le sénateur Chaput :** Je crois savoir qu’il s’agit de programmes communautaires. Existe-t-il des programmes provinciaux?

**Mme Kaplan :** Ces programmes sont provinciaux, mais sont axés sur la communauté et basés dans un hôpital. Le financement est assuré par le ministère de la Santé et des Soins de longue durée par l’intermédiaire de l’hôpital. Les programmes en question sont tous à peu près les mêmes.

**Le sénateur Chaput :** Entretenez-vous des liens avec les autres programmes? Mettez-vous, par exemple, en commun avec les 34 autres programmes, certains services, de formation ou autres?

**Mme Kaplan :** Oui. En 1992, un réseau a été mis en place sous l’égide d’un coordinateur. Nos infirmières médico-légales suivent ainsi à Toronto une formation les préparant à l’examen des victimes d’une agression sexuelle, programme de formation provincial. Quatre fois par an, les gérants de ces programmes se réunissent au niveau provincial. Bien que j’exerce à Cornwall, qui est une petite ville, j’ai, au même titre que les gens qui travaillent à Toronto, accès à tout ce qui, en matière de progrès des sciences judiciaires, pourrait être important au niveau de notre pratique. Notre hôpital étant plus petit et les paliers d’administration par conséquent moins nombreux, les changements indiqués peuvent être mis en œuvre plus rapidement.

**Le sénateur Chaput :** Les politiques régissant votre programme valent-elles celles des 34 autres programmes?

**Mme Kaplan :** Notre politique est naturellement la meilleure. Je dirais, en fait, qu’elles se ressemblent toutes, étant donné que nous procédons à des échanges. Lorsqu’on entreprend d’élaborer une politique, on ne cherche pas à réinventer la roue. On s’inspire de ce que font les autres.

**Le sénateur Chaput :** Établissez-vous des statistiques?

**Mme Kaplan :** Nous sommes tenus de transmettre, aussi bien à l’hôpital qu’au ministère, certaines statistiques. Nous mettons actuellement la dernière main à des normes provinciales en matière de soins. Ainsi, au lieu de définir les contours du programme, nous avons défini des normes que chacun est tenu de respecter. Je prends comme exemple le fait que toute victime d’une agression sexuelle doit avoir, 24 heures par jour et sept jours par semaine, accès à un service d’urgence, et que les preuves médico-légales doivent être recueillies par quelqu’un ayant la formation et les connaissances nécessaires. Il y a donc un ensemble de normes que chacun doit respecter.

**Le sénateur Chaput :** Que vous faudrait-il pour parvenir encore à de meilleurs résultats?

**Mme Kaplan :** Combien de fois entendez-vous répondre « davantage de moyens financiers? »

**Le sénateur Chaput :** En quoi cela vous serait-il utile?

**Mme Kaplan :** Si quelqu’un me demandait comment améliorer notre programme, je répondrais qu’il faudrait avoir quelqu’un de service 24 heures par jour, sept jours par semaine. La plupart de nos programmes fonctionnent en effet avec des infirmières en astreinte à domicile, ce qui soulève un certain nombre de

It takes a long time to get these people really competent at what they do. A lot of money is invested and then off they go, and you have to start all over. If I could have funding to ensure that I could offer part time or full-time positions 24/7 to have my program staffed, I would die a happy woman.

**Senator Chaput:** The record-keeping is not a problem where you work. Is it well in place?

**Ms. Kaplan:** Our programs across Ontario are very good. It is for everybody, not just what we do. Funding is always a challenge.

[Translation]

**Senator Boisvenu:** Do you understand French?

**Ms. Kaplan:** Yes, sir.

**Senator Boisvenu:** I believe you have a twofold duty: medical and legal, or judicial. Do you assist the victims in the judicial process?

**Ms. Kaplan:** No.

**Senator Boisvenu:** You do not prepare them for the judicial process?

**Ms. Kaplan:** No, it is not our mandate to prepare victims for court. We handle the medical process, we prepare the medical kit, we offer medical and therapeutic support, but as regards the legal process, we refer them. Normally, from the moment the victims notify police officers, the latter direct the victims. I do not know the name of the entity in French, but in English, it is the Victim Witness Assistance Program.

**Senator Boisvenu:** To assist them.

**Ms. Kaplan:** Yes. We do not assist or support them.

**Senator Boisvenu:** You only do the medical report?

**Ms. Kaplan:** Medical and psychosocial, psychological.

**Senator Boisvenu:** Do the victims ask you about the judicial process and the context in which they will be called upon to testify?

**Ms. Kaplan:** If we receive any questions or requests about the court process, since that is not our expertise, we direct them either to the police or to the Crown. We are not legal experts.

**Senator Boisvenu:** So you do not prepare these people psychologically to understand the difficulties they will encounter in the judicial system?

**Ms. Kaplan:** If, for example, a victim is anxious or something like that, yes, in that case, our social worker will intervene, but we have to be —

difficultés. Il s'agit, en général, d'infirmières occasionnelles qui sont à la fois difficiles à recruter et difficiles à garder. Il leur faut longtemps pour acquérir les compétences et connaissances nécessaires. Cela suppose un investissement assez lourd, et puis, finalement, elles partent et il faut tout recommencer. Je serais comblée si j'avais, financièrement, les moyens d'offrir des emplois, soit à temps plein, soit à temps partiel, qui permettraient d'assurer une permanence 24 heures sur 24 et sept jours par semaine.

**Le sénateur Chaput :** Aucune difficulté ne se pose, pour vous, au niveau de la tenue de dossiers? Tout cela est bien organisé?

**Mme Kaplan :** Les programmes que nous avons en Ontario sont vraiment efficaces. Cela s'applique d'ailleurs à tout le monde, pas seulement à nous. Cela dit, le financement est toujours un peu court.

[Français]

**Le sénateur Boisvenu :** Vous comprenez le français?

**Mme Kaplan :** Oui Monsieur.

**Le sénateur Boisvenu :** Je crois comprendre que vous avez une fonction double — médicale et juridique ou judiciaire. Accompagnez-vous les victimes dans le processus judiciaire?

**Mme Kaplan :** Non.

**Le sénateur Boisvenu :** Vous ne les préparez pas au processus judiciaire?

**Mme Kaplan :** Non, ce n'est pas dans notre mandat de préparer les victimes pour la cour. Nous nous occupons du processus médical, nous faisons la trousse médicale, nous offrons du support médical et thérapeutique, mais en ce qui concerne le processus légal, nous allons les référer. Normalement, dès que les victimes avisent les policiers, ce sont eux qui dirigent les victimes. Je ne connais pas le nom de l'entité en français, mais en anglais, c'est le Victim Witness Assistance Program.

**Le sénateur Boisvenu :** Pour les accompagner.

**Mme Kaplan :** Oui. Ce n'est pas nous qui faisons l'accompagnement.

**Le sénateur Boisvenu :** Vous faites seulement l'expertise médicale?

**Mme Kaplan :** Médicale et psychosociale psychologique.

**Le sénateur Boisvenu :** Les victimes vous interrogent-elles concernant le processus judiciaire et le contexte dans lequel elles seront placées pour témoigner?

**Mme Kaplan :** Si on reçoit des questions et des demandes concernant le processus à la cour, comme ce n'est pas notre expertise, on va diriger la personne soit vers la police ou la Couronne. On n'est pas des experts légaux.

**Le sénateur Boisvenu :** Donc, sur le plan psychologique, vous ne préparez pas ces gens à comprendre les difficultés qu'elles vont traverser dans le système judiciaire?

**Mme Kaplan :** Si, par exemple, une victime a des angoisses ou des choses comme cela, oui, dans ce cas, notre travailleuse sociale va intervenir, mais on doit être très...

[English]

**Ms. Kaplan:** We tread a very fine line.

[Translation]

**Senator Boisvenu:** You are cautious.

**Ms. Kaplan:** Because we have to be objective.

**Senator Boisvenu:** I understand.

**Ms. Kaplan:** We cannot prepare people for court because, in that case, we are taking sides.

**Senator Boisvenu:** I see.

[English]

**The Chair:** Colleagues, that concludes our questions to and the presentation from Ms. Kaplan. Ms. Kaplan, I sense there was great appreciation for the enthusiasm and knowledge that you brought to the table today. In particular, was the fact that you are not a lawyer so we understood what you said. That meant a lot to us. We have a lot of technical analyses of the bill and you certainly brought home the practical, front line implications for victims, which Bill C-46 is all about. Thank you so much. I would hope that this is not the last time we see you before this committee.

I remind colleagues, as I mentioned at the outset, that this concludes the evidence on Bill C-46. Next Wednesday we will consider our report, so we all have our homework to prepare for that.

(The committee adjourned.)

[Traduction]

**Mme Kaplan :** Nous devons nous montrer très prudents.

[Français]

**Le sénateur Boisvenu :** Vous êtes prudents.

**Mme Kaplan :** Parce qu'il faut être objectif.

**Le sénateur Boisvenu :** Je comprends.

**Mme Kaplan :** On ne peut pas préparer des personnes pour la cour, parce que, dans ce cas, on prend un certain côté.

**Le sénateur Boisvenu :** Je vois.

[Traduction]

**Le président :** Chers collègues, nous sommes arrivés au terme de nos questions touchant ce dont nous a fait part Mme Kaplan. Madame Kaplan, le comité a beaucoup apprécié les connaissances et l'enthousiasme dont vous avez fait preuve. Le fait que vous ne soyez pas avocat nous a facilité la compréhension de ce que vous nous avez dit. Tout cela nous a été de la plus grande utilité. On nous a exposé de nombreuses analyses techniques portant sur les dispositions du projet de loi. Mais vous nous avez expliqué les conséquences que ces dispositions peuvent entraîner sur le plan pratique, au niveau des victimes et c'est, justement, l'objet même du projet de loi C-46. Je tiens à vous remercier. J'espère que le comité aura à nouveau l'occasion de vous entendre.

Je tiens à vous rappeler, chers collègues, que, comme je l'ai dit en début de séance, nous sommes arrivés au terme des témoignages sur le projet de loi C-46. Mercredi prochain, nous allons nous pencher sur le rapport du comité, et nous devons donc nous préparer en conséquence.

(La séance est levée.)

---



APPEARING

**Wednesday, November 23, 2011**

The Honourable Peter MacKay, P.C., M.P., Minister of National Defence.

WITNESSES

**Wednesday, November 23, 2011**

*Office of the Judge Advocate General:*

Brigadier-General Blaise Cathcart, Judge Advocate General of the Canadian Forces;

Colonel Michael R. Gibson, Deputy Judge Advocate General, Military Justice.

**Thursday, November 24, 2011**

*University of Alberta:*

Lise Gotell, Associate Professor, Women's Studies (by videoconference).

*Cornwall Community Hospital Assault and Sexual Abuse Program:*

Sarah Kaplan, Manager.

COMPARAÎT

**Le mercredi 23 novembre 2011**

L'honorable Peter MacKay, C.P., député, ministre de la Défense nationale.

TÉMOINS

**Le mercredi 23 novembre 2011**

*Cabinet du Juge-avocat général :*

Brigadier-général Blaise Cathcart, juge-avocat général des Forces canadiennes;

Colonel Michael R. Gibson, avocat général adjoint, Justice militaire.

**Le jeudi 24 novembre 2011**

*Université de l'Alberta :*

Lise Gotell, professeure associée, Études des femmes (par vidéoconférence).

*Programme d'urgence pour victimes d'agression et de violence sexuelle de l'hôpital communautaire de Cornwall :*

Sarah Kaplan, gestionnaire.