



4th Floor, Courthouse
4903 - 49th Street
P.O. BOX 1320
YELLOWKNIFE NT X1A 2L9

Phone: (867) 920-6141
Fax: (867) 873-0234
E-mail: Sarah_Kay@gov.nt.ca

OUR FILE: 14-36-284

February 25, 2016

Sahtu Renewable Resources Board
P.O. Box 134
Tulita, NT X0E 0K0

Attention: Deborah Simmons, Executive Director

Dear Madam:

Re: Motion by Colville Lake

We are the solicitors for the Government of the Northwest Territories.

We thank you for the opportunity to provide submissions on the Motion raising the following issues:

- (i) Whether the Sahtu Renewable Resources Board (SRRB) is properly appointed;
- (ii) Whether the SRRB Board Members are in a conflict of interest;
- (iii) Whether the participation in the hearing by 3 Board Members gives rise to a reasonable apprehension of bias;
- (iv) Whether the Public Hearing scheduled to begin on March 1, 2016 should be adjourned?

Whether the SRRB is properly appointed:

The GNWT is satisfied that the SRRB is properly constituted. Section 13.8.3 of the Sahtu Dene Metis Comprehensive Land Claim Agreement (SDMLCA) sets out the composition of the Board and contemplates a 6 member Board plus a Chairperson. The SRRB is meant to be a representative board with three members being derived from governments and three members from the Sahtu. The Federal Governor in Council Appointments webpage confirms that Messrs. Barnaby, Kenny and Ms. Rabisca are appointed on behalf of the Sahtu. While Ms. Rabisca is appointed as an alternate, that



does not diminish her status as a Sahtu appointee. The Chairperson is also from the Sahtu. Finally, section 13.8.8 of the SDMLCA makes it clear that a vacancy in the membership of the Board does not impair the right of the remainder to act.

Section 13.8.12 sets out what is quorum for the Board. Quorum is "a majority of the members from time to time in office". Accordingly, a quorum for a proceeding can be reached with less than all members sitting on the matter.

Whether the Board Members are in a Conflict of Interest:

The GNWT submits that there is not a conflict of interest. The SDMLCA specifically creates a presumption that there is not a conflict of interest. Section 13.8.4 (a) states:

"Board members shall not be considered to have a conflict of interest by reason only of being public servants or employees of the organizations of the participants."

In addition to this presumption, SDMLCA creates a mandatory obligation for each Board Member to take an oath before entering upon his or her duties. That oath is set out in Schedule III and states:

"I do solemnly affirm (or swear) that I will faithfully, truly, impartially and honestly, and to the best of my judgment, skill and ability, execute and perform the duties required of me as a member of the Board."

Given that the SDMLCA creates a presumption that there is not a conflict of interest, then it must be demonstrated on actual evidence that Board Member has lost his or her ability to be impartial. The need to be impartial is different from being objective. The courts have described the obligation of impartiality as follows:

"...the wisdom required of a judge is to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies that fellow citizens are free to carry, untested, to the grave.

True impartiality does not require that the judge have no sympathies or opinions; it requires that the judge nevertheless be free to entertain and act upon different point of view with an open mind".¹

In this particular case, the SRRB is not limited in its decision making to "choosing" from or between the plans that have been put forward for consideration by Deline and the

¹ *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 SCR 484 at Para 119.

GNWT. Rather the SRRB is tasked with considering more broadly whether there is a need for harvest management for the Bluenose East caribou that travel through the area east of Great Bear Lake, including the Deline District. The need to consider the issue arises from caribou population surveys conducted by the GNWT in June 2015 which indicate that there has been a rapid decline in the Bluenose East caribou population.

A public hearing is the best forum for any party to bring forward information that they believe the SRRB should take into consideration in making a decision.

It is also notable that section 13.8.1 of the SDMLCA creates a mandatory obligation for the SRRB to act in the public interest. This means that Board Members must act in the interest of the public as a whole rather than the interest of the body who nominated them.

The Board has taken the additional step of publishing Conflict of Interest Guidelines. Those Guidelines reveal that the Board is aware of the need to maintain a fair and independent process for decision-making on wildlife and wildlife habitat matters in the unique context of a northern Aboriginal land claim area. The Guidelines are not inconsistent with the Board's operating procedures. The Guidelines build on concepts in the operating procedures and provide further specific direction on how or when a conflict is determined. The Guidelines also set specific expectations of Board Members and set criteria for evaluating a conflict of interest. All of those procedures are mechanisms which ensure that the SRRB can fulfill its primary function: to be the main instrument of wildlife management in the Sahtu and to act in the public interest.

Finally, the SRRB's operating procedures 2.3.2 specify that decisions of the Board made by due process and majority vote must be accepted by all Board Members. It must be noted that Board Members represent one vote in any decision. The GNWT like every other organization with Members gets one vote on any item. And, the decision of the Board is made by the whole of the Board.

With respect to Mr. Walker, the Applicants rely upon an email which they suggest demonstrates that he would not be able to consider the issues before the Board impartially. The SRRB should be extremely cautious in putting any weight on the email attached as Exhibit "A". The email taken alone does not provide enough of a context for the comments. Moreover, it specifically refers to a draft letter which was not attached to the motion. The email was also sent in error and recalled.² However, what is clear from the email is that Mr. Walker was acting in his capacity as Regional Superintendent and not as a Board Member. As Regional Superintendent, he also has a role with

² Email recalling the email is attached as Exhibit "A" to this submission.

respect to administration, enforcement and compliance under the *Wildlife Act* and Regulations thereunder.

It does not follow that by appearing to have expressed a rationale for an approach to a letter, that Mr. Walker automatically must be seen as no longer able to fulfill his mandated functions to consider the issues before the SRRB impartially and to act in the public interest.

Is there a reasonable apprehension of bias?

The GNWT submits that the facts alleged by the Applicant do not meet the legal threshold for a reasonable apprehension of bias.

The Supreme Court of the Northwest Territories considered the issue of bias in *McMeekin v. GNWT* 2010 NWTSC 56. In that case, Justice Vertes noted that there is a presumption that tribunal members will act impartially in the absence of evidence to the contrary. In that case, there were similar concerns with board members as have been raised on the within motion. The Court found that there was no bias and summarized the relevant considerations to the determination of the issue as follows:

An allegation of bias is a jurisdictional issue. In *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, the Supreme Court stated that one of the principles of natural justice is that a party appearing before an adjudicative tribunal should receive a hearing before a tribunal which is not only independent, but also appears to be independent.

A party, of course, need not establish actual bias. The requirement is that there be demonstrated a reasonable apprehension of bias. And the test for that is the one formulated in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369 (at p. 394 per deGrandpre J.): “the reasonable apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information”. In other words, “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically - and having thought the matter through - conclude”.

This test recognizes that the grounds for the apprehension must be substantial. There must be a probability or reasoned suspicion of biased appraisal and judgment, unintended though it may be.

This is to be determined on an objective, rational and informed basis. A mere suspicion of bias is not sufficient; there must be some factual basis to sustain the allegation. The party alleging bias has the onus of proving it on a balance of probabilities. And, it is important to reiterate that the test is not whether a party to the proceeding (such as the applicant) would apprehend bias but whether the reasonable and informed member of the public would apprehend it.

In this particular case, a reasonably informed member of the public would understand the unique role of the renewable resource board created pursuant to the SDMLCA agreement and would recognize the benefit to the wildlife co-management process as a whole, of having the views, leadership, experience and expertise of all of the mandated appointees. There is no evidence, as required by law, to sustain an argument that the experiences and interests of the impugned Board Members are interfering with their ability to act with an open mind and consider all of the evidence which come before them.

The Request to Adjourn the Hearing:

The Applicant suggests that the Board could adjourn the hearing. While that is certainly within the range of options open to the Board, it is submitted that an adjournment would be highly prejudicial to all parties.

The SRRB issued its notice of hearing on January 11, 2016. It confirmed that the Applicants were registered as parties on February 13, 2016. The hearing is scheduled to commence on March 1, 2016. The Applicants brought their motion on February 23, 2016 and which was served by the SRRB on February 24, 2016. The SRRB is scheduled to consider the motion on February 25, 2016. The GNWT submits that there is no evidence that the Motion could not have been brought much earlier and when there was still a reasonable opportunity to address the issue in a more fulsome way and allow the hearing to proceed without prejudicing any party. At this late date, an adjournment is highly prejudicial and should be rejected.

The SDMLCA creates a mandatory process which must be followed when harvest management is being considered for Sahtu beneficiaries. Once the SRRB completes its process, its decisions are forwarded to the Minister. The Minister is then required within 60 days to accept, vary, set aside or replace the decision.

A Photo Survey conducted by ENR in June 2015 identified that there has been a significant decline in the Bluenose East Herd. The 2016-2017 Harvest Season will commence in July, 2016. If the hearing is adjourned, it would not likely be possible to

re-convene a hearing in sufficient time that a decision could take effect for the 2016-2017 harvest season, thereby creating risk of further decline to the Bluenose East herd and consequent hardship to the Sahtu people and other users of this herd.

Relief Requested:

That the Applicant's motion be dismissed.

Yours truly,

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized loop followed by a horizontal stroke and a small upward flick.

Sarah A.E. Kay
Manager of Litigation & Legal Counsel
Legal Division

Sarah Kay

From: Ruth Delorme-Roy
Sent: Friday, September 18, 2015 10:22 AM
To: davidcodzi@gmail.com; chief@behziahda.com; ebamountaindene@theedge.ca; director@srrb.nt.ca
Cc: Jeff Walker; Marsha Branigan; Lynda Yonge
Subject: Please recycle, delete the 9:32 am E-mail message : Bluenose West Barren-Ground Caribou Tag Allocations - Attached - Supporting Documents

Importance: High

Expires: Wednesday, March 16, 2016 12:00 AM

Please recycle, delete the 9:32 am e-mail message. The 9:33 am e-mail is the intended and right one.

Thankd,

Ruth

From: Ruth Delorme-Roy
Sent: Friday, September 18, 2015 9:32 AM
To: 'davidcodzi@gmail.com'; 'chief@behziahda.com'; ebamountaindene@theedge.ca; director@srrb.nt.ca
Cc: Jeff Walker; Marsha Branigan; Lynda Yonge
Subject: Bluenose West Barren-Ground Caribou Tag Allocations - Attached - Supporting Documents

Dear Chief Kochon, Sirs and Madam:

Please find attached a letter from Mr. Ernie Campbell, Deputy Minister of Environment and Natural Resources regarding the above noted subject.

Thank you and have a good day.

Marsi / Mahsi / Merci Beaucoup

Ruth Roy
Administrative Assistant
Wildlife Division
Department of Environment & Natural Resources
Government of the NWT
P.O. Box 1320 | 500, 5102-50th Avenue
Yellowknife, NT | X1A 2L9
Tel: 1-867-920-8064 | Fax: 1-867-873-0293
www.enr.gov.nt.ca

Recipient

davidcodzi@gmail.com

chief@behziahda.com

ebamountaindene@theedge.ca

director@srrb.nt.ca

Jeff Walker

Marsha Branigan

Lynda Yonge

Delivery

Delivered: 9/18/2015 10:22 AM

Delivered: 9/18/2015 10:22 AM

Delivered: 9/18/2015 10:22 AM

Date: 2010 07 06

Docket: S-0001-CV-2010000104

IN THE SUPREME COURT OF THE NORTHWEST TERRITORIES

BETWEEN:

GREG MCMEEKIN

Applicant

- and -

GOVERNMENT OF THE NORTHWEST TERRITORIES
Department of Education, Culture and Employment

Respondent

The style of cause has been amended to reflect the accurate description of the Respondent.

Corrected judgment: A corrigendum was issued on July 7, 2010; the correction has been made to the text and the corrigendum is appended to this judgment.

MEMORANDUM OF JUDGMENT

[1] This is the second time that the applicant has asked this court to judicially review the decision of a statutory appeal committee terminating his eligibility for social assistance payments. For the reasons that follow, the application is dismissed.

Background Circumstances:

[2] The history of this matter was recounted in my reasons for judgment on the earlier judicial review application (cited as 2010 NWTSC 27).

[3] The applicant has a hearing disability. He has been in receipt of income assistance for many years. In June, 2009, a review of his file revealed that the applicant had not filed tax returns for the previous 6 years. A demand was made that he do so since the *Income Assistance Regulations*, made pursuant to the *Social Assistance Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. S-10, require recipients of assistance to provide information as to their finances. They further provide that assistance shall be terminated where the recipient refuses or neglects to utilize all financial resources that he or she may access. The point is that by filing tax returns a person becomes entitled to certain rebates such as the GST tax credit and the Northwest Territories cost of living tax credit.

[4] The applicant has consistently refused to comply with these demands. He asserts that the department has no right or authority to make such demands and that any inquiries into his tax status amounts to an invasion of his privacy.

[5] The applicant's income assistance was terminated in August, 2009. In October, 2009, the applicant appealed pursuant to the Act. His appeal was heard by what was called the "Administrative Review Group". The decision to terminate his assistance was upheld. The applicant appealed further to the Social Assistance Appeal Board in November. That Board also upheld the decision to terminate his eligibility for income assistance.

[6] The applicant then brought his first judicial review application. I ordered a rehearing of his appeal since I found that the "Administrative Review Group" was not a lawfully enacted body. I held that the regulation setting up that body was invalid. Therefore a new hearing must be held before a properly constituted social assistance appeal committee as required by the Act. The Minister then proceeded to appoint three members to the Hay River Social Assistance Appeal Committee: Michael Hansen (Chair), Angela Jones and Michelle Staszuk. Copies of their formal appointments, dated April 14, 2010, and signed by the Minister responsible for the Act, have been provided to me (since the applicant questioned their appointments).

[7] The Appeal Committee set May 12, 2010, as the date for the hearing. Notice was given to the applicant. The applicant did not appear. The Committee proceeded with the hearing and upheld the decision to terminate income assistance. Two days later the applicant wrote to the Committee asking that they hold another hearing and give him an opportunity to present his case. He acknowledged that his

non-attendance was due to his own mistake. When the Committee refused a rehearing, the applicant launched this application for judicial review.

Scope of Review:

[8] As I noted in my earlier reasons for judgment, the court's role on judicial review is limited. I recognize that since the applicant is self-represented he may not appreciate the distinction between an appeal on the merits of his case and a judicial review of the legality of the proceedings. Judicial review does not go into the merits unless there is a jurisdictional dimension to the alleged error. The question to be asked on a judicial review, as opposed to an appeal, is whether the tribunal in question exceeded its jurisdiction, lost its jurisdiction or failed to exercise its jurisdiction, or made an error of law.

[9] The limited role of the court in this case is emphasized by the appeal provisions found in the Act. Section 8(1) states that a recipient of income assistance may appeal any decision, first, to the local Appeal Committee and, second, to the Appeal Board. Subsection (5) states that the decision of the Appeal Board is "final". So there is no further right of appeal. The only recourse to the court is the limited one by way of judicial review. The applicant may not like it, or he may not understand it, but a court cannot go around the clearly expressed dictate of the legislature in this regard. There is no inherent right to an appeal on the merits, an appeal to the court, in the absence of statutory authority.

[10] I point this out once more because the applicant includes in this judicial review application claims for damages and costs that have no bearing on the jurisdictional questions that this court is limited to examining.

[11] I will address each of the applicant's claims as I understand them.

1. Apprehension of Bias:

[12] The applicant submitted that the members of the Appeal Committee are biased or, at least, there is a reasonable apprehension of bias. He bases this claim on the following assertions:

- (a) Mr. Hansen is a lawyer in private practice who does legal aid work and therefore receives payments from the Legal Services Board, a government entity.
- (b) Ms. Jones is employed by the Department of Social Services.
- (c) Ms. Staszuk is also a lawyer and has had past personal dealings with the applicant's files and, as well, her husband is employed by the Northwest Territories Power Corporation, another government entity.

[13] An allegation of bias is a jurisdictional issue. In *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, the Supreme Court stated that one of the principles of natural justice is that a party appearing before an adjudicative tribunal should receive a hearing before a tribunal which is not only independent, but also appears to be independent.

[14] A party, of course, need not establish actual bias. The requirement is that there be demonstrated a reasonable apprehension of bias. And the test for that is the one formulated in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369 (at p. 394 per deGrandpré J.): "the reasonable apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information". In other words, "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically - and having thought the matter through - conclude".

[15] This test recognizes that the grounds for the apprehension must be substantial. There must be a probability or reasoned suspicion of biased appraisal and judgment, unintended though it may be. This is to be determined on an objective, rational and informed basis. A mere suspicion of bias is not sufficient; there must be some factual basis to sustain the allegation. The party alleging bias has the onus of proving it on a balance of probabilities. And, it is important to reiterate that the test is not whether a party to the proceeding (such as the applicant) would apprehend bias but whether the reasonable and informed member of the public would apprehend it.

[16] In this case there is no evidence of either Mr. Hansen or Ms. Staszuk ever acting for or against the applicant on any matter. One of the other lawyers in Mr.

Hansen's firm acted for him on some real estate matters in 1996 and 1999 as well as a court matter in 2001. But there is no indication that these two lawyers were involved. Mr. Hansen also gave some advice to the applicant's father some five years ago. Given the time elapsed since these matters were handled, and the unrelated nature of these matters, I fail to see how any reasonable and informed observer would conclude that there was an appearance of bias.

[17] The fact that Mr. Hansen and Ms. Staszuk may take on legal aid cases, and be paid for that by the Legal Services Board, is immaterial. The Board is established as a corporation by legislation; it is administered by a board representing various interests; private lawyers accepting legal aid assignments do so as private contractors; and, the government has no power to direct how the lawyer carries out the assignment or how the lawyer is paid. Furthermore, Mr. Hansen and Ms. Staszuk, as lawyers, are bound by professional codes of conduct. I cannot see how an informed person, viewing the matter realistically, could conclude that there was a reasonable apprehension of bias in this regard.

[18] I also think it would be unreasonable for anyone to conclude that just because a person's spouse is employed by government, no matter how indirectly, that that should somehow influence that person in carrying out her or his responsibilities as a tribunal member. Something more than the mere fact of a marital relationship must be present as a disqualifying factor: see *Newfoundland v. Newfoundland Association of Public Employees*, [1999] N.J. No. 356 (S.C.).

[19] With respect to Ms. Jones, the allegation is simply ill-founded since the evidence is wrong. Ms. Jones is employed by the Natsejeekeh Treatment Centre on the Hay River Reserve. There is no government connection.

[20] There is no question that parties appearing before any administrative tribunal, such as this Appeal Committee, are entitled to decision-makers who will approach the issues before them free of any bias or interest. However, there is also a presumption that tribunal members will act impartially in the absence of evidence to the contrary: S. Blake, *Administrative Law in Canada* (3rd ed., 2001), at p. 106. Here there is no such evidence. I reject this aspect of the judicial review application.

2. Proceeding in the Applicant's Absence:

[21] The applicant acknowledged before me that it was clearly an error on his part that led him to miss the Appeal Committee hearing. He submitted, however, that he should have been given the chance for a re-hearing. To deny him that would be unfair.

[22] The *Income Assistance Regulations* provide, in s. 54, that “where an appellant or an Officer has been given notice of an appeal and he or she fails to appear, the proceedings shall continue in his or her absence”. The important thing to note is that this is phrased in the imperative: “the proceedings *shall* continue”. There is no discretion given to the Appeal Committee. And, there is no section in the Act or the Regulations providing for a re-hearing.

[23] The fact that a statute or a regulation provides for hearings in the absence of a party, if that party fails to appear, is not unusual. For example, many provincial and territorial summary conviction offence proceedings statutes have such provisions. Many of them, such as highway traffic violations, even carry the possibility of incarceration as a sentence after an *ex parte* hearing where the accused fails to appear. At least three provincial appellate courts have upheld the validity of such provisions: *R. v. Tarrant* (1984), 13 C.C.C. (3d) 219 (B.C.C.A.); *R. v. Rogers*, [1984] 6 W.W.R. 89 (Sask. C.A.); *R. v. Felipa* (1986), 55 O.R. (2d) 362 (C.A.). If such provisions are valid in a quasi-criminal context, they are certainly valid in a regulatory context.

[24] Even if there were a discretion to grant a re-hearing, the applicant has offered no evidence to suggest that the Committee should have considered other factors, or should not have considered the factors it did. In these circumstances the refusal to grant a re-hearing is not a jurisdictional error.

3. Committee Exceeding its Jurisdiction:

[25] The applicant claimed that the Appeal Committee exceeded its jurisdiction by engaging in discussion about his Canada Pension Plan disability claim and the question of his tax returns. He argued that the Committee and the department officials were trying to rule on something that they have no authority to deal with. I do not agree.

[26] The Appeal Committee's responsibility was to determine if the applicant's client officer was correct in terminating his eligibility for income assistance. I will quote from my previous decision (at paras. 15 & 16):

The Regulations set forth a scheme to determine eligibility for income assistance. The initial requirement is to be a "person in need". However, subsection 1.1(2) of the Regulations stipulates that an applicant is not a "person in need" where, among other things, the applicant "refuses or neglects to utilize all of the financial resources that he or she may access". The "financial resources" of an applicant include such things as tax credits and tax refunds (see s. 20(4) of the Regulations). And the Regulations are explicit in stating, in s. 7, that an officer "*shall* refuse assistance to any applicant whom the officer determines is not a person in need" (emphasis added).

The applicant kept referring in his submissions to the fact that the Director cannot force him to file his tax returns. That is true. Nothing in the Act or the Regulations authorize the Director to force anyone to do anything. But, if one wants to receive income assistance, there are eligibility requirements that one must meet. The question of whether income assistance should be a right is a different issue, one more political and social than legal.

[27] The fact that the Appeal Committee engaged in a discussion about other sources of income available to the applicant should come as no surprise. There is an obligation on those administering the income assistance program to ensure that only eligible recipients receive it. And this is the basic fact that the applicant seems to not understand. If he wants income assistance, there are eligibility requirements. He does not have to file his tax returns if he does not want to. But, he may have to if he wants income assistance.

4. Attempts to Mislead Appeal Committee:

[28] The applicant alleges that department officials attempted to mislead the Appeal Committee by referring to alleged information about the applicant's disabilities (other than his deafness) and how he acts when he is on and off medication. The applicant referred to these comments as defamatory and an abuse of power by these officials. He has launched a civil suit claiming damages. I make no comment on the validity of his allegations in that suit.

[29] I see nothing in the evidence that would warrant speculative comments by the client officer about the applicant's mental state or anything else that has nothing to

do with eligibility requirements. Be that as it may, however, this is not a jurisdictional or legal issue. I see no evidence that such comments affected the issue the Appeal Committee had to decide. Also, a claim for damages is beyond the scope of a judicial review application. His recourse is to follow through on the civil proceedings.

Other Considerations:

[30] There is a further aspect to this proceeding that must be considered.

[31] Respondent's counsel referred me to the principle of administrative law that an applicant should, generally speaking, exhaust available appeal remedies before proceeding to judicial review. In this case the applicant has filed an appeal before the Appeal Board. A date for hearing has not yet been set.

[32] There are numerous cases of the highest authority that have affirmed the proposition that, where a comprehensive statutory scheme of review exists, a proceeding by way of an application before a superior court should not be considered before recourse to the statutory scheme is exhausted: see, for example, *Harellkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (*supra*).

[33] The *Social Assistance Act* provides an appeal as of right to the Appeal Board. That right is unlimited. Section 8(3) of the Act stipulates that "any finding" of an Appeal Committee may be appealed to the Appeal Board. The applicant said that he has no faith in the Appeal Board. Yet, the *Income Assistance Regulations* expressly provide that no official of the respondent department is eligible for appointment as a member of the Appeal Board.

[34] It seems to me that it is before the Appeal Board that the applicant can have the broadest hearing touching on every aspect of this case. That is another reason to deny judicial review.

Conclusion:

[35] In my previous judgment I had made some comments suggesting the exercise of some discretion on the part of the department officials handling this file.

Whether they take that route is up to them. But it might be a better use of everybody's time and resources to look at an alternative way of handling this file. It is acknowledged that the applicant has no sources of income. He is obviously in need. And, but for his adamant refusal to file income tax returns, he would be eligible for assistance. Some other means to resolve this, other than constant litigation, should at least be considered.

[36] Having said that, it is nonetheless my conclusion that the Appeal Committee made no jurisdictional error and no error of law. The judicial review application is dismissed but, under the circumstances, without costs.

"J.Z. Vertes"

J.Z. Vertes

J.S.C.

Dated this 6th day of July, 2010.

The Applicant represented himself.

Counsel for the Respondent: William Rouse

Corrigendum of the Memorandum of Judgment
of
The Honourable Justice J.Z. Vertes

The date of filing on the first page should read:

Date: 2010 07 06

IN THE SUPREME COURT OF THE
NORTHWEST TERRITORIES

BETWEEN:

GREG MCMEEKIN

Applicant

- and -

GOVERNMENT OF THE NORTHWEST TERRITORIES

Department of Education, Culture and Employment

Respondent

The style of cause has been amended to reflect the accurate description of the Respondent.

Corrected judgment: A corrigendum was issued on July 7, 2010; the correction has been made to the text and the corrigendum is appended to this judgment.

MEMORANDUM OF JUDGMENT OF
THE HONOURABLE JUSTICE J.Z. VERTES

R.D.S. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Women's Legal Education and Action Fund, the National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada, the African Canadian Legal Clinic, the Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia and the Congress of Black Women of Canada *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. S. (R.D.)**

File No.: 25063.

1997: March 10; 1997: September 26.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Testimony of the only two witnesses (accused and police officer) at odds and that of accused accepted — Police officer white and accused a black youth — Oral reasons making reference to police and racism in general context — Youth Court Judge's comments not tied to officer appearing before the Court — Whether reasonable apprehension of bias.

A white police officer arrested a black 15-year-old who had allegedly interfered with the arrest of another youth. The accused was charged with unlawfully assaulting a police officer, unlawfully assaulting a police officer with the intention of preventing an arrest, and unlawfully resisting a police officer in the lawful execution of his duty. The police officer and the accused were the only witnesses and their accounts of the relevant events differed widely. The Youth Court Judge weighed the evidence and determined that the accused should be acquitted. While delivering her oral reasons,

R.D.S. *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible au Canada, l'African Canadian Legal Clinic, l'Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia et le Congrès des femmes noires du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: **R. c. S. (R.D.)**

N° du greffe: 25063.

1997: 10 mars; 1997: 26 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Les témoignages des deux seuls témoins (l'accusé et un policier) différent et celui de l'accusé est accepté — Le policier est de race blanche et l'accusé est un jeune Noir — Des motifs prononcés oralement font référence aux policiers et au racisme dans un contexte général — Les remarques du juge du tribunal pour adolescents ne visent pas le policier qui a comparu devant la Cour — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité?

Un policier de race blanche a arrêté un jeune Noir âgé de quinze ans à qui l'on reprochait d'avoir gêné l'arrestation d'un autre jeune. L'inculpé a été accusé d'avoir illégalement exercé des voies de fait contre un policier, d'avoir illégalement exercé des voies de fait contre un policier dans l'intention d'empêcher une arrestation et d'avoir illégalement résisté à un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions. Le policier et l'accusé étaient les deux seuls témoins et leurs versions des événements pertinents étaient largement différentes. Le juge du tribunal pour adolescents a apprécié les témoi-

the Judge remarked in response to a rhetorical question by the Crown, that police officers had been known to mislead the court in the past, that they had been known to overreact particularly with non-white groups, and that that would indicate a questionable state of mind. She also stated that her comments were not tied to the police officer testifying before the court. The Crown challenged these comments as raising a reasonable apprehension of bias. After the reasons had been given and after an appeal to the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division) had been filed by the Crown, the Judge issued supplementary reasons which outlined in greater detail her impressions of the credibility of both witnesses and the context in which her comments were made. The Crown's appeal was allowed and a new trial was ordered on the basis that the Judge's remarks gave rise to a reasonable apprehension of bias. This judgment was upheld by a majority of the Nova Scotia Court of Appeal. At issue here is whether the Judge's comments in her reasons gave rise to a reasonable apprehension of bias.

Held (Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Consideration of Supplementary Reasons*

Per curiam: The supplementary reasons issued by the Youth Court Judge after the appeal had been filed could not be taken into account in assessing whether her reasons gave rise to a reasonable apprehension of bias.

(2) *Reasonable Apprehension of Bias*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The courts should be held to the highest standards of impartiality. Fairness and impartiality must be both subjectively present and objectively demonstrated to the informed and reasonable observer. The trial will be rendered unfair if the words or actions of the presiding judge give rise to a reasonable apprehension of bias to the informed and reasonable observer. Judges must be particularly sensitive to the need not only to be fair but also to appear to all reasonable observers to be fair to all Canadians of every race, religion, nationality and ethnic origin.

gnages et a conclu que l'accusé devait être acquitté. Dans des motifs prononcés oralement, le juge a fait remarquer en réponse à une question de pure forme du ministère public qu'il était déjà arrivé que des policiers trompent la cour et réagissent avec excès, particulièrement vis-à-vis de groupes non blancs, et que cela semblait dénoter un état d'esprit suspect. Elle a également déclaré que ses remarques ne visaient pas le policier qui a témoigné devant la cour. Le ministère public a contesté ces remarques parce qu'elles suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Après le prononcé de ses motifs et le dépôt de l'appel du ministère public devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance), le juge a déposé des motifs supplémentaires où elle s'est expliquée plus en détail sur ses impressions quant à la crédibilité des deux témoins et sur le contexte dans lequel elle avait formulé ses commentaires. L'appel du ministère public a été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée pour le motif que les remarques du juge avaient suscité une crainte raisonnable de partialité. Cette décision a été confirmée dans un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. La question litigieuse dans le présent pourvoi consiste à savoir si les commentaires faits par le juge ont suscité une crainte raisonnable de partialité.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) *Prise en considération des motifs supplémentaires*

La Cour: Les motifs supplémentaires déposés par le juge du tribunal pour adolescents après le dépôt de l'appel ne pouvaient être pris en considération pour déterminer si ses motifs ont suscité une crainte raisonnable de partialité.

(2) *Crainte raisonnable de partialité*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Les cours de justice devraient respecter les plus hautes normes d'impartialité. L'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable. Si les paroles ou les actes du juge qui préside suscitent, chez l'observateur renseigné et raisonnable, une crainte raisonnable de partialité, cela rend le procès inéquitable. Les juges doivent être particulièrement sensibles à la nécessité non seulement d'être équitables, mais de paraître, aux yeux de tous les observateurs raisonnables, équitables envers les Canadiens de toute race, religion, nationalité et origine ethnique.

If actual or apprehended bias arises from a judge's words or conduct, then the judge has exceeded his or her jurisdiction. This excess of jurisdiction can be remedied by an application to the presiding judge for disqualification if the proceedings are still underway, or by appellate review of the judge's decision. A reasonable apprehension of bias, if it arises, colours the entire trial proceedings and cannot be cured by the correctness of the subsequent decision. The mere fact that the judge appears to make proper findings of credibility on certain issues or comes to the correct result cannot alleviate the effects of a reasonable apprehension of bias arising from the judge's other words or conduct. However, if the judge's words or conduct, viewed in context, do not give rise to a reasonable apprehension of bias, the findings of the judge will not be tainted, no matter how troubling the impugned words or actions may be.

The basic interests of justice require that the appellate courts, notwithstanding their deferential standard of review in examining factual determinations made by lower courts, including findings of credibility, retain some scope to review that determination given the serious and sensitive issues raised by an allegation of bias.

Impartiality can be described as a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome and is open to persuasion by the evidence and submissions. In contrast, bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result or that is closed with regard to particular issues. Whether a decision-maker is impartial depends on whether the impugned conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias. Actual bias need not be established because it is usually impossible to determine whether the decision-maker approached the matter with a truly biased state of mind.

The apprehension of bias must be a reasonable one held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. The test is what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. This test contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case. Further the reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including the traditions of integrity and impartiality that form a

Si les paroles ou la conduite du juge suscitent une crainte de partialité ou dénotent réellement sa partialité, celui-ci excède sa compétence. On peut remédier à cet excès de compétence en présentant une requête en récusation adressée au juge président l'instance si celle-ci se poursuit, ou en demandant l'examen en appel de la décision du juge. S'il y a crainte raisonnable de partialité, c'est l'ensemble des procédures du procès qui sont viciées et la décision subséquente aussi bien fondée soit-elle ne peut y remédier. Le simple fait que le juge paraît, sur certains points, avoir tiré des conclusions justes quant à la crédibilité ou qu'il arrive à un résultat correct ne peut dissiper les effets de la crainte raisonnable de partialité que d'autres paroles ou actes du juge ont pu susciter. Toutefois, si les paroles ou la conduite du juge, eu égard au contexte, ne suscitent pas de crainte raisonnable de partialité, ses conclusions n'en seront pas entachées, quelque inquiétantes qu'elles puissent être.

Les intérêts fondamentaux de la justice exigent que les cours d'appel, malgré la norme d'examen fondée sur la retenue qu'elles ont adoptée dans l'analyse des conclusions factuelles des tribunaux d'instance inférieure, dont les conclusions relatives à la crédibilité des témoins, conservent un certain regard sur cette détermination vu les questions graves et délicates que soulève l'allégation de partialité.

L'impartialité peut être décrite comme l'état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis. Par contraste, la partialité dénote un état d'esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions. Lorsqu'on allègue la partialité du décideur, le critère à appliquer consiste à se demander si la conduite particulière suscite une crainte raisonnable de partialité. Il n'est pas nécessaire d'établir l'existence de la partialité dans les faits parce qu'il est habituellement impossible de déterminer si le décideur a abordé l'affaire avec des idées réellement préconçues.

La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Ce critère consiste à se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Ce critère comporte un double élément objectif: la personne examinant l'allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l'affaire. De plus, la personne raisonnable doit être une personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes, y compris des tra-

part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold. The reasonable person should also be taken to be aware of the social reality that forms the background to a particular case, such as societal awareness and acknowledgement of the prevalence of racism or gender bias in a particular community. The jurisprudence indicates that a real likelihood or probability of bias must be demonstrated and that a mere suspicion is not enough. The existence of a reasonable apprehension of bias depends entirely on the facts. The threshold for such a finding is high and the onus of demonstrating bias lies with the person who is alleging its existence. The test applies equally to all judges, regardless of their background, gender, race, ethnic origin, or any other characteristic.

The requirement for neutrality does not require judges to discount their life experiences. Whether the use of references to social context is appropriate in the circumstances and whether a reasonable apprehension of bias arises from particular statements depends on the facts. A very significant difference exists between cases in which social context is used to ensure that the law evolves in keeping with changes in social reality and cases, such as this one, where social context is apparently being used to assist in determining an issue of credibility.

Consideration of whether the existence of anti-black racism in society is a proper subject for judicial notice would be inappropriate here because an intervenor and not the appellant put forward the argument with respect to judicial notice.

The individualistic nature of a determination of credibility and its dependence on intangibles such as demeanour and the manner of testifying requires the judge, as trier of fact, to be particularly careful and to appear to be neutral. When making findings of credibility a judge should avoid making any comment that might suggest that the determination of credibility is based on generalizations or stereotypes rather than on the specific demonstrations of truthfulness or untrustworthiness that have come from the particular witness during the trial. At the commencement of their testimony all witnesses should be treated equally without regard to their race, religion, nationality, gender, occupation or other characteristics. It is only after an individual witness has been tested and assessed that findings of credibility can be made.

ditions historiques d'intégrité et d'impartialité, et consciente aussi du fait que l'impartialité est l'une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter. La personne raisonnable est également censée connaître la réalité sociale sous-jacente à une affaire donnée, et être sensible par exemple à l'ampleur du racisme ou des préjugés fondés sur le sexe dans une collectivité donnée. La jurisprudence indique qu'il faut établir une réelle probabilité de partialité et qu'un simple soupçon est insuffisant. L'existence d'une crainte raisonnable de partialité sera entièrement fonction des faits. Il faut faire preuve de rigueur pour conclure à la partialité et la charge d'établir la partialité incombe à la personne qui en allègue l'existence. Le critère s'applique également à tous les juges, indépendamment de leur formation, de leur sexe, de leur race, de leur origine ethnique et de toute autre caractéristique.

Rester neutre pour le juge ce n'est pas faire abstraction de toute son expérience de la vie. Les faits détermineront s'il convient, au vu des circonstances, de prendre en considération le contexte social et si les paroles prononcées suscitent une crainte raisonnable de partialité. Il existe une différence très importante entre les affaires dans lesquelles le contexte social est invoqué pour assurer l'adéquation du droit et de la réalité sociale et celles comme la présente espèce, où le contexte social est apparemment utilisé pour trancher une question de crédibilité.

Il ne convient pas d'étudier la question de savoir s'il appartenait au juge de prendre connaissance d'office de l'existence dans la société de racisme anti-noir parce que l'argument relatif à la connaissance d'office a été avancé par un intervenant et non par l'appelant.

C'est en raison de la nature personnelle de la détermination de la crédibilité et du fait qu'elle repose sur des éléments intangibles comme le comportement et la manière de témoigner que le juge, en tant que juge des faits, est tenu de prendre bien soin d'être et de paraître neutre. Il vaut mieux que le juge appelé à statuer sur la crédibilité évite de faire tout commentaire qui pourrait donner l'impression qu'il a jugé de la crédibilité en s'appuyant sur des généralisations ou des stéréotypes plutôt que sur des démonstrations précises de la véracité ou du manque d'honnêteté du témoin au procès. Quand ils commencent leur déposition, tous les témoins doivent être traités sur un pied d'égalité, sans considération de race, religion, nationalité, sexe, occupation ou autre caractéristique. C'est seulement après qu'un témoin a été jaugé et évalué qu'on peut décider de sa crédibilité.

Situations where there is no evidence linking the generalization to the particular witness might leave the judge open to allegations of bias on the basis that the credibility of the individual witness was prejudged according to stereotypical generalizations. Although the particular generalization might be well-founded, reasonable and informed people may perceive that the judge has used this information as a basis for assessing credibility instead of making a genuine evaluation of the evidence of the particular witness' credibility.

That judges should avoid making comments based on generalizations when assessing the credibility does not lead automatically to a conclusion of reasonable apprehension of bias. In some limited circumstances, the comments may be appropriate.

The argument that the trial was rendered unfair for failure to comply with "natural justice" could not be accepted. Neither the police officer nor the Crown was on trial.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Judges, while they can never be neutral in the sense of being purely objective, must strive for impartiality. Their differing experiences appropriately assist in their decision-making process so long as those experiences are relevant, are not based on inappropriate stereotypes, and do not prevent a fair and just determination based on the facts in evidence.

The apprehension of bias must be a reasonable one held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. The reasonable person must know and understand the judicial process, the nature of judging and the community in which the alleged crime occurred. He or she demands that judges achieve impartiality and will be properly influenced in their deliberations by their individual perspectives. Finally, the reasonable person expects judges to undertake an open-minded, carefully considered and dispassionately deliberate investigation of the complicated reality of each case before them.

Judicial inquiry into context provides the requisite background for the interpretation and the application of the law. An understanding of the context or background essential to judging may be gained from testimony from expert witnesses, from academic studies properly placed

Si aucune preuve ne relie la généralisation à un témoin en particulier, le juge pourrait, en pareille situation, prêter le flanc à des allégations de partialité du fait qu'il aurait préjugé de la crédibilité du témoin en fonction de généralisations stéréotypées. Bien que la généralisation en cause ne soit peut-être pas sans fondement, les gens raisonnables et renseignés peuvent avoir l'impression que le juge a basé son évaluation de la crédibilité sur cette donnée, au lieu de procéder à une réelle appréciation de la preuve constituée par la déposition de ce témoin en particulier.

Affirmer que les juges doivent éviter de faire des commentaires basés sur des généralisations lorsqu'ils apprécient la crédibilité de témoins n'amène pas *ipso facto* à conclure qu'il en résulte une crainte raisonnable de partialité. Dans un certain nombre de cas limité, les commentaires peuvent être à propos.

L'argument selon lequel le procès avait été inéquitable parce qu'il y avait eu transgression des règles de justice naturelle était indéfendable. Ce n'était pas le procès du policier, ni celui du ministère public.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Si le juge ne peut jamais être neutre, c'est-à-dire parfaitement objectif, il peut et doit néanmoins s'efforcer d'atteindre l'impartialité. Ce critère suppose donc qu'il est légitime que l'expérience personnelle de chaque juge soit mise à profit et marque ses jugements, à condition que cette expérience ait un rapport avec la cause qu'il entend, qu'elle ne soit pas fondée sur des stéréotypes malvenus, et qu'elle n'empêche pas la résolution équitable et juste de l'affaire à la lumière des faits admis en preuve.

La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. La personne raisonnable doit connaître et comprendre le processus judiciaire, l'exercice de la justice ainsi que la collectivité où le crime reproché a été commis. La personne raisonnable exige que le juge fasse preuve d'impartialité et soit à juste titre influencé dans ses délibérations par sa propre conception du monde. Enfin, elle s'attend à ce que le juge procède avec un esprit ouvert à l'examen prudent, détaché et circonspect de la réalité complexe de chaque affaire dont il est saisi.

L'examen du contexte par le juge permet de définir le cadre nécessaire à l'interprétation et à l'application de la loi. Le juge peut se faire une idée claire du contexte ou de l'historique, ce qui est essentiel pour rendre justice, en faisant fond sur les témoignages d'experts, sur les

before the court, and from the judge's personal understanding and experience of the society in which the judge lives and works. This process of enlargement is a precondition of impartiality. A reasonable person, far from being troubled by this process, would see it as an important aid to judicial impartiality.

The reasonable person approaches the question of whether there exists a reasonable apprehension of bias with a complex and contextualized understanding of the issues in the case. He or she understands the impossibility of judicial neutrality but demands judicial impartiality. This person is cognizant of the racial dynamics in the local community, and, as a member of the Canadian community, is supportive of the principles of equality. Before finding a reasonable apprehension of bias, the reasonable person would require some clear evidence that the judge in question had improperly used his or her perspective in the decision-making process; this flows from the presumption of impartiality of the judiciary. Awareness of the context within which a case occurred would not constitute evidence that the judge was not approaching the case with an open mind fair to all parties; on the contrary, such awareness is consistent with the highest tradition of judicial impartiality.

(3) *Application of the Test*

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The oral reasons at issue should be read in their entirety, and the impugned passages should be construed in light of the whole of the trial proceedings and in light of all other portions of the judgment. They indicated that the Youth Court Judge approached the case with an open mind, used her experience and knowledge of the community to achieve an understanding of the reality of the case, and applied the fundamental principle of proof beyond a reasonable doubt. Her comments were based entirely on the case before her, were made after a consideration of the conflicting testimony of the two witnesses and in response to the Crown's submissions, and were entirely supported by the evidence. In alerting herself to the racial dynamic in the case, she was simply engaging in the process of contextualized judging which was entirely proper and conducive to a fair and just resolution of the case before her. Although the Judge did not make a finding of racism, there was evidence on which such a finding could be made.

ouvrages de doctrine dûment produits en preuve ainsi que sur sa propre compréhension et son expérience de la société au sein de laquelle il vit et travaille. Ce processus d'ouverture est une condition préalable à l'impartialité. Loin d'être préoccupée par ce processus, la personne raisonnable y voit un important outil de l'impartialité du juge.

La personne raisonnable aborde la question de savoir s'il y a une crainte raisonnable de partialité, bien au fait de la complexité et du contexte des points litigieux. Elle comprend qu'il est impossible au juge d'être neutre, mais elle exige son impartialité. Elle connaît la dynamique raciale de la collectivité locale et, en tant que membre de la société canadienne, elle souscrit aux principes d'égalité. Cette personne raisonnable ne conclurait pas que les actes d'un juge suscitent une crainte raisonnable de partialité sans une preuve établissant clairement qu'il a indûment fait intervenir son point de vue dans son jugement; cette exigence découle de la présomption d'impartialité du juge. La sensibilisation au contexte dans lequel l'affaire a eu lieu ne saurait prouver que le juge n'a pas abordé l'affaire en faisant preuve d'ouverture d'esprit à l'égard de toutes les parties; au contraire, elle est dans le droit fil de la plus haute tradition d'impartialité judiciaire.

(3) *Application du critère*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Il faut lire l'intégralité des motifs prononcés oralement, et les passages attaqués doivent être interprétés à la lumière du procès en première instance, pris dans son ensemble, et compte tenu des autres passages du jugement. Ces motifs montrent que le juge du tribunal pour adolescents a examiné l'affaire avec un esprit ouvert, qu'elle s'est servie de son expérience et de sa connaissance de la collectivité pour comprendre la réalité de l'affaire, et qu'elle a appliqué la règle fondamentale de la preuve hors de tout doute raisonnable. Ses observations étaient entièrement fondées sur l'affaire qui lui était soumise. Elle les a faites après avoir pesé le témoignage contradictoire des deux témoins et en réponse aux arguments du ministère public. Ses observations étaient entièrement justifiées par la preuve produite. En dirigeant son attention vers la dynamique raciale de l'affaire, elle s'est tout simplement efforcée de rendre justice à la lumière du contexte, ce qui était tout à fait légitime et de nature à favoriser la résolution juste et équitable de l'affaire. Bien que le juge n'ait pas conclu à l'existence de racisme, il y avait des éléments de preuve sur la foi desquels elle aurait pu le faire.

The impugned comments were not unfortunate, unnecessary, or close to the line. They reflected an entirely appropriate recognition of the facts in evidence and of the context within which this case arose — a context known to the judge and to any well-informed member of the community.

Per Cory and Iacobucci JJ.: The Youth Court Judge conducted an acceptable review of all the evidence before making the impugned comments.

The generalized remarks about a history of racial tension between police officers and visible minorities were not linked by the evidence to the actions of the police officer here. They were worrisome and came very close to the line. Yet, however troubling when read individually, they were not made in isolation and must all be read in the context of the whole proceeding, with an awareness of all the circumstances that a reasonable observer would be deemed to know. A reasonable, informed person, aware of all the circumstances, would not conclude that they gave rise to a reasonable apprehension of bias or that they tainted her earlier findings of credibility. The high standard for a finding of reasonable apprehension of bias was not met.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. (dissenting): A fair trial is one that is based on the law and its outcome determined by the evidence, free of bias, real or apprehended. Evidence showing propensity has been repeatedly rejected. Trial judges must base their findings on the evidence before them. Notwithstanding the opportunity to do so, no evidence was introduced showing that this police officer was racist and that racism motivated his actions or that he lied.

The Youth Court Judge's statements were not simply a review of the evidence and her reasons for judgment in which she was relying on her life experience. Even though a judge's life experience is an important ingredient in the ability to understand human behaviour, to weighing the evidence and to determining credibility, it is not a substitute for evidence. No evidence supported the conclusions that the Judge reached. Her comments fell into stereotyping the police officer. Judges, as arbiters of truth, cannot judge credibility based on irrelevant

Les observations attaquées n'étaient pas malheureuses ni inutiles et elles ne frôlaient pas la limite. Elles traduisaient une appréciation judicieuse des faits admis en preuve ainsi que du contexte dans lequel l'affaire s'est produite, ce contexte étant connu du juge ainsi que de tout membre bien informé de la collectivité.

Les juges Cory et Iacobucci: Le juge du tribunal pour adolescents a fait un examen acceptable de toute la preuve avant de faire les commentaires contestés.

Les remarques générales voulant que, historiquement, une tension raciale a pu être observée dans les rapports entre les policiers et les minorités visibles, n'étaient pas liées par un élément de preuve aux actes du policier en l'espèce. Ces remarques ont inspiré de l'inquiétude et frôlaient la limite. Néanmoins, quelque inquiétantes qu'aient été ces remarques, prises isolément, il est essentiel de noter qu'elles s'inscrivent dans un contexte. Il est indispensable de lire toutes les remarques en tenant compte du contexte de l'ensemble de la procédure et en étant conscient de toutes les circonstances que l'observateur raisonnable est censé connaître. Une personne raisonnable et renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances, ne conclurait pas qu'elles ont suscité une crainte raisonnable de partialité ni qu'elles ont entaché les conclusions antérieures du juge sur la crédibilité. La norme rigoureuse qui permet de conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité n'a pas été respectée.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major (dissidents): Un procès équitable est un procès fondé sur le droit, dont le résultat est déterminé par la preuve et qui est exempt de toute partialité, réelle ou apparente. La production d'éléments de preuve visant à établir la propension a été maintes fois interdite. Le juge du procès doit fonder ses conclusions sur la preuve qui lui est présentée. L'appelant pouvait produire des éléments de preuve établissant que l'agent de police était raciste, que le racisme a motivé ses actes ou qu'il a menti, mais il ne l'a pas fait.

Les déclarations du juge du tribunal pour adolescents n'étaient pas qu'une revue de la preuve et ne constituaient pas les motifs de son jugement dans lequel elle s'est fiée à son expérience de la vie. Bien que l'expérience de la vie d'un juge soit un élément important de son aptitude à comprendre le comportement humain, à soupeser la preuve et à apprécier la crédibilité, elle ne peut se substituer à la preuve. Le juge ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant de tirer les conclusions qu'elle a tirées. Ses commentaires dénotaient une

witness characteristics. All witnesses must be placed on equal footing before the court.

What the Judge actually intended by the impugned statements is irrelevant conjecture. Given the concern for both the fairness and the appearance of fairness of the trial, the absence of evidence to support the judgment is an irreparable defect.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **considered:** *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, leave to appeal denied, [1994] 1 S.C.R. x; *Pirbhai Estate v. Pirbhai*, [1987] B.C.J. No. 2685 (QL), leave to appeal denied, [1988] 1 S.C.R. xii; *Foto v. Jones* (1974), 45 D.L.R. (3d) 43; **referred to:** *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; *R. v. Gushman*, [1994] O.J. No. 813 (QL); *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Huerto v. College of Physicians and Surgeons* (1996), 133 D.L.R. (4th) 100; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. G  n  reux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Liteky v. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994); *R. v. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL); *R. v. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (QL); *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (QL); *R. v. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (QL); *R. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce*, [1954] 2 All E.R. 850; *Metropolitan Properties Co. v. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577; *R. v. Gough*, [1993] 2 W.L.R. 883; *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. v. Glasgow* (1996), 93 O.A.C. 67; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *Inquiry pursuant to s. 13(2) of Territorial Court Act, Re*, [1990] N.W.T.R. 337; *R. v. Teskey* (1995), 167 A.R. 122.

By L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.

Applied: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **referred to:** *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Ruffo v. Conseil de la ma-*

opinion toute faite du policier. Le juge, à titre d'arbitre de la vérité, ne peut pas juger de la crédibilité des témoins en se fondant sur des caractéristiques sans pertinence. Tous les témoins doivent être sur un pied d'égalité devant le tribunal.

Il ne convient pas de former des conjectures sur ce que le juge du procès a vraiment voulu dire. Vu l'importance tant de l'équité du procès que de l'impression d'équité qu'il laisse, l'absence de preuves pour appuyer le jugement est un vice irréparable.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arrêts examinés:** *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x; *Pirbhai Estate c. Pirbhai*, [1987] B.C.J. No. 2685 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xii; *Foto c. Jones* (1974), 45 D.L.R. (3d) 43; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; *R. c. Gushman*, [1994] O.J. No. 813 (QL); *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Huerto c. College of Physicians and Surgeons* (1996), 133 D.L.R. (4th) 100; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Liteky c. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994); *R. c. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL); *R. c. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (QL); *The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (QL); *R. c. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (QL); *R. c. Camborne Justices, Ex parte Pearce*, [1954] 2 All E.R. 850; *Metropolitan Properties Co. c. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577; *R. c. Gough*, [1993] 2 W.L.R. 883; *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. c. Glasgow* (1996), 93 O.A.C. 67; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *Inquiry pursuant to s. 13(2) of Territorial Court Act, Re*, [1990] N.W.T.R. 337; *R. c. Teskey* (1995), 167 A.R. 122.

Cit  e par les juges L'Heureux-Dub   et McLachlin

Arr  t appliqu  : *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'  nergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arr  ts mentionn  s:** *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lipp  *, [1991] 2 R.C.S. 114; *Ruffo c. Conseil de la*

gistrature, [1995] 4 S.C.R. 267; *United States v. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941); *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Smith* (1991), 109 N.S.R. (2d) 394; *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S.M.S.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 91; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656.

By Major J. (dissenting)

Metropolitan Properties Co. v. Lannon, [1969] 1 Q.B. 577; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, S.C. 1987, c. 24, s. 18.
Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 15, 27.
Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 8.

Authors Cited

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III. Oxford: Clarendon Press, 1778.
 Canadian Judicial Council. *Commentaries on Judicial Conduct*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.
 Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.
 Devlin, Richard F. "We Can't Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*" (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408.
 Nedelsky, Jennifer. "Embodied Diversity and the Challenges to Law" (1997), 42 *McGill L.J.* 91.
 Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution*. Halifax: The Commission, 1989.
 Omatsu, Maryka. "The Fiction of Judicial Impartiality" (1997), 9 *C.J.W.L.* 1.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1996.

magistrature, [1995] 4 R.C.S. 267; *United States c. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941); *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Smith* (1991), 109 N.S.R. (2d) 394; *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S.M.S.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 91; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656.

Citée par le juge Major (dissident)

Metropolitan Properties Co. c. Lannon, [1969] 1 Q.B. 577; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 15, 27.
Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8.
Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 5.
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 1987, ch. 24, art. 18.

Doctrine citée

Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 5. Traduit de l'anglais par N.M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
 Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.
 Conseil canadien de la magistrature. *Propos sur la conduite des juges*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Devlin, Richard F. «We Can't Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*» (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408.
 Nedelsky, Jennifer. «Embodied Diversity and the Challenges to Law» (1997), 42 *R.D. McGill* 91.
 Nouvelle-Écosse. Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils. *Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils*. Halifax: La Commission, 1989.
 Omatsu, Maryka. «The Fiction of Judicial Impartiality» (1997), 9 *R.F.D.* 1.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1996.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, 418 A.P.R. 284, 102 C.C.C. (3d) 233, 45 C.R. (4th) 361, dismissing an appeal from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division), [1995] N.S.J. No. 184 (QL), allowing an appeal from acquittal by Sparks F.C.J. with oral reasons December 2, 1994, with supplementary written reasons, [1994] N.S.J. No. 629 (QL). Appeal allowed, Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting.

Burnley A. Jones and Dianne Pothier, for the appellant.

Robert E. Lutes, Q.C., for the respondent.

Yola Grant and Carol Allen, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada.

April Burey, for the interveners the African Canadian Legal Clinic, the Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia and the Congress of Black Women of Canada.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I have read the reasons of Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin and those of Justice Cory and respectfully disagree with the conclusion they reach.

The appellant (accused) R.D.S. was a young person charged with assault on a peace officer. At trial, the Crown's only evidence came from the police officer allegedly assaulted. The appellant testified as the only witness in his defence. The testimony of the two witnesses differed in material respects. The trial judge gave judgment immediately after closing arguments and acquitted the appellant.

This appeal should not be decided on questions of racism but instead on how courts should decide

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, 418 A.P.R. 284, 102 C.C.C. (3d) 233, 45 C.R. (4th) 361, qui a rejeté l'appel formé contre le jugement de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance), [1995] N.S.J. No. 184 (QL), qui avait accueilli l'appel formé contre l'acquittement ordonné par le juge Sparks dans des motifs prononcés oralement le 2 décembre 1994 et des motifs écrits supplémentaires, [1994] N.S.J. No. 629 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Burnley A. Jones et Dianne Pothier, pour l'appelant.

Robert E. Lutes, c.r., pour l'intimée.

Yola Grant et Carol Allen, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible au Canada.

April Burey, pour les intervenants l'African Canadian Legal Clinic, l'Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia et le Congrès des femmes noires du Canada.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai lu les motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ainsi que ceux du juge Cory et je suis malheureusement dans l'obligation d'exprimer mon désaccord avec la conclusion qu'ils tirent.

L'appelant R.D.S., alors adolescent, a été accusé d'avoir exercé des voies de fait contre un agent de la paix. Au procès, le ministère public a cité comme seul témoin le policier qui aurait subi les voies de fait. Seul l'appelant a témoigné en défense. Ces deux témoignages différaient sur des points importants. Le juge du procès a rendu jugement à la clôture des débats et a acquitté l'appelant.

Le présent pourvoi ne porte pas sur des questions de racisme, mais plutôt sur la façon dont les

1

2

3

cases. In spite of the submissions of the appellant and interveners on his behalf, the case is primarily about the conduct of the trial. A fair trial is one that is based on the law, the outcome of which is determined by the evidence, free of bias, real or apprehended. Did the trial judge here reach her decision on the evidence presented at the trial or did she rely on something else?

tribunaux doivent trancher les litiges. En dépit des observations présentées par l'appelant et les intervenants en son nom, l'affaire concerne essentiellement la conduite du procès. Un procès équitable est un procès fondé sur le droit, dont le résultat est déterminé par la preuve et qui est exempt de toute partialité, réelle ou apparente. En l'espèce, le juge du procès a-t-elle fondé sa décision sur la preuve présentée au procès ou s'est-elle appuyée sur autre chose?

4 In the course of her judgment the trial judge said:

The Crown says, well, why would the officer say that events occurred the way in which he has relayed them to the Court this morning. I am not saying that the Constable has misled the court, although police officers have been known to do that in the past. I am not saying that the officer overreacted, but certainly police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups. That to me indicates a state of mind right there that is questionable. I believe that probably the situation in this particular case is the case of a young police officer who overreacted. I do accept the evidence of [R.D.S.] that he was told to shut up or he would be under arrest. It seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day.

At any rate, based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit. [Emphasis added.]

Au cours de son jugement, le juge du procès a déclaré:

[TRADUCTION] Le ministère public dit, bien, pourquoi le policier aurait-il dit que les événements se sont déroulés comme il les a relatés à la Cour ce matin? Je ne dis pas que l'agent a trompé la Cour, bien qu'on sache que des policiers l'aient fait dans le passé. Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s'il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Cela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect. Je crois que nous sommes vraisemblablement en présence dans cette affaire-ci d'un jeune policier qui a réagi de façon excessive. J'accepte le témoignage de [R.D.S.] selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté. Cela semble conforme à l'attitude courante du jour.

Quoi qu'il en soit, vu mes remarques et l'ensemble de la preuve soumise à la cour, je n'ai d'autre choix que de prononcer l'acquittement. [Je souligne.]

5 In view of the manner in which this appeal was argued, it is necessary to consider two points. First, we should consider whether the trial judge in her reasons, properly instructed herself on the evidence or was an error of law committed by her. The second, and somewhat intertwined question, is whether her comments above could cause a reasonable observer to apprehend bias. The offending comments in the statement are:

- (i) "police officers have been known to [mislead the court] in the past";
- (ii) "police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups";

Compte tenu de la façon dont les arguments ont été présentés dans le présent pourvoi, il faut examiner deux points. Premièrement, nous devons nous demander si le juge du procès, dans ses motifs, s'est correctement rappelé la preuve ou si elle a commis une erreur de droit. Deuxièmement, et ce point est en quelque sorte étroitement lié au premier, il s'agit de savoir si ses commentaires, reproduits ci-dessus, pourraient susciter une crainte de partialité chez un observateur raisonnable. Les commentaires controversés sont les suivants:

- (i) «on sa[it] que des policiers [ont trompé la cour] dans le passé»;
- (ii) «il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs»;

- (iii) “[t]hat to me indicates a state of mind right there that is questionable”;
- (iv) “[i]t seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day”; and,
- (v) “based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit.”

The trial judge stated that “police officers have been known to [mislead the court] in the past” and that “police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups” and went on to say “[t]hat to me indicates a state of mind right there that is questionable.” She in effect was saying, “sometimes police lie and overreact in dealing with non-whites, therefore I have a suspicion that this police officer may have lied and overreacted in dealing with this non-white accused.” This was stereotyping all police officers as liars and racists, and applied this stereotype to the police officer in the present case. The trial judge might be perceived as assigning less weight to the police officer’s evidence because he is testifying in the prosecution of an accused who is of a different race. Whether racism exists in our society is not the issue. The issue is whether there was evidence before the court upon which to base a finding that this particular police officer’s actions were motivated by racism. There was no evidence of this presented at the trial.

Our jurisprudence has repeatedly prohibited the introduction of evidence to show propensity. In the present case had the police officer been charged with assault the trial judge could not have reasoned that as police officers have been known to mislead the Court in the past that based on that evidence she rejected this police officers credibility and found him guilty beyond reasonable doubt.

In the same vein, statistics show that young male adults under the age of 25 are responsible for more accidents than older drivers. It would be unacceptable for a court to accept evidence of that

- (iii) «[c]ela me semble dénoter en soi un état d’esprit suspect»;
- (iv) «[c]ela semble conforme à l’attitude courante du jour»;
- (v) «vu mes remarques et l’ensemble de la preuve soumise à la cour, je n’ai d’autre choix que de prononcer l’acquittement».

Ayant déclaré que l’«on sa[it] que des policiers [ont trompé la cour] dans le passé» et qu’«il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu’ils ont affaire à des groupes non blancs», le juge du procès ajoute que «[c]ela me semble dénoter en soi un état d’esprit suspect». Ce qui revenait à dire en fait: «il arrive parfois que des policiers mentent et réagissent avec excès lorsqu’ils ont affaire à des non-Blancs, par conséquent, je soupçonne que cet agent de police a pu mentir et réagir avec excès à l’endroit de l’accusé non blanc». Cette généralisation stéréotypée faisant de tous les policiers des menteurs et des racistes a été appliquée à l’agent de police concerné en l’espèce. On pourrait penser que le juge du procès accorde moins d’importance à la déposition du policier parce qu’il témoigne dans un procès intenté contre un accusé appartenant à une autre race. La question de savoir s’il y a du racisme dans notre société n’a rien à voir. Il s’agit de savoir si la cour disposait d’éléments de preuve à partir desquels elle pouvait conclure que les actes de cet agent de police en particulier étaient motivés par le racisme. Aucune preuve en ce sens n’a été présentée au procès.

Notre jurisprudence a maintes fois interdit la production d’éléments de preuve visant à établir la propension. En l’espèce, si le policier avait été accusé de voies de fait, le juge du procès n’aurait pas pu alléguer la notoriété du fait que des policiers ont trompé la cour dans le passé pour conclure, sur la foi de cette preuve, que ce policier n’était pas crédible et pour le déclarer coupable hors de tout doute raisonnable.

Dans le même esprit, les statistiques montrent que les jeunes adultes de sexe masculin, âgés de moins de 25 ans, sont responsables d’un nombre plus élevé d’accidents que les conducteurs plus

6

7

8

fact to find a defendant liable in negligence yet that is the consequence of the trial judge's reasoning in this appeal.

âgés. Il serait inacceptable que le tribunal admette ce fait en preuve pour conclure à la responsabilité pour cause de négligence du défendeur. Pourtant, c'est la conséquence à laquelle conduit le raisonnement du juge du procès dans le présent pourvoi.

9 It is possible to read the trial judge's reference to the "prevalent attitude of the day" as meaning her view of the prevalent attitude in society today. If the trial judge used the "prevalent attitude of society" towards non-whites as evidence upon which to draw an inference in this case, she erred, as there were no facts in evidence from which to draw that inference. It would be stereotypical reasoning to conclude that, since society is racist, and, in effect, tells minorities to "shut up," we should infer that this police officer told this appellant minority youth to "shut up." This reasoning is flawed.

On peut penser que les mots «l'attitude courante du jour» reflétaient l'opinion du juge du procès sur ce qu'est l'attitude courante dans la société de nos jours. Si le juge s'est servie de l'«attitude courante dans la société» à l'égard des non-Blancs comme d'un élément de preuve pour tirer une conclusion en l'espèce, elle a commis une erreur, étant donné qu'aucun fait mis en preuve ne permettait de tirer cette conclusion. Ce serait raisonner par stéréotypes que de dire: étant donné que la société est raciste et que, dans les faits, elle fait «taire» les minorités, nous devrions conclure que cet agent de police a dit à ce jeune appelant appartenant à une minorité de «se taire». Ce raisonnement est fautif.

10 Trial judges have to base their findings on the evidence before them. It was open to the appellant to introduce evidence that this police officer was racist and that racism motivated his actions or that he lied. This was not done. For the trial judge to infer that based on her general view of the police or society is an error of law. For this reason there should be a new trial.

Le juge du procès doit fonder ses conclusions sur la preuve qui lui est présentée. Il était loisible à l'appelant de produire des éléments de preuve établissant que l'agent de police était raciste, que le racisme a motivé ses actes ou qu'il a menti. Cela n'a pas été fait. Le juge du procès a commis une erreur de droit en se fondant sur l'opinion qu'elle a en général de la police ou de la société pour tirer ces conclusions. Pour ce motif, je suis d'avis qu'il doit y avoir un nouveau procès.

11 In addition to not being based on the evidence, the trial judge's comments have been challenged as giving rise to a reasonable apprehension of bias. The test for finding a reasonable apprehension of bias has challenged courts in the past. It is interchangeably expressed as a "real danger of bias," a "real likelihood of bias," a "reasonable suspicion of bias" and in several other ways. An attempt at a new definition will not change the test. Lord Denning M.R. captured the essence of the inquiry in his judgment in *Metropolitan Properties Co. v. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577 (C.A.), at p. 599:

Les commentaires du juge du procès ont été contestés parce qu'en plus de ne pas être fondés sur la preuve, ils suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Dans le passé, les tribunaux ont connu certaines difficultés d'application du critère de crainte raisonnable de partialité. Cette notion est rendue notamment par des expressions interchangeables telles que «danger réel de partialité», «réelle probabilité de partialité», «soupçon raisonnable de partialité». Proposer une nouvelle définition ne changera pas le critère. Le maître des rôles lord Denning a cerné l'essence de l'examen à effectuer dans l'arrêt *Metropolitan Properties Co. c. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577 (C.A.), à la p. 599:

[I]n considering whether there was a real likelihood of bias, the court does not look at the mind of the justice

[TRADUCTION] [P]our trancher la question de savoir s'il y avait une réelle probabilité de partialité, la cour ne

himself or at the mind of the chairman of the tribunal, or whoever it may be, who sits in a judicial capacity. It does not look to see if there was a real likelihood that he would, or did, in fact favour one side at the expense of the other. The court looks at the impression which would be given to other people. Even if he was as impartial as could be, nevertheless if right-minded persons would think that, in the circumstances, there was a real likelihood of bias on his part, then he should not sit. And if he does sit, his decision cannot stand: see *Reg. v. Huggins*; and *Rex v. Sunderland Justices*, per Vaughan Williams L.J. Nevertheless there must appear to be a real likelihood of bias. Surmise or conjecture is not enough: see *Reg. v. Camborne Justice, Ex parte Pearce*, and *Reg. v. Nailsworth Licensing Justices, Ex parte Bird*. There must be circumstances from which a reasonable man would think it likely or probable that the justice, or chairman, as the case may be, would, or did, favour one side unfairly at the expense of the other. The court will not inquire whether he did, in fact, favour one side unfairly. Suffice it that reasonable people might think he did. The reason is plain enough. Justice must be rooted in confidence: and confidence is destroyed when right-minded people go away thinking: "The judge was biased."

See also *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

The appellant and the interveners argued that the trial judge's statements were simply a review of the evidence and were her reasons for judgment. They said she was relying on her life experience and to deny that is to deny reality. I disagree.

The life experience of this trial judge, as with all trial judges, is an important ingredient in the ability to understand human behaviour, to weigh the evidence, and to determine credibility. It helps in making a myriad of decisions arising during the course of most trials. It is of no value, however, in reaching conclusions for which there is no evidence. The fact that on some other occasions police officers have lied or overreacted is irrelevant. Life experience is not a substitute for

scrute pas l'esprit du juge ou du président du tribunal, ni de quiconque exerce une fonction judiciaire. La cour ne se demande pas s'il existe une réelle probabilité que l'intéressé avantage ou a de fait avantagé une partie aux dépens de l'autre. La cour s'intéresse à l'impression produite. Même si le juge était on ne peut plus impartial, dans la mesure où des personnes sensées estiment que, compte tenu des circonstances, il y a une réelle probabilité de partialité de sa part, il ne doit pas siéger. S'il siège, sa décision ne peut pas être maintenue: voir *Reg. c. Huggins* et les motifs du lord juge Vaughan Williams dans l'arrêt *Rex c. Sunderland Justices*. Cela dit, il doit y avoir une réelle probabilité de partialité. Suppositions et conjectures ne suffisent pas; voir *Reg. c. Camborne Justice, Ex parte Pearce* et *Reg. c. Nailsworth Licensing Justices, Ex parte Bird*. Il faut que les circonstances soient telles qu'une personne raisonnable puisse penser qu'il est probable ou vraisemblable que le juge ou le président favorise ou a favorisé injustement l'une des parties aux dépens de l'autre. La cour ne cherchera pas à savoir si le juge a effectivement favorisé injustement l'une des parties. Il suffit que des personnes raisonnables puissent le penser. La raison en est évidente. La justice suppose un climat de confiance qui ne peut subsister si des personnes sensées ont l'impression que le juge a fait preuve de partialité.

Voir également *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

L'appelant et les intervenants ont soutenu que les déclarations du juge du procès n'étaient qu'une revue de la preuve et constituaient les motifs de son jugement. Ils ont affirmé que le juge du procès s'est fié à son expérience de la vie et que, nier ce fait, c'est nier la réalité. Je ne suis pas d'accord.

L'expérience de la vie de ce juge — et il en est ainsi de tous les juges de première instance — est un élément important de son aptitude à comprendre le comportement humain, à soupeser la preuve et à apprécier la crédibilité. Elle intervient dans une myriade de décisions qui doivent être prises dans le cours de la plupart des procès. Elle n'est cependant d'aucune utilité pour tirer des conclusions qui ne s'appuient sur aucun élément de preuve. Le fait que, à d'autres occasions, des agents de police ont menti ou réagi avec excès, n'est pas pertinent. L'expérience de la vie ne peut

evidence. There was no evidence before the trial judge to support the conclusions she reached.

se substituer à la preuve. Le juge du procès ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant de tirer les conclusions qu'elle a tirées.

14 The trial judge could not decide this case based on what some police officers did in the past without deciding that all police officers are the same. As stated, the appellant was entitled to call evidence of the police officer's conduct to show that there was in fact evidence to support either his bias or racism. No such evidence was called. The trial judge presumably called upon her life experience to decide the issue. This she was not entitled to do.

Le juge du procès ne pouvait pas trancher en se fondant sur ce que des agents de police avaient fait dans le passé sans décider que tous les agents de police sont les mêmes. Comme je l'ai dit, il était loisible à l'appelant de présenter des éléments de preuve relatifs à la conduite de l'agent de police pour montrer que ses allégations de partialité ou de racisme s'appuyaient sur des faits. Aucune preuve de ce genre n'a été produite. Vraisemblablement, le juge du procès s'en est remis à son expérience de la vie pour statuer sur la question. Elle n'avait pas le droit de le faire.

15 The bedrock of our jurisprudence is the adversary system. Criminal prosecutions are less adversarial because of the Crown's duty to present all the evidence fairly. The system depends on each side's producing facts by way of evidence from which the court decides the issues. Our system, unlike some others, does not permit a judge to become an independent investigator to seek out the facts.

Le processus contradictoire est la pierre angulaire de notre jurisprudence. Le caractère contradictoire des poursuites pénales est moins prononcé parce que le ministère public a l'obligation de présenter toute la preuve équitablement. Chaque partie doit établir les faits au moyen d'éléments de preuve à partir desquels la cour tranche. Notre système judiciaire, contrairement à d'autres, ne permet pas au juge de procéder lui-même à des recherches en vue d'élucider les circonstances.

16 Canadian courts have, in recent years, criticized the stereotyping of people into what is said to be predictable behaviour patterns. If a judge in a sexual assault case instructed the jury or him- or herself that because the complainant was a prostitute he or she probably consented, or that prostitutes are likely to lie about such things as sexual assault, that decision would be reversed. Such presumptions have no place in a system of justice that treats all witnesses equally. Our jurisprudence prohibits tying credibility to something as irrelevant as gender, occupation or perceived group predisposition.

Les tribunaux canadiens se sont, au cours des dernières années, opposés au classement des personnes en catégories de comportement prévisible. Si le juge, dans une affaire d'agression sexuelle, donnait comme directive au jury ou se rappelait qu'étant prostituée la personne qui a porté plainte a probablement consenti, ou que les prostituées sont susceptibles de mentir sur des questions comme l'agression sexuelle, sa décision serait infirmée. De telles présomptions n'ont aucune place dans un système judiciaire qui traite tous les témoins sur un pied d'égalité. Notre jurisprudence interdit de lier la crédibilité à des choses aussi peu pertinentes que le sexe, la profession ou une apparente prédisposition chez les individus d'un groupe.

17 Similarly, we have eliminated the requirement for corroboration of the complainant's evidence. The absolute requirement of corroboration for particular sexual offences and the lesser requirement of a warning to the jury about relying on the vic-

De même, l'exigence d'une corroboration du témoignage du plaignant a été éliminée. L'exigence absolue d'une corroboration dans le cas de certaines infractions à caractère sexuel et l'exigence, de moindre rigueur, d'une mise en garde

tim's uncorroborated testimony have been abolished: see *Criminal Law Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 8, and S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 5. Also eliminated is the need for corroboration in cases where a prosecution is based on the unsworn evidence of children: see S.C. 1987, c. 24, s. 18. The elimination of corroboration shows the present evolution away from stereotyping various classes of witnesses as inherently unreliable.

It can hardly be seen as progress to stereotype police officer witnesses as likely to lie when dealing with non-whites. This would return us to a time in the history of the Canadian justice system that many thought had past. This reasoning, with respect to police officers, is no more legitimate than the stereotyping of women, children or minorities.

In my opinion the comments of the trial judge fall into stereotyping the police officer. She said, among other things, that police officers have been known to mislead the courts, and that police officers overreact when dealing with non-white groups. She then held, in her evaluation of this particular police officer's evidence, that these factors led her to "a state of mind right there that is questionable". The trial judge erred in law by failing to base her conclusions on evidence.

Judges, as arbiters of truth, cannot judge credibility based on irrelevant witness characteristics. All witnesses must be placed on equal footing before the court.

The trial judge concluded the impugned part of her reasons with the following: "[a]t any rate, based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit." What did she mean by basing her judgment, in part, upon her own comments? Did

aux jurés contre l'utilisation du témoignage non corroboré de la victime comme fondement de leur décision ont été abolies; voir *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8, et S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 5. A aussi été supprimée la nécessité d'une corroboration dans les affaires où la poursuite est fondée sur le témoignage non assermenté d'un enfant; voir L.C. 1987, ch. 24, art. 18. L'élimination de l'exigence d'une corroboration montre l'évolution actuelle, soit une distanciation face aux stéréotypes donnant comme peu fiable la déposition de certains témoins en raison de leur appartenance à certaines catégories de personnes.

On peut difficilement qualifier de progressiste le stéréotype suivant lequel les agents de police sont susceptibles de mentir dans une déposition contre un non-Blanc. Cela nous ramènerait à une époque de l'histoire du système judiciaire canadien que beaucoup croyaient révolue. Ce raisonnement à l'égard des agents de police n'est pas plus légitime que les stéréotypes à l'égard des femmes, des enfants ou des minorités.

Selon moi, les commentaires du juge du procès dénotent une opinion toute faite des agents de police. Le juge du procès a dit, entre autres, qu'on sait que des policiers ont trompé la cour et qu'ils réagissent de façon excessive lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Elle a ensuite affirmé, dans son appréciation du témoignage rendu par le policier en question, que ces facteurs l'amenaient à conclure à «un état d'esprit suspect». Le juge du procès a commis une erreur de droit en ne fondant pas ses conclusions sur la preuve.

Le juge, à titre d'arbitre de la vérité, ne peut pas juger de la crédibilité des témoins en se fondant sur des caractéristiques sans pertinence. Tous les témoins doivent être sur un pied d'égalité devant le tribunal.

Le juge du procès a conclu la partie contestée de ses motifs de la façon suivante: «[q]uoi qu'il en soit, vu mes remarques et l'ensemble de la preuve soumise à la cour, je n'ai d'autre choix que de prononcer l'acquittement». Que voulait-elle dire en déclarant fonder en partie son jugement sur ses

18

19

20

21

she mean based on her stereotyping of police officers? Or, did she mean based on her comments analysing the evidence of the parties? Based on the trial record what is clear is that the trial judge did not reach her conclusion on any facts presented at the trial.

propres commentaires? Voulait-elle dire qu'elle se fondait sur ses propres idées préconçues sur les agents de police? Ou, voulait-elle dire qu'elle se fondait sur la partie de ses commentaires analysant la preuve des parties? Il ressort clairement du dossier que le juge du procès n'a pas tiré sa conclusion à partir des faits présentés au procès.

22 It is irrelevant conjecture as to what the trial judge actually intended by these statements. I agree with my colleague Cory J., that there are other plausible explanations of these impugned comments. It may be that all of her remarks were merely intended as a hypothetical response to the Crown's suggestion that the police officer had no reason to lie, and therefore innocuous. However, we are concerned with both the fairness and the appearance of fairness of the trial, and the absence of evidence to support the judgment is an irreparable defect.

Il ne convient pas de former des conjectures sur ce que le juge du procès a vraiment voulu dire. Je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que d'autres explications plausibles peuvent éclaircir les commentaires contestés. Il se peut que, par ces remarques, elle ait voulu simplement répondre à l'affirmation du ministère public selon laquelle l'agent de police n'avait aucune raison de mentir, d'où leur caractère inoffensif. Toutefois, nous sommes intéressés tant par l'équité du procès que par l'impression d'équité qu'il laisse, et l'absence de preuves pour appuyer le jugement est un vice irréparable.

23 I agree with the approach taken by Cory J. with respect to the nature of bias and the test to be used to determine if the words or actions of a judge give rise to apprehension of bias. However, I come to a different conclusion in the application of the test to the words of the trial judge in this case. It follows that I disagree with the approach to reasonable apprehension of bias put forward by Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin.

Je suis d'accord avec l'approche retenue par le juge Cory en ce qui concerne la nature de la partialité et le critère à appliquer pour déterminer si les paroles ou les actes du juge suscitent une crainte de partialité. Cependant, j'en viens à une conclusion différente sur l'application du critère aux paroles prononcées par le juge du procès en l'espèce. Il s'ensuit que je ne puis souscrire à l'approche adoptée à l'égard du critère de la crainte raisonnable de partialité que proposent les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin.

24 The error of law that I attribute to the trial judge's assessment of the evidence or lack of evidence is sufficiently serious that a new trial is ordered.

L'erreur de droit que j'attribue au juge du procès relativement à son appréciation de la preuve ou à l'absence de preuve est suffisamment grave pour qu'un nouveau procès soit ordonné.

25 In the result, I would uphold the disposition of Flinn J.A. in the Court of Appeal (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, and dismiss the appeal.

En définitive, je maintiendrais le dispositif du juge Flinn de la Cour d'appel (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, et je rejetterais le pourvoi.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

26 GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of Justice Cory, the joint reasons of Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin and the reasons

LE JUGE GONTHIER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Cory, les motifs conjoints des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ainsi que les

of Justice Major. I agree with Cory J. and L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. as to the disposition of the appeal and with their exposition of the law on bias and impartiality and the relevance of context. However, I am in agreement with and adopt the joint reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. in their treatment of social context and the manner in which it may appropriately enter the decision-making process as well as their assessment of the trial judge's reasons and comments in the present case.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ AND McLACHLIN JJ. —

I. Introduction

We have read the reasons of our colleague, Justice Cory, and while we agree that this appeal must be allowed, we differ substantially from him in how we reach that outcome. As a result, we find it necessary to write brief concurring reasons.

We endorse Cory J.'s comments on judging in a multicultural society, the importance of perspective and social context in judicial decision-making, and the presumption of judicial integrity. However, we approach the test for reasonable apprehension of bias and its application to the case at bar somewhat differently from our colleague.

In our view, the test for reasonable apprehension of bias established in the jurisprudence is reflective of the reality that while judges can never be neutral, in the sense of purely objective, they can and must strive for impartiality. It therefore recognizes as inevitable and appropriate that the differing experiences of judges assist them in their decision-making process and will be reflected in their judgments, so long as those experiences are relevant to the cases, are not based on inappropriate stereotypes, and do not prevent a fair and just determination of the cases based on the facts in evidence.

motifs du juge Major. Je suis d'accord avec le juge Cory ainsi qu'avec les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin quant au dispositif du pourvoi, à l'exposé des règles de droit relatives à la partialité et à l'impartialité ainsi qu'à l'incidence du contexte. Cependant, je fais miens les motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin en ce qui a trait au contexte social et à l'influence qu'il peut à juste titre exercer sur le processus décisionnel de même que pour ce qui est de l'évaluation des motifs et des commentaires du juge du procès en l'espèce.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ ET McLACHLIN —

I. Introduction

Nous avons pris connaissance des motifs de notre collègue le juge Cory, et, tout en convenant avec lui qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, nous ne sommes pas d'accord sur la façon de parvenir à cette solution. Nous estimons, par conséquent, nécessaire de rédiger de brefs motifs concordants.

Nous endossons les observations du juge Cory sur l'art de juger dans une société multiculturelle, sur l'importance de la perspective et du contexte social dans le processus décisionnel et sur la présomption d'intégrité du juge. Cependant, nous abordons de manière quelque peu différente le test de la crainte raisonnable de partialité et son application en l'espèce.

À notre avis, le test développé par la jurisprudence quant à la crainte raisonnable de partialité reflète cette réalité qui veut que si le juge ne peut jamais être tout à fait neutre, c'est-à-dire parfaitement objectif, il peut et il doit, néanmoins, s'efforcer d'atteindre l'impartialité. Ce test suppose donc qu'il est inévitable et légitime que l'expérience personnelle de chaque juge soit mise à profit et se reflète dans ses jugements, à condition que cette expérience soit pertinente, qu'elle ne soit pas fondée sur des stéréotypes inappropriés, et qu'elle n'entrave pas la résolution juste et équitable de l'affaire à la lumière des faits mis en preuve.

30

We find that on the basis of these principles, there is no reasonable apprehension of bias in the case at bar. Like Cory J. we would, therefore, overturn the findings by the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division) and the majority of the Nova Scotia Court of Appeal that a reasonable apprehension of bias arises in this case, and restore the acquittal of R.D.S. This said, we disagree with Cory J.'s position that the comments of Judge Sparks were unfortunate, unnecessary, or close to the line. Rather, we find them to reflect an entirely appropriate recognition of the facts in evidence in this case and of the context within which this case arose — a context known to Judge Sparks and to any well-informed member of the community.

II. The Test for Reasonable Apprehension of Bias

31

The test for reasonable apprehension of bias is that set out by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369. Though he wrote dissenting reasons, de Grandpré J.'s articulation of the test for bias was adopted by the majority of the Court, and has been consistently endorsed by this Court in the intervening two decades: see, for example, *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267. De Grandpré J. stated, at pp. 394-95:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. . . . [T]hat test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

The grounds for this apprehension must, however, be substantial and I . . . refus[e] to accept the suggestion that the test be related to the "very sensitive or scrupulous conscience".

Nous concluons à la lumière de ces principes qu'il ne peut y avoir crainte raisonnable de partialité en l'espèce. Nous convenons donc avec le juge Cory qu'il y a lieu d'infirmer la conclusion tirée par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance) et par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse qu'il y ait en l'espèce une crainte raisonnable de partialité, et de rétablir l'acquittal de R.D.S. Cela dit, nous ne partageons pas l'avis du juge Cory selon lequel les observations du juge Sparks étaient malheureuses ou inutiles ou qu'elles frôlaient la limite acceptable. Au contraire, nous estimons qu'elles traduisent une appréciation tout à fait appropriée des faits mis en preuve ainsi que du contexte dans lequel l'affaire s'est déroulée, contexte connu du juge Sparks ainsi que de tout membre bien informé de la collectivité.

II. Le test applicable à la crainte raisonnable de partialité

Le test applicable à la crainte raisonnable de partialité a été énoncé par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369. Bien qu'il ait été dissident, le test qu'il a formulé a été adopté par la majorité et a été constamment repris par notre Cour au cours des deux décennies subséquentes: voir par exemple *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267. Le juge de Grandpré a déclaré, aux pp. 394 et 395:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [...] [C]e critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Toutefois, les motifs de crainte doivent être sérieux et je [...] refuse d'admettre que le critère doit être celui d'«une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne».

As Cory J. notes at para. 92, the scope and stringency of the duty of fairness articulated by de Grandpré depends largely on the role and function of the tribunal in question. Although judicial proceedings will generally be bound by the requirements of natural justice to a greater degree than will hearings before administrative tribunals, judicial decision-makers, by virtue of their positions, have nonetheless been granted considerable deference by appellate courts inquiring into the apprehension of bias. This is because judges “are assumed to be [people] of conscience and intellectual discipline, capable of judging a particular controversy fairly on the basis of its own circumstances”: *United States v. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941), at p. 421. The presumption of impartiality carries considerable weight, for as Blackstone opined at p. 361 in *Commentaries on the Laws of England*, Book III, cited at footnote 49 in Richard F. Devlin, “We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in R. v. R.D.S.” (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408, at p. 417, “the law will not suppose a possibility of bias or favour in a judge, who is already sworn to administer impartial justice, and whose authority greatly depends upon that presumption and idea”. Thus, reviewing courts have been hesitant to make a finding of bias or to perceive a reasonable apprehension of bias on the part of a judge, in the absence of convincing evidence to that effect: *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.), at pp. 60-61.

Notwithstanding the strong presumption of impartiality that applies to judges, they will nevertheless be held to certain stringent standards regarding bias — “a reasonable apprehension that the judge might not act in an entirely impartial manner is ground for disqualification”: *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833, at pp. 842-43.

In order to apply this test, it is necessary to distinguish between the impartiality which is required

Ainsi que le fait observer le juge Cory au par. 92, la portée de l’obligation d’agir équitablement définie par le juge de Grandpré et la rigueur avec laquelle elle s’applique varieront grandement selon le rôle et les fonctions du tribunal en question. Bien que les procédures judiciaires soient généralement davantage soumises aux impératifs de justice naturelle que ne le sont les instances administratives, les juges des tribunaux judiciaires, de par leur position, ont néanmoins, bénéficié d’une déférence considérable de la part des cours d’appel appelées à examiner une allégation de crainte raisonnable de partialité. C’est que les juges [TRADUCTION] «sont tenus pour avoir une conscience et une discipline intellectuelle et être capables de trancher équitablement un litige à la lumière de ses circonstances propres»: *United States c. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941), à la p. 421. Cette présomption d’impartialité a une importance considérable puisque, comme l’a fait observer Blackstone, aux pp. 21 et 22, dans *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. 5, cité au renvoi 49 de l’article de Richard F. Devlin intitulé «We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in R. v. R.D.S.» (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408, à la p. 417, «la loi ne peut supposer de la faveur, de la partialité, dans un juge, qui, avant tout, s’est engagé par serment à administrer la justice avec une sévère intégrité, et dont l’autorité dépend en grande partie de l’idée qu’on a conçue de lui à cet égard». C’est ainsi que les cours d’appel ont hésité à conclure à la partialité ou à l’existence d’une crainte raisonnable de partialité en l’absence d’une preuve concluante en ce sens: *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.), aux pp. 60 et 61.

Malgré cette forte présomption d’impartialité, les juges sont tenus à certaines normes strictes pour ce qui est de la partialité car la «crainte raisonnable que le juge pourrait ne pas agir d’une façon complètement impartiale est un motif de récusation»: *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833, aux pp. 842 et 843.

Afin d’appliquer le test, il est nécessaire d’établir une distinction entre l’impartialité, à laquelle

32

33

34

of all judges, and the concept of judicial neutrality. The distinction we would draw is that reflected in the insightful words of Benjamin N. Cardozo in *The Nature of the Judicial Process* (1921), at pp. 12-13 and 167, where he affirmed the importance of impartiality, while at the same time recognizing the fallacy of judicial neutrality:

There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals. All their lives, forces which they do not recognize and cannot name, have been tugging at them — inherited instincts, traditional beliefs, acquired convictions; and the resultant is an outlook on life, a conception of social needs In this mental background every problem finds its setting. We may try to see things as objectively as we please. None the less, we can never see them with any eyes except our own.

. . . .

Deep below consciousness are other forces, the likes and the dislikes, the predilections and the prejudices, the complex of instincts and emotions and habits and convictions, which make the [person], whether he [or she] be litigant or judge.

35

Cardozo recognized that objectivity was an impossibility because judges, like all other humans, operate from their own perspectives. As the Canadian Judicial Council noted in *Commentaries on Judicial Conduct* (1991), at p. 12, “[t]here is no human being who is not the product of every social experience, every process of education, and every human contact”. What is possible and desirable, they note, is impartiality:

. . . the wisdom required of a judge is to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies that fellow citizens are free to carry, untested, to the grave.

True impartiality does not require that the judge have no sympathies or opinions; it requires that the judge nevertheless be free to entertain and act upon different points of view with an open mind.

sont tenus tous les juges, et la neutralité. Cette distinction fait écho aux propos de Benjamin N. Cardozo dans *The Nature of the Judicial Process* (1921), aux pp. 12, 13 et 167, où il a affirmé l’importance de l’impartialité tout en reconnaissant l’illusion de la neutralité du juge:

[TRADUCTION] Il y a en chacun de nous une tendance, qu’on peut appeler philosophie ou autre chose, qui donne cohérence et orientation à la pensée et à l’action. Le juge ne peut pas plus se soustraire à ce courant que le commun des mortels. Sa vie durant, des forces dont il n’a pas conscience et qu’il ne peut nommer, l’ont entraîné — instincts, atavismes, croyances traditionnelles, convictions acquises; et la résultante est une perspective sur la vie, une conception des besoins sociaux Chaque problème qui se pose à l’esprit se détache sur cette toile de fond. Nous pouvons essayer de voir les choses le plus objectivement possible. Il n’empêche que nous ne pouvons les voir avec d’autres yeux que les nôtres propres.

. . . .

Dans notre subconscient se trouvent enfouies d’autres forces, préférences et aversions, prédilections et préventions, tout un ensemble d’instincts, d’émotions, d’habitudes et de convictions, qui font l’être humain, qu’il soit juge ou justiciable.

Cardozo reconnaît que l’objectivité est chose impossible parce que les juges, comme tous les autres êtres humains, sont conditionnés par leur propre perspective. Ainsi que l’a noté le Conseil canadien de la magistrature dans ses *Propos sur la conduite des juges* (1991), à la p. 15, «[t]out être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous». Ce qui est possible et souhaitable, selon le Conseil, c’est l’impartialité:

La sagesse que l’on exige d’un juge lui impose d’admettre, de permettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l’ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d’emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé.

La véritable impartialité n’exige pas que le juge n’ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d’accueillir et d’utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert.

III. The Reasonable Person

The presence or absence of an apprehension of bias is evaluated through the eyes of the reasonable, informed, practical and realistic person who considers the matter in some detail (*Committee for Justice and Liberty, supra.*) The person postulated is not a “very sensitive or scrupulous” person, but rather a right-minded person familiar with the circumstances of the case.

It follows that one must consider the reasonable person’s knowledge and understanding of the judicial process and the nature of judging as well as of the community in which the alleged crime occurred.

A. *The Nature of Judging*

As discussed above, judges in a bilingual, multi-racial and multicultural society will undoubtedly approach the task of judging from their varied perspectives. They will certainly have been shaped by, and have gained insight from, their different experiences, and cannot be expected to divorce themselves from these experiences on the occasion of their appointment to the bench. In fact, such a transformation would deny society the benefit of the valuable knowledge gained by the judiciary while they were members of the Bar. As well, it would preclude the achievement of a diversity of backgrounds in the judiciary. The reasonable person does not expect that judges will function as neutral ciphers; however, the reasonable person does demand that judges achieve impartiality in their judging.

It is apparent, and a reasonable person would expect, that triers of fact will be properly influenced in their deliberations by their individual perspectives on the world in which the events in dispute in the courtroom took place. Indeed, judges must rely on their background knowledge in fulfilling their adjudicative function. As David M. Paciocco and Lee Stuesser write in their book *The Law of Evidence* (1996), at p. 277:

In general, the trier of fact is entitled simply to apply common sense and human experience in determining whether evidence is credible and in deciding what use, if

III. La personne raisonnable

L’existence d’une crainte raisonnable de partialité ou son absence est déterminée par référence à une personne raisonnable, bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique (*Committee for Justice and Liberty, précité*). Cette personne n’est pas «de nature scrupuleuse ou tatillonne», c’est plutôt une personne sensée qui connaît les circonstances de la cause.

Il s’ensuit que ce qui entre en ligne de compte, ce sont la connaissance et la compréhension que la personne raisonnable a du processus judiciaire et de l’exercice de la justice ainsi que de la collectivité où le crime reproché a été commis.

A. *La nature de l’art de juger*

Comme nous l’avons déjà noté, il est indubitable que dans une société bilingue, multiraciale et multiculturelle, chaque juge aborde l’exercice de la justice dans une perspective qui lui est propre. Il aura certainement été conditionné et formé par ses expériences personnelles, et on ne peut s’attendre à ce qu’il s’en départisse dès qu’il est nommé juge. En fait, pareille transformation priverait la société du bénéfice des précieuses connaissances acquises alors qu’il était encore avocat. De même, elle empêcherait la réunion d’une diversité d’expériences au sein de la magistrature. La personne raisonnable ne s’attend pas à ce que le juge joue le rôle d’un figurant neutre; elle exige cependant qu’il fasse preuve d’impartialité lorsqu’il rend justice.

Il est manifeste, et la personne raisonnable s’y attend, que le juge des faits est à juste titre influencé dans ses délibérations par sa propre conception du monde dans lequel ont eu lieu les faits litigieux. En effet, il doit s’appuyer sur ses acquis antérieurs pour exercer ses fonctions juridictionnelles. Ainsi que l’ont écrit David M. Paciocco et Lee Stuesser dans *The Law of Evidence* (1996), à la p. 277:

[TRADUCTION] *En général, le juge des faits est habilité simplement à appliquer le bon sens et l’expérience humaine pour décider si la preuve est digne de foi et*

any, to make of it in coming to its finding of fact. [Emphasis in original.]

quel usage, le cas échéant, il peut en faire pour tirer ses conclusions de faits. [En italique dans l'original.]

40 At the same time, where the matter is one of identifying and applying the law to the findings of fact, it must be the law that governs and not a judge's individual beliefs that may conflict with the law. Further, notwithstanding that their own insights into human nature will properly play a role in making findings of credibility or factual determinations, judges must make those determinations only after being equally open to, and considering the views of, all parties before them. The reasonable person, through whose eyes the apprehension of bias is assessed, expects judges to undertake an open-minded, carefully considered, and dispassionately deliberate investigation of the complicated reality of each case before them.

Par contre, quand il s'agit de savoir quelle règle de droit il faut appliquer aux conclusions de faits, ce sont les principes juridiques qui s'imposent et non les croyances personnelles du juge qui peuvent aller à l'encontre de ces principes. Qui plus est, bien que sa compréhension de la nature humaine influe légitimement sur ses conclusions concernant la crédibilité ou les faits, le juge ne doit les tirer qu'après avoir fait preuve d'ouverture d'esprit à l'égard de toutes les parties au litige et après avoir examiné leurs prétentions. La personne raisonnable, à travers les yeux de laquelle est évaluée la crainte de partialité, s'attend à ce que le juge procède avec un esprit ouvert à l'examen prudent, détaché et circonspect de la réalité complexe de chaque affaire dont il est saisi.

41 It is axiomatic that all cases litigated before judges are, to a greater or lesser degree, complex. There is more to a case than who did what to whom, and the questions of fact and law to be determined in any given case do not arise in a vacuum. Rather, they are the consequence of numerous factors, influenced by the innumerable forces which impact on them in a particular context. Judges, acting as finders of fact, must inquire into those forces. In short, they must be aware of the context in which the alleged crime occurred.

À l'évidence, tous les litiges soumis à la justice sont, à des degrés divers, complexes. Il ne s'agit pas seulement de savoir qui a fait quoi à qui; les points de fait et de droit à résoudre dans un cas donné ne sont pas soulevés dans un vacuum. Au contraire, ils sont le fait de nombreux agents et sont influencés par les innombrables forces qui s'exercent sur eux dans un contexte donné. Le juge, qui se prononce sur les faits, doit s'enquérir de ces forces. En somme, il doit être conscient du contexte dans lequel le crime reproché a été commis.

42 Judicial inquiry into the factual, social and psychological context within which litigation arises is not unusual. Rather, a conscious, contextual inquiry has become an accepted step towards judicial impartiality. In that regard, Professor Jennifer Nedelsky's "Embodied Diversity and the Challenges to Law" (1997), 42 *McGill L.J.* 91, at p. 107, offers the following comment:

Il n'est pas inusité que le juge examine le contexte factuel, social et psychologique dans lequel naît le litige. De fait, l'examen délibéré du contexte est maintenant reconnu comme une mesure favorisant l'impartialité du juge. À ce propos, le professeur Jennifer Nedelsky, dans son article intitulé «Embodied Diversity and the Challenges to Law» (1997), 42 *R.D. McGill* 91, fait le commentaire suivant à la p. 107:

What makes it possible for us to genuinely judge, to move beyond our private idiosyncracies and preferences, is our capacity to achieve an "enlargement of mind". We do this by taking different perspectives into account. This is the path out of the blindness of our subjective private conditions. The more views we are able to take into account, the less likely we are to be locked

[TRADUCTION] Ce qui nous permet de juger vraiment, de nous écarter de nos particularités et préférences personnelles, c'est la faculté d'ouvrir notre esprit. Nous y arrivons en prenant en considération différentes perspectives. C'est le moyen de sortir de l'aveuglement de notre subjectivité. Plus nous sommes en mesure de tenir compte de vues différentes, moins nous sommes suscep-

into one perspective It is the capacity for “enlargement of mind” that makes autonomous, impartial judgment possible.

Judicial inquiry into context provides the requisite background for the interpretation and the application of the law. For example, in a case involving alleged police misconduct in denying an accused’s right to counsel, this Court inquired not simply into whether the accused had been read their *Charter* rights, but also used a contextual approach to ensure that the purpose of the constitutionally protected right was fulfilled: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173. The Court, placing itself in the position of the accused, asked how the accused would have experienced and responded to arrest and detention. Against this background, the Court went on to determine what was required to make the right to counsel truly meaningful. This inquiry provided the Court with a larger picture, which was in turn conducive to a more just determination of the case.

An understanding of the context or background essential to judging may be gained from testimony from expert witnesses in order to put the case in context: *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), and *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, from academic studies properly placed before the Court; and from the judge’s personal understanding and experience of the society in which the judge lives and works. This process of enlargement is not only consistent with impartiality; it may also be seen as its essential precondition.

A reasonable person far from being troubled by this process, would see it as an important aid to judicial impartiality.

B. *The Nature of the Community*

The reasonable person, identified by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty*, *supra*, is an informed and right-minded member of the community, a community which, in Canada, supports the fundamental principles

tibles d’être enfermés dans une seule perspective [. . .] C’est cette faculté d’ouvrir notre esprit qui rend possible le jugement indépendant et impartial.

L’examen du contexte par le juge permet de définir la toile de fond nécessaire à l’interprétation et à l’application de la loi. Par exemple, dans une affaire où la police avait été accusée d’inconduite pour avoir dénié à l’accusé le droit de consulter un avocat, la Cour ne s’est pas contentée de vérifier si les agents avaient fait lecture à l’accusé des droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle a adopté une approche contextuelle pour s’assurer que l’objectif du droit protégé par la Constitution était réalisé: *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173. La Cour, se mettant à la place de l’accusé, s’est demandé comment celui-ci aurait réagi à l’arrestation et la détention. Dans ce contexte, elle a déterminé ce qui était nécessaire pour que le droit à l’assistance d’un avocat prenne tout son sens. Cet examen lui a donné une vue d’ensemble de l’affaire, ce qui a abouti à une décision plus juste.

Le juge peut se faire une idée claire du contexte ou de l’historique, ce qui est essentiel pour rendre justice, en s’appuyant sur les témoignages d’experts qui replacent l’affaire dans son contexte (*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), et *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813), sur les ouvrages de doctrine dûment produits en preuve ainsi que sur sa propre compréhension et son expérience de la société au sein de laquelle il vit et travaille. Ce processus d’ouverture est non seulement conforme à l’impartialité, il peut aussi à juste titre être considéré comme une condition préalable essentielle.

Loin d’être préoccupée par ce processus, la personne raisonnable y verrait un important outil de l’impartialité du juge.

B. *La nature de la collectivité*

La personne raisonnable dont parle le juge de Grandpré dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty*, précité, est un membre informé et sensé de la collectivité qui, au Canada, souscrit aux principes constitutionnalisés par la *Charte*. Ces prin-

43

44

45

46

entrenched in the Constitution by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Those fundamental principles include the principles of equality set out in s. 15 of the *Charter* and endorsed in nationwide quasi-constitutional provincial and federal human rights legislation. The reasonable person must be taken to be aware of the history of discrimination faced by disadvantaged groups in Canadian society protected by the *Charter's* equality provisions. These are matters of which judicial notice may be taken. In *Parks, supra*, at p. 342, Doherty J.A., did just this, stating:

Racism, and in particular anti-black racism, is a part of our community's psyche. A significant segment of our community holds overtly racist views. A much larger segment subconsciously operates on the basis of negative racial stereotypes. Furthermore, our institutions, including the criminal justice system, reflect and perpetuate those negative stereotypes.

47

The reasonable person is not only a member of the Canadian community, but also, more specifically, is a member of the local communities in which the case at issue arose (in this case, the Nova Scotian and Halifax communities). Such a person must be taken to possess knowledge of the local population and its racial dynamics, including the existence in the community of a history of widespread and systemic discrimination against black and aboriginal people, and high profile clashes between the police and the visible minority population over policing issues: *Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution* (1989); *R. v. Smith* (1991), 109 N.S.R. (2d) 394 (Co. Ct.). The reasonable person must thus be deemed to be cognizant of the existence of racism in Halifax, Nova Scotia. It follows that judges may take notice of actual racism known to exist in a particular society. Judges have done so with respect to racism in Nova Scotia. In *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S.M.S.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 91 (Fam. Ct.), it was stated at p. 108:

[Racism] is a pernicious reality. The issue of racism existing in Nova Scotia has been well documented in the Marshall Inquiry Report (sub. nom. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*). A per-

cipes fondamentaux embrassent les principes d'égalité prévus à l'art. 15 de la *Charte* et consacrés au pays par les lois quasi constitutionnelles fédérales et provinciales sur les droits de la personne. La personne raisonnable est censée connaître le passé de discrimination dont ont souffert les groupes défavorisés de la société canadienne que protègent les dispositions de la *Charte* relatives aux droits à l'égalité. Il s'agit de facteurs dont le juge peut prendre connaissance d'office. C'est ce qu'a fait le juge Doherty de la Cour d'appel dans *Parks*, précité, en déclarant ce qui suit à la p. 342:

[TRADUCTION] Le racisme, en particulier le racisme anti-noir, est partie intégrante de la mentalité de notre société. Une couche importante de la société professe ouvertement des vues racistes. Une couche plus large encore est inconsciemment influencée par des stéréotypes raciaux négatifs. De surcroît, nos institutions, y compris la justice pénale, reflètent ces stéréotypes négatifs qu'elles perpétuent.

La personne raisonnable fait non seulement partie de la société canadienne, mais, plus particulièrement, des collectivités où l'affaire a pris naissance (en l'espèce, la Nouvelle-Écosse et Halifax). Cette personne est censée connaître la population locale et sa dynamique raciale, y compris son passé de discrimination généralisée et systémique contre les Noirs et les Autochtones, ainsi que les heurts retentissants entre la police et les minorités visibles sur des questions de police: *Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils* (1989); *R. c. Smith* (1991), 109 N.S.R. (2d) 394 (C. cté). La personne raisonnable doit donc être réputée au fait de l'existence du racisme à Halifax (Nouvelle-Écosse). Il s'ensuit que le juge peut prendre connaissance d'office du racisme dont l'existence est notoire dans une société donnée. C'est ce qu'ont fait les juges pour ce qui est du racisme en Nouvelle-Écosse. Dans l'affaire *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S.M.S.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 91 (Trib. fam.), le tribunal s'exprime ainsi à la p. 108:

[TRADUCTION] [Le racisme] est une réalité pernicieuse. Son existence en Nouvelle-Écosse a été bien documentée dans le rapport d'enquête sur l'affaire Marshall (c'est-à-dire la *Commission royale sur les poursuites*

son would have to be stupid, complacent or ignorant not to acknowledge its presence, not only individually, but also systemically and institutionally.

We conclude that the reasonable person contemplated by de Grandpré J., and endorsed by Canadian courts is a person who approaches the question of whether there exists a reasonable apprehension of bias with a complex and contextualized understanding of the issues in the case. The reasonable person understands the impossibility of judicial neutrality, but demands judicial impartiality. The reasonable person is cognizant of the racial dynamics in the local community, and, as a member of the Canadian community, is supportive of the principles of equality.

Before concluding that there exists a reasonable apprehension of bias in the conduct of a judge, the reasonable person would require some clear evidence that the judge in question had improperly used his or her perspective in the decision-making process; this flows from the presumption of impartiality of the judiciary. There must be some indication that the judge was not approaching the case with an open mind fair to all parties. Awareness of the context within which a case occurred would not constitute such evidence; on the contrary, such awareness is consistent with the highest tradition of judicial impartiality.

IV. Application of the Test to the Facts

In assessing whether a reasonable person would perceive the comments of Judge Sparks to give rise to a reasonable apprehension of bias, it is important to bear in mind that the impugned reasons were delivered orally. As Professor Devlin puts it in “We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*”, *supra*, at p. 414:

Trial judges have a heavy workload that allows little time for meticulously thought-through reasoning. This is particularly true when decisions are delivered orally immediately after counsel have finished their arguments.

intentées contre Donald Marshall fils). Il faudrait être stupide, suffisant ou ignorant pour ne pas en reconnaître la présence, non seulement chez les individus, mais aussi au sein du système et des institutions.

Nous concluons que la personne raisonnable, dont parle le juge de Grandpré et qu’ont adoptée les tribunaux canadiens, aborde la question de savoir s’il y a crainte raisonnable de partialité avec une compréhension nuancée et contextuelle des éléments en litige. Elle comprend qu’il est impossible au juge d’être neutre, mais elle exige son impartialité. Elle connaît la dynamique raciale de la collectivité locale et, en tant que membre de la société canadienne, elle souscrit aux principes d’égalité.

Cette personne raisonnable ne conclurait pas que les actes d’un juge suscitent une crainte raisonnable de partialité sans une preuve établissant clairement qu’il a indûment fait intervenir son point de vue dans son jugement; cette exigence découle de la présomption d’impartialité du juge. Il faut qu’il y ait une indication que le juge n’a pas abordé l’affaire avec un esprit ouvert et équitable envers toutes les parties. La connaissance du contexte dans lequel l’affaire a eu lieu ne saurait constituer une telle preuve; au contraire, elle est la marque de la plus haute tradition d’impartialité judiciaire.

IV. Application du test aux faits de l’espèce

Pour évaluer si une personne raisonnable percevrait les propos tenus par le juge Sparks comme susceptibles de donner lieu à une crainte raisonnable de partialité, il est important de rappeler que les motifs attaqués ont été prononcés oralement à l’audience même. Ainsi que l’a fait observer le professeur Devlin dans «We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*», *loc. cit.*, à la p. 414:

[TRADUCTION] Les juges de première instance ont une lourde charge de travail qui ne leur donne guère le temps de motiver par le menu leurs décisions. Il en est particulièrement ainsi des jugements rendus oralement dès la clôture des débats.

48

49

50

(See also *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664.)

It follows that for the purposes of this appeal, the oral reasons issued by Judge Sparks should be read in their entirety, and the impugned passages should be construed in light of the whole of the trial proceedings and in light of all other portions of the judgment.

51 Judge Sparks was faced with contradictory testimony from the only two witnesses, the appellant R.D.S., and Constable Stienburg. Both testified as to the events that occurred and were subjected to cross-examination. As trier of fact, Judge Sparks was required to assess their testimony, and to determine whether or not, on the evidence before her, she had a reasonable doubt as to the guilt of the appellant R.D.S. It is evident in the transcript that Judge Sparks proceeded to do just that.

52 Judge Sparks briefly summarized the contradictory evidence offered by the two witnesses, and then made several observations about credibility. She noted that R.D.S. testified quite candidly, and with considerable detail. She remarked that contrary to the testimony of Constable Stienburg, it was the evidence of R.D.S. that when he arrived on the scene on his bike, his cousin was handcuffed and not struggling in any way. She found the level of detail that R.D.S. provided to have “a ring of truth”, and found him to be “a rather honest young boy”. In the end, while Judge Sparks specifically noted that she did not accept all the evidence given by R.D.S., she nevertheless found him to have raised a reasonable doubt by raising queries in her mind as to what actually occurred.

53 It is important to note that having already found R.D.S. to be credible, and having accepted a sufficient portion of his evidence to leave her with a reasonable doubt as to his guilt, Judge Sparks necessarily disbelieved at least a portion of the conflicting evidence of Constable Stienburg. At that point, Judge Sparks made reference to the submissions of the Crown that “there’s absolutely no reason to attack the credibility of the officer”, and

(Voir aussi *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, à la p. 664.)

Il s’ensuit que, dans le cadre du présent pourvoi, il faut lire l’intégralité des motifs prononcés oralement par le juge Sparks, et les passages attaqués doivent être interprétés à la lumière de l’ensemble des procédures de première instance, et compte tenu des autres passages du jugement.

Le juge Sparks a entendu les témoignages contradictoires des deux seuls témoins, l’appellant R.D.S. et l’agent de police Stienburg. L’un et l’autre ont témoigné sur ce qui s’était passé et ils ont été contre-interrogés. À titre de juge des faits, le juge Sparks devait peser leurs témoignages respectifs et décider si, à la lumière de la preuve produite, elle avait un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’appellant R.D.S. Il ressort de la transcription des débats que c’est exactement ce qu’elle a fait.

Le juge Sparks a brièvement récapitulé les témoignages contradictoires des deux témoins, puis a fait plusieurs observations en matière de crédibilité. Elle a noté que R.D.S. témoignait en toute franchise et donnait beaucoup de détails. Elle a fait remarquer que, contrairement à l’agent Stienburg, R.D.S. a témoigné qu’à son arrivée à bicyclette sur les lieux, son cousin avait les menottes aux poignets et ne se débattait pas du tout. Elle a trouvé que l’abondance des détails donnés par R.D.S. avait [TRADUCTION] «l’accent de la vérité» et que celui-ci était [TRADUCTION] «un garçon plutôt honnête». Enfin, tout en notant expressément qu’elle n’ajoutait pas foi à la totalité du témoignage de R.D.S., elle a conclu qu’il avait soulevé un doute raisonnable en suscitant dans son esprit des questions sur ce qui s’était réellement passé.

Il est important de noter qu’ayant jugé R.D.S. digne de foi et ayant trouvé suffisamment d’éléments dans son témoignage pour susciter un doute raisonnable sur sa culpabilité, le juge Sparks rejetait par le fait même une partie au moins du témoignage contradictoire de l’agent Stienburg. Elle a alors rappelé la prétention du ministère public selon laquelle [TRADUCTION] «il n’y a absolument aucune raison d’attaquer la crédibilité du policier»

then addressed herself to why there might, in fact, be a reason to attack the credibility of the officer in this case. It is in this context that Judge Sparks made the statements which have prompted this appeal:

The Crown says, well, why would the officer say that events occurred the way in which he has relayed them to the Court this morning. I am not saying that the Constable has misled the court, although police officers have been known to do that in the past. I am not saying that the officer overreacted, but certainly police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups. That to me indicates a state of mind right there that is questionable. I believe that probably the situation in this particular case is the case of a young police officer who overreacted. I do accept the evidence of [R.D.S.] that he was told to shut up or he would be under arrest. It seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day.

At any rate, based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit.

These remarks do not support the conclusion that Judge Sparks found Constable Stienburg to have lied. In fact, Judge Sparks did quite the opposite. She noted firstly, that she was not saying Constable Stienburg had misled the court, although that could be an explanation for his evidence. She then went on to remark that she was not saying that Constable Stienburg had overreacted, though she was alive to that possibility given that it had happened with police officers in the past, and in particular, it had happened when police officers were dealing with non-white groups. Finally, Judge Sparks concluded that, though she was not willing to say that Constable Stienburg did overreact, it was her belief that he probably overreacted. And, in support of that finding, she noted that she accepted the evidence of R.D.S. that “he was told to shut up or he would be under arrest”.

At no time did Judge Sparks rule that the probable overreaction by Constable Stienburg was motivated by racism. Rather, she tied her finding of probable overreaction to the evidence that Constable Stienburg had threatened to arrest the appellant R.D.S. for speaking to his cousin. At the same

et a expliqué ensuite pourquoi il pourrait y avoir en fait une raison de le faire dans le cas présent. C’est dans ce contexte qu’elle a fait l’observation suivante qui est à l’origine du présent pourvoi:

[TRADUCTION] Le ministère public dit, bien, pourquoi le policier aurait-il dit que les événements se sont déroulés comme il les a relatés à la Cour ce matin? Je ne dis pas que l’agent a trompé la Cour, bien qu’on sache que des policiers l’aient fait dans le passé. Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s’il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu’ils ont affaire à des groupes non blancs. Cela me semble dénoter en soi un état d’esprit suspect. Je crois que nous sommes vraisemblablement en présence dans cette affaire-ci d’un jeune policier qui a réagi de façon excessive. J’accepte le témoignage de [R.D.S.] selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d’être arrêté. Cela semble conforme à l’attitude courante du jour.

Quoi qu’il en soit, vu mes remarques et l’ensemble de la preuve soumise à la cour, je n’ai d’autre choix que de prononcer l’acquittement.

Ces observations ne permettent pas de conclure que le juge Sparks a statué que l’agent Stienburg avait menti. En fait, elle dit exactement le contraire. Elle a noté pour commencer qu’elle ne disait pas qu’il avait trompé la cour, bien que cela puisse expliquer son témoignage. Elle a ensuite fait remarquer qu’elle ne disait pas qu’il avait réagi de façon excessive, bien qu’elle reconnaisse cette possibilité étant donné que des agents de police l’avaient fait par le passé, en particulier lorsqu’ils avaient affaire à des groupes non blancs. Enfin, elle a conclu que tout en n’étant pas disposée à dire que l’agent Stienburg avait effectivement réagi de façon excessive, elle pensait qu’il l’avait vraisemblablement fait. Et à l’appui de cette conclusion, elle a fait remarquer qu’elle ajoutait foi à l’affirmation de R.D.S. selon laquelle l’agent de police «lui a intimé de se taire, sous peine d’être arrêté».

À aucun moment le juge Sparks n’a statué que la réaction vraisemblablement excessive de l’agent de police Stienburg était motivée par le racisme. Au contraire, elle a lié sa conclusion relative à la réaction vraisemblablement excessive à la preuve établissant que l’agent de police Stienburg avait

time, there was evidence capable of supporting a finding of racially motivated overreaction. At an earlier point in the proceedings, she had accepted the evidence that the other youth arrested that day, was handcuffed and thus secured when R.D.S. approached. This constitutes evidence which could lead one to question why it was necessary for both boys to be placed in choke holds by Constable Stienburg, purportedly to secure them. In the face of such evidence, we respectfully disagree with the views of our colleagues Cory and Major JJ. that there was no evidence on which Judge Sparks could have found "racially motivated" overreaction by the police officer.

menacé d'arrêter l'appelant R.D.S. parce que celui-ci parlait à son cousin. Au surplus, il y avait des éléments de preuve susceptibles d'appuyer une conclusion qu'il y avait eu réaction excessive fondée sur le racisme. Le juge Sparks avait accepté plus tôt le témoignage selon lequel l'autre adolescent arrêta ce jour-là, était menotté, et donc maîtrisé, lorsque R.D.S. est arrivé sur les lieux. Il s'agit d'une preuve qui pourrait amener quelqu'un à se demander pourquoi l'agent de police Stienburg avait estimé nécessaire d'appliquer une prise d'étranglement aux deux garçons, soi-disant pour les maîtriser. Devant une telle preuve, nous ne pouvons partager l'avis de nos collègues les juges Cory et Major voulant qu'il n'y ait eu aucune preuve à partir de laquelle le juge Sparks aurait pu conclure à une réaction excessive «fondée sur la discrimination raciale» de la part de l'agent de police.

56 While it seems clear that Judge Sparks did not in fact relate the officer's probable overreaction to the race of the appellant R.D.S., it should be noted that if Judge Sparks had chosen to attribute the behaviour of Constable Stienburg to the racial dynamics of the situation, she would not necessarily have erred. As a member of the community, it was open to her to take into account the well-known presence of racism in that community and to evaluate the evidence as to what occurred against that background.

S'il semble clair que le juge Sparks n'a pas dans les faits établi un rapport entre la réaction vraisemblablement excessive de l'agent de police et la race de l'appelant R.D.S., il faut noter que même si elle avait choisi d'imputer l'attitude de l'agent à la dynamique raciale de la situation, elle n'aurait pas forcément commis une erreur. En tant que membre de la collectivité, il lui était loisible de prendre en considération l'existence notoire du racisme dans cette collectivité et d'apprécier la preuve quant à ce qui s'est produit en tenant compte de ce contexte.

57 That Judge Sparks recognized that police officers sometimes overreact when dealing with non-white groups simply demonstrates that in making her determination in this case, she was alive to the well-known racial dynamics that may exist in interactions between police officers and visible minorities. As found by Freeman J.A. in his dissenting judgment at the Court of Appeal (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, at p. 294:

Le fait que le juge Sparks ait reconnu que les agents de police réagissent quelquefois de façon excessive quand ils ont affaire à des groupes non blancs signifie tout simplement qu'en rendant son jugement, elle avait parfaitement conscience de la dynamique raciale notoire qui a pu exister dans les relations entre agents de police et minorités visibles. Ainsi que l'a fait observer le juge Freeman de la Cour d'appel dans ses motifs dissidents (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, à la p. 294:

The case was racially charged, a classic confrontation between a white police officer representing the power of the state and a black youth charged with an offence. Judge Sparks was under a duty to be sensitive to the nuances and implications, and to rely on her own com-

[TRADUCTION] L'affaire était délicate en raison de son aspect racial, c'était la confrontation classique entre un agent de police blanc représentant le pouvoir de l'État et un adolescent noir inculpé d'une infraction. Le juge Sparks se devait d'être sensible aux nuances et aux

mon sense which is necessarily informed by her own experience and understanding.

Given these facts, the question is whether a reasonable and right-minded person, informed of the circumstances of this case, and knowledgeable about the local community and about Canadian *Charter* values, would perceive that the reasons of Judge Sparks would give rise to a reasonable apprehension of bias. In our view, they would not. The clear evidence of prejudgment required to sustain a reasonable apprehension of bias is nowhere to be found.

Judge Sparks' oral reasons show that she approached the case with an open mind, used her experience and knowledge of the community to achieve an understanding of the reality of the case, and applied the fundamental principle of proof beyond a reasonable doubt. Her comments were based entirely on the case before her, were made after a consideration of the conflicting testimony of the two witnesses and in response to the Crown's submissions, and were entirely supported by the evidence. In alerting herself to the racial dynamic in the case, she was simply engaging in the process of contextualized judging which, in our view, was entirely proper and conducive to a fair and just resolution of the case before her.

V. Conclusion

In the result, we agree with Cory J. as to the disposition of this case. We would allow the appeal, overturn the findings of the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division) and the majority of the

Nova Scotia Court of Appeal, and restore the acquittal of the appellant R.D.S.

The judgment of Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J. — In this appeal, it must be determined whether a reasonable apprehension of bias arises

sous-entendus, et de s'en remettre à son propre sens commun, lequel est nécessairement teinté par son expérience et sa vision du monde.

Dans ce contexte, il faut se demander si une personne raisonnable et sensée, informée des circonstances de l'affaire et au fait de la situation locale ainsi que des valeurs consacrées par la *Charte*, estimerait que les motifs de jugement prononcés par le juge Sparks suscitent une crainte raisonnable de partialité. À notre avis, une personne raisonnable ne le penserait pas. Il n'y a pas de preuve établissant clairement l'existence d'un préjugé justifiant une crainte raisonnable de partialité.

Les motifs prononcés oralement par le juge Sparks montrent qu'elle a examiné l'affaire avec un esprit ouvert, qu'elle s'est servie de son expérience et de sa connaissance de la collectivité pour comprendre la réalité de l'affaire, et qu'elle a appliqué la règle fondamentale de la preuve hors de tout doute raisonnable. Ses observations étaient entièrement fondées sur la preuve devant elle, après avoir pesé le témoignage contradictoire des deux témoins et en réponse aux arguments du ministère public. Enfin, ces observations étaient entièrement justifiées par la preuve produite. En se montrant attentive à la dynamique raciale de l'affaire, elle s'est tout simplement efforcée de rendre justice à la lumière du contexte, ce qui était, à notre avis, tout à fait légitime et de nature à favoriser la résolution juste et équitable de l'affaire.

V. Conclusion

En définitive, nous partageons l'avis du juge Cory quant à la façon de trancher le pourvoi. Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les conclusions de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance) et de la majorité de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et de rétablir le verdict d'acquittement de l'appellant R.D.S.

Version française du jugement des juges Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — Dans le présent pourvoi, il faut déterminer si les commentaires qu'a formulés

58

59

60

61

from comments made by the trial judge in providing her reasons for acquitting the accused.

I. Facts

62 R.D.S. is an African-Canadian youth. When he was 15 years of age he was charged with three offences: unlawfully assaulting Constable Donald Stienburg; unlawfully assaulting Constable Stienburg with the intention of preventing the arrest of N.R.; and unlawfully resisting Constable Stienburg in the lawful execution of his duty.

63 The Crown proceeded with the charges by way of summary conviction. There were only two witnesses at the trial: R.D.S. himself and Constable Stienburg. Their accounts of the relevant events differed widely. The credibility of these witnesses would determine the outcome of the charges.

A. Constable Stienburg's Evidence

64 Constable Stienburg testified that he was in his police cruiser with his partner when a radio transmission alerted them that other officers were in pursuit of a stolen van. In the car was a "ride-along", Leslie Lane, who was unable to testify at the trial. The occupants of the stolen van were described as "non-white" youths. When Constable Stienburg and his partner arrived at the designated area they saw two black youths running across the street in front of them. Constable Stienburg detained one of the individuals, N.R., while his partner pursued the other. He testified that there were a number of other people standing around at the time.

65 N.R. was detained outside the police car since the "ride along" was in the back seat. While Constable Stienburg was standing by the side of the road with N.R., the accused, R.D.S., came towards Constable Stienburg on his bicycle. Constable Stienburg testified that R.D.S. ran into his legs, and while still on the bicycle, yelled at him and pushed him. R.D.S. was then arrested for interfering with the arrest of N.R., and Constable

le juge du procès en motivant sa décision d'acquitter l'accusé suscitent une crainte raisonnable de partialité.

I. Les faits

R.D.S. est un jeune afro-canadien. À l'âge de 15 ans, il a été accusé de trois infractions: avoir illégalement exercé des voies de fait contre l'agent de police Donald Stienburg, avoir illégalement exercé des voies de fait contre l'agent Stienburg dans l'intention d'empêcher l'arrestation de N.R. et avoir illégalement résisté à l'agent Stienburg agissant dans l'exercice de ses fonctions.

Le ministère public a procédé par voie sommaire. Deux personnes seulement ont témoigné au procès: R.D.S. lui-même et l'agent Stienburg. Ils ont donné des versions des événements largement différentes. Le sort des accusations reposait sur la crédibilité des témoins.

A. Le témoignage de l'agent Stienburg

L'agent Stienburg a témoigné qu'il était dans sa voiture de patrouille avec son collègue lorsqu'une transmission radio les a prévenus que d'autres agents étaient à la poursuite d'une camionnette volée. Dans la voiture se trouvait un «passager», Leslie Lane, qui n'a pu témoigner au procès. Les occupants de la camionnette volée ont été identifiés comme étant des adolescents «non blancs». Lorsque l'agent Stienburg et son collègue sont arrivés à l'endroit indiqué, ils ont vu deux jeunes Noirs traverser la rue en courant devant eux. L'agent Stienburg s'est emparé de l'un des individus, N.R., pendant que son collègue se mettait à la poursuite de l'autre. Il a témoigné que plusieurs personnes se trouvaient alors sur les lieux.

N.R. a été détenu à l'extérieur de la voiture de police étant donné que le «passager» prenait place sur le siège arrière. Tandis que l'agent Stienburg se tenait sur le bord de la route avec N.R., l'accusé, R.D.S., s'est dirigé vers lui à bicyclette. L'agent Stienburg a témoigné que R.D.S. lui a foncé dans les jambes et, toujours à bicyclette, l'a poussé en criant. R.D.S. a alors été arrêté pour avoir entravé l'arrestation de N.R. et l'agent Stienburg a

Stienburg called for back-up. Constable Stienburg stated that he put both R.D.S. and N.R. in “a neck restraint”. When R.D.S. was finally brought to the police station, he was read his rights, and charged with the three offences.

In cross-examination, it was suggested to Constable Stienburg that R.D.S. had been overcharged. It was pointed out that R.D.S. had no prior record and it was suggested, although not particularly clearly, that R.D.S. had been singled out because he was black.

B. *Testimony of R.D.S.*

R.D.S. testified that he remembered that the weather on the particular day was misty and humid. While riding his bike from his grandmother’s to his mother’s house he saw the police car and the crowd standing beside it. A friend told him that his cousin N.R. had been arrested. R.D.S. approached the crowd, and stopped his bike when he saw N.R. and the officer. R.D.S. then tried to talk to N.R. to ask him what had happened and to find out if he should tell N.R.’s mother. Constable Stienburg told him: “Shut up, shut up, or you’ll be under arrest too”. When R.D.S. continued to ask N.R. if he should call his mother, Constable Stienburg arrested R.D.S. and put him in a choke hold. R.D.S. indicated that he could not breathe, and that he heard a woman tell the officer to “Let that kid go . . .” He also heard her ask for his phone number. He could not talk so N.R. gave the number to her. R.D.S. indicated that the crowd standing around were all “little kids” under the age of 12. He denied that he ran into anyone or that he intended to run into anyone on his bike. He also testified that his hands remained on the handlebars, and he did not push the officer.

In cross-examination, he indicated that the reason he approached the crowd was because he was “being nosey”. He remembered that N.R. was handcuffed when he arrived. Both R.D.S. and N.R. were placed in a choke hold at the same time. He repeated his denial that he touched the officer

demandé des renforts. Il a déclaré qu’il avait maîtrisé R.D.S. et N.R. en leur faisant une clé autour du cou. R.D.S. a finalement été conduit au poste de police où on lui a fait lecture de ses droits, et il a été inculpé des trois infractions.

En contre-interrogatoire, on a demandé à l’agent Stienburg si les accusations portées contre R.D.S. n’étaient pas excessives. On a souligné que R.D.S. n’avait pas de casier judiciaire, et on a laissé entendre, sans toutefois que cela soit particulièrement clair, qu’on s’en était pris à lui parce qu’il était Noir.

B. *Le témoignage de R.D.S.*

R.D.S. a témoigné qu’il se rappelait que, ce jour-là, le temps était brumeux et humide. Alors qu’il se rendait à bicyclette de la maison de sa grand-mère à celle de sa mère, il a aperçu la voiture de police et l’attroupement qui s’était formé autour. Un ami lui a dit que son cousin N.R. avait été arrêté. R.D.S. s’est approché, puis a arrêté sa bicyclette en voyant N.R. et le policier. Il a alors tenté de parler à N.R. pour lui demander ce qui était arrivé et voir s’il devait prévenir la mère de ce dernier. L’agent Stienburg lui a dit: [TRADUCTION] «Tais-toi, tais-toi ou tu vas être arrêté toi aussi». R.D.S. continuant de demander à N.R. s’il devait appeler sa mère, l’agent Stienburg l’a arrêté en lui faisant une prise d’étranglement. R.D.S. a dit avoir été incapable de respirer et avoir entendu une femme dire au policier: [TRADUCTION] «Laissez cet enfant partir . . .» Il l’a également entendue demander son numéro de téléphone. Comme il ne pouvait pas parler, N.R. lui a donné le numéro. R.D.S. a indiqué que les curieux qui s’étaient rassemblés autour étaient tous des [TRADUCTION] «gamins» de moins de 12 ans. Il a nié s’être lancé sur qui que ce soit avec sa bicyclette ou avoir eu cette intention. Il a également déclaré qu’il avait gardé les mains sur le guidon, et qu’il n’avait pas poussé le policier.

En contre-interrogatoire, il a expliqué qu’il s’était approché de l’attroupement parce qu’il était [TRADUCTION] «fouineur». Il a dit se rappeler qu’à son arrivée N.R. avait les menottes. R.D.S. et N.R. ont tous deux été immobilisés par une prise d’étranglement au même moment. Il a répété ne

66

67

68

either with his bicycle or his hands. He also denied that he said anything to Constable Stienburg prior to his arrest. He indicated that all his questions were directed to N.R.

C. *History of Proceedings*

69 In Youth Court, Judge Sparks weighed the evidence of the two witnesses and determined that R.D.S. should be acquitted. In her oral reasons, she made comments which were challenged as raising a reasonable apprehension of bias. They are the subject of this appeal. After the reasons had been given and an appeal to the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division) had been filed by the Crown, Judge Sparks issued supplementary reasons which outlined in greater detail her impressions of the credibility of both witnesses and the context in which her comments were made.

70 In the Trial Division, Glube C.J.S.C., sitting as summary conviction appeal judge, allowed the Crown's appeal. She held in oral reasons that a new trial was warranted on the basis that the remarks of Judge Sparks gave rise to a reasonable apprehension of bias. This decision was upheld in the Nova Scotia Court of Appeal by Flinn J.A. and Pugsley J.A., Freeman J.A. dissenting.

II. Judgments Below

A. *Youth Court*

71 In her oral reasons, Judge Sparks reviewed the details of Constable Stienburg's testimony, and noted that R.D.S.'s evidence was directly opposed to it. In describing R.D.S.'s testimony, she observed that she was impressed with his clear recollection of the weather conditions on that day, and his candour in pointing out that he was simply being nosey in approaching the crowd. She also noted that his description of being placed in the choke hold was vivid. R.D.S. stated clearly that

pas avoir touché le policier, que ce soit avec sa bicyclette ou avec ses mains. Il a également nié avoir dit quoi que ce soit à l'agent Stienburg avant son arrestation, affirmant que toutes ses questions s'adressaient à N.R.

C. *Historique des procédures*

Au tribunal pour adolescents, le juge Sparks a apprécié le témoignage des deux témoins et a conclu que R.D.S. devait être acquitté. Dans des motifs prononcés oralement, elle a formulé des commentaires qui ont été contestés parce qu'ils suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Ils font l'objet du présent pourvoi. Après le prononcé de ses motifs et le dépôt de l'appel du ministère public devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance), le juge Sparks a déposé des motifs supplémentaires où elle s'est expliquée plus en détail sur ses impressions quant à la crédibilité des deux témoins et sur le contexte dans lequel elle avait formulé ses commentaires.

En section de première instance, le juge en chef Glube, siégeant en appel des décisions de la cour des poursuites sommaires, a accueilli l'appel du ministère public. Elle a conclu dans des motifs prononcés oralement que la tenue d'un nouveau procès était justifiée parce que les remarques du juge Sparks avaient suscité une crainte raisonnable de partialité. Cette décision a été confirmée en Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse par les juges Flinn et Pugsley, le juge Freeman étant dissident.

II. Jugements des instances inférieures

A. *Le tribunal pour adolescents*

Dans ses motifs oraux, le juge Sparks a examiné en détail le témoignage de l'agent Stienburg, soulignant que celui de R.D.S. était radicalement contraire. En décrivant le témoignage de R.D.S., elle a dit avoir été impressionnée par la précision de son souvenir des conditions météo ce jour-là et par la candeur dont il avait fait preuve en expliquant que c'était son côté fouineur qui l'avait poussé à s'approcher de la foule. Elle a également relevé sa description frappante de la prise d'étranglement.

when he was placed in the choke hold, he could not speak and had difficulty breathing. In fact, he was unable to respond when a woman asked him for his phone number so she could notify his mother.

The Youth Court Judge paid particular attention to R.D.S.'s testimony that N.R. was handcuffed when R.D.S. arrived on the scene. This aspect of R.D.S.'s testimony suggested that N.R. was not a threat to the officer. Significantly, Constable Stienburg did not mention that N.R. was handcuffed, and gave the court the distinct impression that he had difficulty restraining N.R. In Judge Sparks' view, R.D.S.'s testimony that N.R. was handcuffed had "a ring of truth" to it, which raised questions in her mind about the divergence between R.D.S.'s evidence and the evidence of Constable Stienburg on this point.

In general, Judge Sparks described R.D.S.'s demeanour as "positive", even though he was not particularly articulate. She found him to be a "rather honest young boy". In particular, she was struck by his openness in acknowledging his own "nosiness" and by his surprise at the hostility of the police officer. Judge Sparks indicated that she was not saying that she accepted everything that R.D.S. said, but noted that "certainly he has raised a doubt in my mind". She still had queries about "what actually transpired on the afternoon of October the 17th". As a result, she concluded that the Crown had not discharged its evidentiary burden to prove all the elements of the offence beyond a reasonable doubt.

She concluded her reasons with the controversial remarks that gave rise to this appeal. They are as follows:

The Crown says, well, why would the officer say that events occurred the way in which he has relayed them to the Court this morning. I am not saying that the Consta-

R.D.S. a raconté clairement que lorsqu'on lui a appliqué cette prise, il ne pouvait pas parler et avait de la difficulté à respirer. De fait, il a été incapable de répondre lorsqu'une femme lui a demandé son numéro de téléphone afin de prévenir sa mère.

Le juge du tribunal pour adolescents a attaché une importance particulière à la déclaration de R.D.S. selon laquelle N.R. avait les menottes aux poignets lorsqu'il est arrivé sur les lieux. Cet aspect du témoignage de R.D.S. donnait à penser que N.R. ne constituait pas une menace pour le policier. Fait à noter, l'agent Stienburg n'a pas indiqué que N.R. était menotté, donnant à la cour la nette impression qu'il avait de la difficulté à maîtriser N.R. De l'avis du juge Sparks, le témoignage de R.D.S. sur les menottes que portait N.R. avait [TRADUCTION] «l'accent de la vérité», ce qui a soulevé des questions dans son esprit sur les divergences entre le témoignage de R.D.S. et celui de l'agent Stienburg sur ce point.

De façon générale, le juge Sparks a qualifié le comportement de R.D.S. de [TRADUCTION] «positif», même s'il ne s'exprimait pas très clairement. Elle a estimé que c'était un [TRADUCTION] «garçon plutôt honnête». Elle a été frappée, en particulier, par la spontanéité avec laquelle il a reconnu être «fouineur» et par son étonnement devant l'hostilité du policier. Faisant remarquer qu'elle ne voulait pas dire qu'elle acceptait tout ce que R.D.S. avait dit, le juge Sparks a ajouté qu'il avait [TRADUCTION] «certainement soulevé un doute dans [s]on esprit». Elle a dit qu'elle continuait de s'interroger sur [TRADUCTION] «ce qui s'était réellement passé dans l'après-midi du 17 octobre». Aussi a-t-elle conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable.

Le juge Sparks a terminé ses motifs sur les remarques controversées qui ont donné lieu au présent pourvoi. Les voici:

[TRADUCTION] Le ministère public dit, bien, pourquoi le policier aurait-il dit que les événements se sont déroulés comme il les a relatés à la Cour ce matin? Je ne

72

73

74

ble has misled the court, although police officers have been known to do that in the past. I am not saying that the officer overreacted, but certainly police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups. That to me indicates a state of mind right there that is questionable. I believe that probably the situation in this particular case is the case of a young police officer who overreacted. I do accept the evidence of [R.D.S.] that he was told to shut up or he would be under arrest. It seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day.

At any rate, based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit.

In conclusion, she agreed with the defence counsel that the accused had been overcharged, and that the first two counts duplicated each other. However, nothing turned on this since she dismissed all three charges.

B. *Nova Scotia Supreme Court (Trial Division)*, [1995] N.S.J. No. 184 (QL)

75 On appeal, Glube C.J.S.C. expressed the view that she could not consider the supplementary reasons provided by the Youth Court Judge. The decision was, in her view, made in the oral reasons at the original trial, and the supplementary reasons did not form the basis for the Crown's appeal. If Judge Sparks had intended to issue additional reasons, she should have indicated this to counsel either at the trial or shortly thereafter. Both parties agreed that Judge Sparks was *functus officio* when she issued her supplementary reasons, and that they could not be considered. Glube C.J.S.C. indicated that her own review of the case law supported this conclusion.

76 Glube C.J.S.C. then considered the allegations of actual and apprehended bias made by the Crown on the basis of Judge Sparks' final remarks in her oral reasons. She rejected the defence's argument that there is no appeal on questions of fact and summarized the general principles pertaining to appellate review of those findings. She observed,

dis pas que l'agent a trompé la Cour, bien qu'on sache que des policiers l'aient fait dans le passé. Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s'il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Cela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect. Je crois que nous sommes vraisemblablement en présence dans cette affaire-ci d'un jeune policier qui a réagi de façon excessive. J'accepte le témoignage de [R.D.S.] selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté. Cela semble conforme à l'attitude courante du jour.

Quoi qu'il en soit, vu mes remarques et l'ensemble de la preuve soumise à la cour, je n'ai d'autre choix que de prononcer l'acquittement.

En conclusion, elle a convenu avec l'avocat de la défense que l'accusé avait fait l'objet d'accusations excessives, et que les deux premiers chefs se chevauchaient. Toutefois, cela n'a eu aucune incidence puisqu'elle a rejeté les trois accusations.

B. *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance)*, [1995] N.S.J. No. 184 (QL)

En appel, le juge en chef Glube était d'avis qu'elle ne pouvait prendre en considération les motifs supplémentaires du juge du tribunal pour adolescents. Selon elle, la décision avait été rendue dans les motifs oraux prononcés au procès lui-même, et les motifs supplémentaires ne constituaient pas le fondement de l'appel du ministère public. Si le juge Sparks avait projeté de déposer des motifs supplémentaires, elle aurait dû en informer les avocats au procès ou peu après. Les deux parties ont convenu que le juge Sparks était *functus officio* lorsqu'elle a déposé ses motifs supplémentaires, et que ceux-ci ne pouvaient être pris en considération. Le juge en chef Glube a indiqué que son propre examen de la jurisprudence étayait cette conclusion.

Le juge en chef Glube a ensuite examiné les allégations de partialité, réelle et apparente, faites par le ministère public sur la base des remarques qu'a formulées le juge Sparks à la fin de ses motifs oraux. Elle a rejeté l'argument de la défense voulant qu'il n'y ait pas d'appel sur des questions de fait, et elle a résumé les principes généraux régis-

at para. 17, that a Crown's appeal from an acquittal will only succeed "where the verdict is unreasonable or not supported by the evidence".

She expressed the view that if a reasonable apprehension of bias arises, the verdict would not be supported by the evidence. Relying on *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315 (Alta. C.A.), she indicated that the entitlement to an impartial decision-maker applies to the Crown as well as the accused. The principles of fundamental justice "includ[e] natural justice and a duty to act fairly" (para. 21). These principles impose a duty on the decision-maker to be and to appear to be impartial. If these principles apply to administrative tribunals, they must apply even more to courts.

Glube C.J.S.C. found nothing in the transcript of the hearing itself that would give rise to an impression that Judge Sparks was biased. Furthermore, if the reasons of Judge Sparks had ended with her conclusion that the Crown had not satisfied its burden of proof, there would be no basis for the appeal. Judge Sparks had made clear findings of credibility that favoured the accused. Unfortunately, however, she went on and made the impugned comments. Glube C.J.S.C. was of the view that there was no basis in the evidence for Judge Sparks' statements. In particular, there was no evidence of the "prevalent attitude of the day" (para. 24). She stated at para. 25 that "judges must be extremely careful to avoid expressing views which do not form part of the evidence".

She found that the test for reasonable apprehension of bias is an objective one, based on what the reasonable, right-minded person with knowledge of the facts would conclude. In her view, the reasonable person would conclude that there was a reasonable apprehension of bias on the part of Judge Sparks, in spite of her thorough review of the facts and her findings of credibility. As a result, a new trial was warranted.

sant l'examen en appel de ces conclusions de fait. Elle a souligné, au par. 17, que l'appel du ministère public contre un acquittement ne pourra être accueilli que [TRADUCTION] «si le verdict est déraisonnable ou non fondé sur la preuve».

Elle s'est dite d'avis que s'il y avait crainte raisonnable de partialité, le verdict ne serait pas fondé sur la preuve. Invoquant l'arrêt *R. c. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315 (C.A. Alb.), elle a indiqué que le droit à un décideur impartial s'appliquait autant au ministère public qu'à l'accusé. Les principes de justice fondamentale [TRADUCTION] «inclu[en]t la justice naturelle et le devoir d'agir équitablement» (par. 21). Ces principes imposent au décideur l'obligation d'être et de paraître impartial. Si ces principes s'appliquent aux tribunaux administratifs, ils s'appliquent a fortiori aux tribunaux judiciaires.

Selon le juge en chef Glube, rien dans la transcription de l'audience elle-même ne donne à penser que le juge Sparks était partielle. De plus, si celle-ci s'était bornée à conclure que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait, il n'y aurait pas eu de motif d'appel. Le juge Sparks avait, sur la question de la crédibilité, tiré des conclusions nettement favorables à l'accusé. Malheureusement, toutefois, elle a poursuivi en formulant les remarques contestées. Le juge en chef Glube s'est dite d'avis que rien dans la preuve ne permettait d'étayer les déclarations du juge Sparks. En particulier, il n'y avait aucune preuve quant à «l'attitude courante du jour» (par. 24). Le juge en chef Glube a dit, au par. 25, que [TRADUCTION] «les juges doivent éviter soigneusement d'exprimer des opinions qui ne font pas partie de la preuve».

Le juge en chef Glube a estimé que le critère de la crainte raisonnable de partialité était un critère objectif, fondé sur ce qu'une personne raisonnable et sensée, au courant des faits, conclurait. À son avis, la personne raisonnable conclurait qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du juge Sparks, en dépit de son examen détaillé des faits et de ses conclusions touchant la crédibilité des témoins. En conséquence, la tenue d'un nouveau procès était justifiée.

77

78

79

C. *Court of Appeal* (1995), 145 N.S.R. (2d) 284

(i) Flinn J.A. (Pugsley J.A. concurring)

80

Flinn J.A. noted that the Crown can only appeal a summary conviction acquittal on a question of law with leave of the court. If the summary conviction appeal court judge made no error of law, then there is no appeal from her decision. He then rejected the accused's argument that Glube C.J.S.C. had improperly reexamined and redetermined issues of credibility. Since her decision was based on reasonable apprehension of bias, she did not err in law in declining to defer to the trial judge's findings.

81

Flinn J.A. reviewed the test for reasonable apprehension of bias. He concluded that bias reflects the inability of the judge to act impartially. The test is objective and the standard of reasonableness applies to the person who perceives the bias, as well as the apprehension of bias itself. The test requires a consideration of what the reasonable, right-minded person, with knowledge of all the facts, would think with regard to the apprehension of bias. The apprehension must be reasonable, and suspicion or conjecture is not enough. Finally, it is not necessary to show that actual bias influenced the result.

82

In Flinn J.A.'s opinion, Glube C.J.S.C. made no error in applying the test to the decision of the Youth Court Judge. She was correct to point out that there was no evidence to justify Judge Sparks' comments. Whether or not the comments reflected "an unfortunate social reality", the issue was whether Judge Sparks considered factors not in evidence when she made her critical findings of credibility and decided to acquit the accused. Judge Sparks used her general comments to conclude that Constable Stienburg overreacted. There was no evidence regarding "the prevalent attitude of the day" or the reasons why the officer overreacted. Concerns regarding overreaction were not canvassed in cross-examination of the officer, and

C. *La Cour d'appel* (1995), 145 N.S.R. (2d) 284

(i) Le juge Flinn (avec l'appui du juge Pugsley)

Le juge Flinn a fait remarquer qu'en matière de procédure sommaire, le ministère public ne pouvait interjeter appel d'un acquittement que sur une question de droit avec l'autorisation de la cour. Si le juge siégeant en appel des décisions de la cour des poursuites sommaires n'a commis aucune erreur de droit, sa décision ne peut être portée en appel. Le juge Flinn a ensuite rejeté l'argument de l'accusé voulant que le juge en chef Glube ait à tort réexaminé et réévalué les questions de crédibilité. Sa décision étant fondée sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, elle n'a pas commis d'erreur de droit en refusant de s'en remettre aux conclusions du juge du procès.

Le juge Flinn a analysé le critère de la crainte raisonnable de partialité, concluant que cette notion recouvrait l'incapacité du juge d'agir de façon impartiale. Il s'agit d'un critère objectif, et la norme du caractère raisonnable s'applique tant à la personne qui perçoit la partialité qu'à la crainte de partialité elle-même. Le critère nécessite l'examen de ce qu'une personne raisonnable et sensée, au courant de tous les faits, penserait de la crainte de partialité. La crainte doit être raisonnable, et le soupçon ou la conjecture ne sont pas suffisants. Enfin, il n'est pas nécessaire de démontrer que le résultat est le fruit de la partialité dans les faits.

De l'avis du juge Flinn, le juge en chef Glube n'a pas commis d'erreur en appliquant le critère à la décision du juge du tribunal pour adolescents. Elle a souligné à juste titre qu'aucune preuve ne justifiait les remarques du juge Sparks. Indépendamment de la possibilité que les remarques traduisent [TRADUCTION] «une réalité sociale regrettable», la question était de savoir si le juge Sparks a pris en considération des facteurs ne faisant pas partie de la preuve lorsqu'elle a tiré ses conclusions cruciales sur la crédibilité des témoins et décidé d'acquitter l'accusé. Le juge Sparks s'est fondée sur ses commentaires généraux pour conclure que l'agent Stienburg avait eu une réaction excessive. Or, il n'y avait rien dans la preuve con-

the officer had no opportunity to address these concerns in his testimony.

As a result, Flinn J.A. was of the view that “[t]he unfortunate use of these generalizations, by the Youth Court judge” would lead a reasonable, fully informed person to conclude that Judge Sparks had based her findings of credibility at least partially on the basis of matters not in evidence. This was unfair. The appeal was therefore dismissed.

Finally, Flinn J.A. rejected the argument that Glube C.J.S.C. had inappropriately adopted a formal equality approach to the question of reasonable apprehension of bias. He agreed with the Crown that the appellant’s *Charter* argument on this point was not properly raised by the appeal, and in any event, that Glube C.J.S.C.’s approach was not inappropriate.

(ii) Freeman J.A. (dissenting)

Freeman J.A. agreed with the articulation of the law set out by the majority. However, he was of the view at p. 292 that “it was perfectly proper for the trial judge, in weighing the evidence before her, to consider the racial perspective”. He was not satisfied that this gave rise to a perception that she was biased.

He indicated that although it was not clear what Judge Sparks meant by her reference to the “prevalent attitude of the day”, it was possible that she was referring to the attitudes exhibited on the day of R.D.S.’s arrest. There was evidence before her on that point. At any rate, he was prepared to give Judge Sparks the benefit of the doubt on this remark, and to regard it as a neutral factor in the

cernant «l’attitude courante du jour» ou les raisons de la réaction excessive du policier. La possibilité d’une réaction excessive n’a pas été abordée dans le contre-interrogatoire du policier et ce dernier n’a pas eu l’occasion de s’expliquer à ce sujet en témoignage.

En conséquence, le juge Flinn s’est dit d’avis que [TRADUCTION] «[l]’usage malheureux que le juge du tribunal pour adolescents a fait de ces généralisations» conduirait une personne raisonnable, pleinement renseignée, à conclure que, au moins en partie, le juge Sparks a tiré ses conclusions relatives à la crédibilité des témoins sur la foi d’éléments qui n’étaient pas en preuve. Cela était inéquitable. L’appel a donc été rejeté.

Enfin, le juge Flinn a rejeté l’argument voulant que le juge en chef Glube ait à tort adopté une perspective d’égalité formelle eu égard à la question de la crainte raisonnable de partialité. Il a convenu avec le ministère public que l’argument fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés* qu’a invoqué l’appelant sur ce point n’était pas proprement soulevé en appel et que, en tout état de cause, la méthode adoptée par le juge Glube n’était pas inappropriée.

(ii) Le juge Freeman (dissident)

Le juge Freeman a souscrit à l’analyse du droit exposée par les juges majoritaires. Il a toutefois exprimé l’avis, à la p. 292, que [TRADUCTION] «le juge du procès était parfaitement fondée, dans l’appréciation des témoignages qui lui ont été présentés, à prendre en considération l’aspect racial». Il n’a pas acquis la conviction que cela ait fait naître une crainte de partialité de sa part.

Le juge Freeman a indiqué que bien qu’on ne sache pas exactement ce que le juge Sparks voulait dire quand elle a parlé de «l’attitude courante du jour», il était possible qu’elle ait fait ainsi allusion aux attitudes manifestées le jour de l’arrestation de R.D.S. Des éléments de preuve lui avaient été soumis sur ce point. Quoi qu’il en soit, le juge Freeman s’est dit disposé à donner au juge Sparks le bénéfice du doute sur cette remarque, et à tenir celle-ci pour un facteur neutre dans la décision.

83

84

85

86

decision. The only remaining remarks related to the possible racism of the police.

Seules restaient les remarques se rapportant à la possibilité de racisme de la part de la police.

⁸⁷ Freeman J.A. was struck by the delicate racial dynamics of the courtroom. In his view, at p. 294, “Judge Sparks was under a duty to be sensitive to the nuances and implications, and to rely on her own common sense which is necessarily informed by her own experience and understanding”. He noted the unfortunate truth that most individuals generally know that police officers have on occasion misled the court or overreacted when dealing with non-white groups. Judge Sparks did not state that the officer did either of these things. Such a finding would have required evidence.

Le juge Freeman a été frappé par la délicate dynamique raciale qui régnait dans la salle d’audience. À son avis, [TRADUCTION] «[l]e juge Sparks se devait d’être sensible aux nuances et aux sous-entendus, et de s’en remettre à son propre sens commun, lequel est nécessairement teinté par son expérience et sa vision du monde» (p. 294). Il a pris acte de la triste réalité, savoir qu’il est de commune renommée que les policiers trompent à l’occasion la cour ou réagissent parfois de façon excessive lorsqu’ils ont affaire à des groupes non blancs. Le juge Sparks n’a pas dit que le policier avait fait l’un ou l’autre. Une telle conclusion aurait exigé d’être étayée par la preuve.

⁸⁸ Judge Sparks did state that the officer overreacted, but she related it to her finding that she believed R.D.S.’s statement that the officer told him to shut up or he would be under arrest. This was not a biased conclusion, since it indicated her concern that the charges might have arisen more as a result of R.D.S.’s verbal interference, than of any physical act. There was certainly some evidence on which Judge Sparks could conclude that the officer overreacted, and this determination was within her purview. If the finding of overreaction did not give rise to a reasonable apprehension of bias, Freeman J.A. was not satisfied that any other comments made by Judge Sparks would do so. He would have allowed the appeal.

Certes, le juge Sparks a dit que le policier avait réagi de façon excessive, mais elle a relié cette conclusion à la déclaration de R.D.S., à laquelle elle ajoutait foi, voulant que le policier lui ait dit de se taire, sinon il serait arrêté. Cette conclusion n’était pas partielle, car elle traduisait sa préoccupation que les accusations aient pu résulter davantage de l’intervention verbale de R.D.S. que d’un acte physique. La conclusion du juge Sparks que le policier avait réagi de manière excessive pouvait manifestement s’appuyer sur certains éléments de preuve, et cette conclusion était de son ressort. Si la conclusion relative à la réaction excessive ne suscitait pas une crainte raisonnable de partialité, aucune autre remarque du juge Sparks ne pouvait, selon le juge Freeman, susciter pareille crainte. Il aurait accueilli l’appel.

III. Issues

III. Les questions en litige

⁸⁹ Only one issue arises on this appeal:

Le présent pourvoi soulève une seule question:

Did the comments made by Judge Sparks in her reasons give rise to a reasonable apprehension of bias?

Les commentaires faits par le juge Sparks dans ses motifs suscitent-ils une crainte raisonnable de partialité?

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *Can this Court Consider Judge Sparks’ Supplementary Reasons?*

A. *Notre Cour peut-elle prendre en considération les motifs supplémentaires du juge Sparks?*

Glube C.J.S.C. correctly concluded that the supplementary reasons issued by Judge Sparks after the appeal had been filed could not be taken into account in assessing whether or not the reasons of Judge Sparks gave rise to a reasonable apprehension of bias. The parties did not dispute this determination in the Court of Appeal. In this Court, the appellant did not raise this issue in argument and proceeded on the basis that the supplementary reasons were not before the Court. The respondent Crown submitted in oral argument that the supplementary reasons should be considered as part of the overall picture in determining whether a reasonable apprehension of bias arose from Judge Sparks' conduct. The Crown appeared to be suggesting that the very fact of their issuance, as well as their substance, was an important factor in the impression of bias that was created. At this late stage it would be most unfair to accept that submission. Accordingly, the supplementary reasons should not be considered.

B. Ascertaining the Existence of a Reasonable Apprehension of Bias

(i) Fair Trial and The Right to an Unbiased Adjudicator

A system of justice, if it is to have the respect and confidence of its society, must ensure that trials are fair and that they appear to be fair to the informed and reasonable observer. This is a fundamental goal of the justice system in any free and democratic society.

It is a well-established principle that all adjudicative tribunals and administrative bodies owe a duty of fairness to the parties who must appear before them. See for example *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636. In order to fulfil this duty the decision-maker must be and appear to be unbiased. The scope of this duty and the rigour with which it is applied will vary with the nature of the tribunal in question.

Le juge en chef Glube a conclu à juste titre que les motifs supplémentaires déposés par le juge Sparks après le dépôt de l'appel ne pouvaient être pris en considération pour déterminer si ses motifs ont suscité une crainte raisonnable de partialité. Les parties n'ont pas contesté cette décision de la Cour d'appel. Devant notre Cour, l'appelant n'a pas soulevé cette question dans sa plaidoirie, tenant pour acquis que les motifs supplémentaires n'étaient pas devant la Cour. Le ministère public intimé a fait valoir oralement que les motifs supplémentaires devaient être pris en considération en tant qu'élément du portrait général pour apprécier si la conduite du juge Sparks a suscité une crainte raisonnable de partialité. Le ministère public a paru sous-entendre que le fait même de leur existence, autant que leur contenu, était un facteur important dans l'impression de partialité qui a été créée. À ce stade avancé, il serait hautement inéquitable d'accepter pareil argument. En conséquence, il ne convient pas de prendre en considération les motifs supplémentaires.

B. Appréciation de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité

(i) Procès équitable et droit à un arbitre impartial

Pour mériter le respect et la confiance de la société, le système de justice doit faire en sorte que les procès soient équitables et qu'ils paraissent équitables aux yeux de l'observateur renseigné et raisonnable. Tel est le but fondamental assigné au système de justice dans une société libre et démocratique.

C'est un principe bien établi que tous les tribunaux juridictionnels et les corps administratifs sont tenus d'agir équitablement envers les parties qui ont à comparaître devant eux. Voir à titre d'exemple *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la p. 636. Afin de remplir cette obligation, le décideur doit être impartial et paraître impartial. La portée de cette obligation et la rigueur avec laquelle elle s'applique varieront suivant la nature du tribunal en question.

90

91

92

93

For very good reason it has long been determined that the courts should be held to the highest standards of impartiality. *Newfoundland Telephone*, *supra*, at p. 638; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 660-61. This principle was recently confirmed and emphasized by the majority in *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, at para. 7, where it was said “[t]he right to a trial before an impartial judge is of fundamental importance to our system of justice”. The right to trial by an impartial tribunal has been expressly enshrined by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Pour une excellente raison, on a décidé depuis longtemps que les cours de justice devaient respecter les plus hautes normes d'impartialité. Arrêts *Newfoundland Telephone*, précité, à la p. 638; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, aux pp. 660 et 661. Ce principe a été récemment confirmé et mis en relief dans l'arrêt *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, au par. 7, où les juges majoritaires ont dit que «[l]e droit à un procès devant un juge impartial est d'une importance fondamentale pour notre système de justice». Le droit à un procès devant un tribunal impartial a été élevé au rang de droit constitutionnel par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

94

Trial judges in Canada exercise wide powers. They enjoy judicial independence, security of tenure and financial security. Most importantly, they enjoy the respect of the vast majority of Canadians. That respect has been earned by their ability to conduct trials fairly and impartially. These qualities are of fundamental importance to our society and to members of the judiciary. Fairness and impartiality must be both subjectively present and objectively demonstrated to the informed and reasonable observer. If the words or actions of the presiding judge give rise to a reasonable apprehension of bias to the informed and reasonable observer, this will render the trial unfair.

Les juges qui instruisent les procès au Canada exercent de larges pouvoirs. Ils jouissent de l'indépendance, de l'inamovibilité ainsi que de la sécurité financière. Mais avant tout, ils jouissent du respect de la vaste majorité des Canadiens. Ce respect, ils le doivent à leur capacité de veiller à la conduite des procès en toute équité et impartialité. Ces qualités revêtent une importance fondamentale pour la société et les membres de la magistrature. L'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable. Si les paroles ou les actes du juge qui préside suscitent, chez l'observateur renseigné et raisonnable, une crainte raisonnable de partialité, cela rend le procès inéquitable.

95

Canada is not an insular, homogeneous society. It is enriched by the presence and contributions of citizens of many different races, nationalities and ethnic origins. The multicultural nature of Canadian society has been recognized in s. 27 of the *Charter*. Section 27 provides that the *Charter* itself is to be interpreted in a manner that is consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. Yet our judges must be particularly sensitive to the need not only to be fair but also to appear to all reasonable observers to be fair to all Canadians of every race, religion, nationality and ethnic origin. This is a far more difficult task in Canada than it would be in a homogeneous society. Remarks which would pass

Le Canada n'est pas une société fermée, homogène. Il s'enrichit de la présence et de la contribution de citoyens appartenant à de nombreuses races, nationalités et origines ethniques. Le caractère multiculturel de la société canadienne est reconnu à l'art. 27 de la *Charte*, qui porte que l'interprétation de la *Charte* elle-même doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Encore nos juges doivent-ils être particulièrement sensibles à la nécessité non seulement d'être équitables, mais de paraître, aux yeux de tous les observateurs raisonnables, équitables envers les Canadiens de toute race, religion, nationalité et origine ethnique. Cette tâche est beaucoup

unnoticed in other societies could well raise a reasonable apprehension of bias in Canada.

Usually, in a criminal trial, actual or perceived judicial bias is alleged by the accused. However, nothing precludes the Crown from making a similar allegation. Indeed it has a duty to make such a submission in appropriate circumstances. Even in the absence of explicit constitutional protection, it is an important principle of our legal system that a trial must be fair to all parties — to the Crown as well as to the accused. See, for example, *R. v. Gushman*, [1994] O.J. No. 813 (Gen. Div.). In *Curragh*, *supra*, this Court recently upheld an allegation of perceived bias arising from the conduct of a trial judge towards a Crown attorney. In a slightly different context, it has been held that if a judge forms or appears to form a biased opinion against a Crown witness, for example, a sexual assault complainant, the trial may be unfair to the Crown: *Wald*, *supra*, at p. 336.

The question which must be answered in this appeal is whether the comments made by Judge Sparks in her reasons give rise to a reasonable apprehension that she was not impartial as between the Crown and the accused. The Crown's position, in essence, is that Judge Sparks did not give the essential and requisite appearance of impartiality because her comments indicated that she prejudged an issue in the case, or to put it another way, she reached her determination on the basis of factors which were not in evidence.

(ii) Standard of Review

Before dealing with the issue of apprehended bias, it is necessary to address an argument raised by the appellant and the interveners African-Canadian Legal Clinic et al. They stressed that this appeal turns entirely on findings of credibility. There were only two witnesses, and their evidence

plus difficile au Canada qu'elle ne le serait dans une société homogène. Des remarques qui passeraient inaperçues dans d'autres sociétés pourraient fort bien susciter une crainte raisonnable de partialité au Canada.

Habituellement, c'est l'accusé qui, dans un procès criminel, allègue la partialité, réelle ou apparente, du tribunal. Toutefois, rien n'empêche le ministère public de faire une allégation similaire. Il y est même tenu lorsque les circonstances l'exigent. Même s'il ne fait pas l'objet d'une protection constitutionnelle explicite, c'est un important principe de notre système juridique que le procès doit être équitable pour toutes les parties — pour le ministère public comme pour l'accusé. Voir à titre d'exemple *R. c. Gushman*, [1994] O.J. No. 813 (Div. gén.). Dans l'arrêt *Curragh*, précité, notre Cour a récemment maintenu une allégation de crainte de partialité suscitée par la conduite du juge du procès envers un substitut du procureur général. Dans un contexte légèrement différent, on a conclu que si le juge forme ou paraît former une opinion partielle contre un témoin du ministère public, par exemple la victime d'une agression sexuelle, il y a possibilité que le procès soit inéquitable envers le ministère public: arrêt *Wald*, précité, à la p. 336.

Dans le présent pourvoi, il faut répondre à la question de savoir si, en raison des commentaires qu'elle a faits dans ses motifs, on peut raisonnablement craindre qu'entre le ministère public et l'accusé, le juge Sparks n'était pas impartiale. Avant tout, le ministère public soutient que le juge Sparks n'a pas donné l'essentielle et nécessaire impression d'impartialité parce qu'il ressort de ses commentaires qu'elle avait une opinion préconçue sur un aspect de l'affaire ou, en d'autres termes, qu'elle est arrivée à une décision en se fondant sur des éléments qui n'étaient pas en preuve.

(ii) Norme de révision

Avant d'aborder la question de la crainte de partialité, il est nécessaire d'examiner un argument soulevé par l'appellant et les intervenants, l'African-Canadian Legal Clinic et autres. Ceux-ci ont fait valoir que l'issue du présent pourvoi est entièrement fonction des conclusions relatives à la cré-

96

97

98

was contradictory. Judge Sparks' role was therefore simply to determine the issue of credibility. The appellant and the interveners argued that it is a well-established principle of law that appellate courts should defer to such findings, and that Glube C.J.S.C. improperly reviewed Judge Sparks' findings of credibility. In my view, these submissions are not entirely correct.

dibilité des témoins. Il n'y a eu que deux témoins et leurs témoignages sont contradictoires. Le juge Sparks devait donc simplement trancher la question de leur crédibilité. L'appelant et les intervenants ont soutenu que, suivant un principe de droit reconnu, les cours d'appel doivent faire montre de retenue à l'égard de telles conclusions, et que c'est à tort que le juge en chef Glube a révisé les conclusions du juge Sparks à ce sujet. À mon avis, ces observations ne sont pas tout à fait justes.

99 If actual or apprehended bias arises from a judge's words or conduct, then the judge has exceeded his or her jurisdiction. See *Curragh*, *supra*, at para. 5; *Gushman*, *supra*, at para. 28. This excess of jurisdiction can be remedied by an application to the presiding judge for disqualification if the proceedings are still underway, or by appellate review of the judge's decision. In the context of appellate review, it has recently been held that a "properly drawn conclusion that there is a reasonable apprehension of bias will ordinarily lead inexorably to the decision that a new trial must be held": *Curragh*, *supra*, at para. 5.

Si les paroles ou la conduite du juge suscitent une crainte de partialité ou dénotent réellement sa partialité, il excède sa compétence. Voir les décisions *Curragh*, précitée, au par. 5; *Gushman*, précitée, au par. 28. On peut remédier à cet excès de compétence en présentant une requête en récusation adressée au juge présidant l'instance si celle-ci se poursuit, ou en demandant l'examen en appel de la décision du juge. Dans le cadre de l'examen en appel, on a jugé récemment que la «conclusion correctement tirée qu'il existe une crainte raisonnable de partialité mène habituellement, de façon inexorable, à la décision qu'il doit y avoir un nouveau procès»: arrêt *Curragh*, précité, au par. 5.

100 If a reasonable apprehension of bias arises, it colours the entire trial proceedings and it cannot be cured by the correctness of the subsequent decision. See *Newfoundland Telephone*, *supra*, at p. 645; see also *Curragh*, *supra*, at para. 6. Thus, the mere fact that the judge appears to make proper findings of credibility on certain issues or comes to the correct result cannot alleviate the effects of a reasonable apprehension of bias arising from other words or conduct of the judge. In the context of an application to disqualify a judge from sitting in a particular lawsuit, it has been held that where there is a reasonable apprehension of bias, "it is impossible to render a final decision resting on findings as to credibility made under such circumstances": *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833, at p. 843. However, if the words or conduct of the judge, viewed in context, do not give rise to a reasonable apprehension of bias, the findings of the judge will not be tainted, no matter how troubling the impugned words or actions may be.

S'il y a crainte raisonnable de partialité, c'est l'ensemble des procédures du procès qui sont viciées et la décision subséquente aussi bien fondée soit-elle ne peut y remédier. Voir l'arrêt *Newfoundland Telephone*, précité, à la p. 645; voir aussi l'arrêt *Curragh*, précité, au par. 6. Ainsi, le simple fait que le juge paraît, sur certains points, avoir tiré des conclusions justes quant à la crédibilité ou qu'il arrive à un résultat correct ne peut dissiper les effets de la crainte raisonnable de partialité que d'autres paroles ou actes du juge ont pu susciter. Dans le contexte d'une requête en récusation du juge siégeant dans une poursuite donnée, on a statué que lorsqu'il y a crainte raisonnable de partialité, «on ne peut rendre une décision finale à partir de conclusions sur la crédibilité formulées dans de pareilles conditions»: *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833, à la p. 843. Toutefois, si les paroles ou la conduite du juge, eu égard au contexte, ne suscitent pas de crainte raisonnable de partialité, ses conclusions n'en seront pas entachées, quelque inquiétantes qu'elles puissent être.

Therefore, while the appellant is correct that appellate courts have wisely adopted a deferential standard of review in examining factual determinations made by lower courts, including findings of credibility, it is somewhat misleading to characterize the issue in this appeal as one of credibility alone. If Judge Sparks' findings of credibility were tainted by bias, real or apprehended, they would be made without jurisdiction, and would not warrant appellate deference. On the other hand, if her findings were not tainted by bias, then the case turned entirely on her findings of credibility and an appellate court should not interfere with those findings, unless they were clearly unreasonable or not supported by the evidence. See for example, *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at pp. 131-32.

Thus the sole issue is whether Judge Sparks' reasons demonstrated actual or perceivable bias. If they did, then Glube C.J.S.C. not only had the jurisdiction to overturn them but also an obligation to order a new trial. A judicial determination at first instance that real or apprehended bias exists may itself be worthy of some deference by appellate courts: *Huerto v. College of Physicians and Surgeons* (1996), 133 D.L.R. (4th) 100 (Sask. C.A.), at p. 105. However, an allegation of judicial bias raises such serious and sensitive issues that the basic interests of justice require appellate courts to retain some scope to review that determination.

(iii) What is Bias?

It may be helpful to begin by articulating what is meant by impartiality. In deciding whether bias arises in a particular case, it is relatively rare for courts to explore the definition of bias. In this appeal, however, this task is essential, if the Crown's allegation against Judge Sparks is to be properly understood and addressed. See Prof. Richard F. Devlin, "We Can't Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racial-

Par conséquent, si l'appelant a raison de dire que les cours d'appel ont, avec sagesse, adopté une norme d'examen fondée sur la retenue en ce qui concerne l'analyse des conclusions factuelles des tribunaux d'instance inférieure, dont les conclusions relatives à la crédibilité des témoins, il est quelque peu trompeur de définir la question en litige dans le présent pourvoi comme se ramenant à une question de crédibilité. Si les conclusions du juge Sparks sur la crédibilité étaient entachées de partialité ou de crainte de partialité, elles auraient été tirées sans compétence, et elles ne justifiaient pas le respect de la cour d'appel. Par contre, si ses conclusions n'étaient pas entachées de partialité, alors l'affaire portait entièrement sur lesdites conclusions et la cour d'appel ne devait pas les modifier, sauf si elles étaient manifestement déraisonnables ou ne s'appuyaient pas sur la preuve. Voir à titre d'exemple *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, aux pp. 131 et 132.

Ainsi, la seule question est de savoir si les motifs du juge Sparks dénotaient une partialité réelle ou apparente. Dans l'affirmative, non seulement le juge en chef Glube avait-elle compétence pour les écarter, mais elle avait l'obligation d'ordonner un nouveau procès. La détermination en première instance qu'il y a partialité ou crainte de partialité peut, en soi, justifier une certaine retenue de la part des cours d'appel: *Huerto c. College of Physicians and Surgeons* (1996), 133 D.L.R. (4th) 100 (C.A. Sask.), à la p. 105. Toutefois, une allégation de partialité judiciaire soulève des questions si graves et délicates que les intérêts fondamentaux de la justice exigent que les cours d'appel conservent un certain regard sur cette détermination.

(iii) Qu'est-ce que la partialité?

Il est peut-être utile de commencer par définir ce qu'on entend par impartialité. Lorsqu'ils décident s'il y a partialité dans une affaire donnée, les tribunaux ont assez rarement l'occasion d'explorer la définition de la partialité. Dans le présent pourvoi toutefois, cette tâche est essentielle pour bien saisir le sens de l'allégation que formule le ministère public à l'endroit du juge Sparks. Voir le professeur Richard F. Devlin, «We Can't Go On Together

101

102

103

ized Perspective in *R. v. R.D.S.*” (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408, at pp. 438-39.

ther with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*» (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408, aux pp. 438 et 439.

104 In *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685, Le Dain J. held that the concept of impartiality describes “a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case”. He added that “[t]he word ‘impartial’ . . . connotes absence of bias, actual or perceived”. See also *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 283. In a more positive sense, impartiality can be described — perhaps somewhat inexactly — as a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome, and is open to persuasion by the evidence and submissions.

Dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 685, le juge Le Dain a conclu que la notion d’impartialité désigne «un état d’esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée». Il a ajouté: «[l]e terme «impartial» [. . .] connote une absence de préjugé, réel ou apparent». Voir également *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 283. Dans un sens plus positif, l’impartialité peut être décrite — peut-être de façon quelque peu inexacte — comme l’état d’esprit de l’arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d’être persuadé par la preuve et les arguments soumis.

105 In contrast, bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result, or that is closed with regard to particular issues. A helpful explanation of this concept was provided by Scalia J. in *Liteky v. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994), at p. 1155:

Par contraste, la partialité dénote un état d’esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions. Le juge Scalia a fourni une explication intéressante de cette notion dans *Liteky c. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994), à la p. 1155:

The words [bias or prejudice] connote a favorable or unfavorable disposition or opinion that is somehow *wrongful* or *inappropriate*, either because it is undeserved, or because it rests upon knowledge that the subject ought not to possess (for example, a criminal juror who has been biased or prejudiced by receipt of inadmissible evidence concerning the defendant’s prior criminal activities), or because it is excessive in degree (for example, a criminal juror who is so inflamed by properly admitted evidence of a defendant’s prior criminal activities that he will vote guilty regardless of the facts). [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Les termes [partialité ou préjugé] connotent une disposition ou une opinion favorable ou défavorable qui, pour une raison ou une autre, est *erronée* ou *inappropriée*, soit parce qu’elle est injustifiée ou qu’elle repose sur des connaissances que le sujet ne devrait pas posséder (par exemple, dans un procès criminel, le juré qui devient partial ou est de parti pris après avoir reçu des éléments de preuve inadmissibles concernant les activités criminelles antérieures du défendeur), ou parce qu’elle est excessive (par exemple, le juré dans un procès criminel qui est si offusqué par la preuve des activités criminelles antérieures du défendeur, légalement admise, qu’il votera la culpabilité quels que soient les faits). [En italique dans l’original.]

Scalia J. was careful to stress that not every favourable or unfavourable disposition attracts the label of bias or prejudice. For example, it cannot be said that those who condemn Hitler are biased or prejudiced. This unfavourable disposition is objectively justifiable — in other words, it is not “wrongful or inappropriate”: *Liteky*, *supra*, at p. 1155.

Le juge Scalia a pris soin de souligner que ce ne sont pas toutes les dispositions favorables ou défavorables qui justifieront qu’on parle de partialité ou de préjugé. Ainsi, on ne saurait prétendre que ceux qui condamnent Hitler sont partiaux ou ont un parti pris. Cette disposition défavorable est objectivement justifiable — en d’autres termes, elle n’est pas «erronée ou inappropriée»: *Liteky*, précité, à la p. 1155.

A similar statement of these principles is found in *R. v. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (H.C.), in which Watt J. noted at pp. 51-52:

In common usage bias describes a leaning, inclination, bent or predisposition towards one side or another or a particular result. In its application to legal proceedings, it represents a predisposition to decide an issue or cause in a certain way which does not leave the judicial mind perfectly open to conviction. Bias is a condition or state of mind which sways judgment and renders a judicial officer unable to exercise his or her functions impartially in a particular case.

See also *R. v. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (Gen. Div.), at para. 64; *Gushman*, *supra*, at para. 29.

Doherty J.A. in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), leave to appeal denied, [1994] 1 S.C.R. x, held that partiality and bias are in fact not the same thing. In addressing the question of potential partiality or bias of jurors, he noted at p. 336 that:

Partiality has both an attitudinal and behavioural component. It refers to one who has certain preconceived biases, and who will allow those biases to affect his or her verdict despite the trial safeguards designed to prevent reliance on those biases.

In demonstrating partiality, it is therefore not enough to show that a particular juror has certain beliefs, opinions or even biases. It must be demonstrated that those beliefs, opinions or biases prevent the juror (or, I would add, any other decision-maker) from setting aside any preconceptions and coming to a decision on the basis of the evidence: *Parks*, *supra*, at pp. 336-37.

This analysis is certainly not exhaustive. Different factors may determine the issue where, for example, the allegation relates to direct pecuniary bias or some other personal interest in the outcome of a case. Yet the concepts articulated can be used as guiding principles in the consideration of this case.

Ces principes sont exposés de manière similaire dans *R. c. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (H.C.), où le juge Watt a fait observer ceci, aux pp. 51 et 52:

[TRADUCTION] Dans la langue courante, le terme partialité désigne une tendance, une inclination ou une prédisposition conduisant à privilégier une partie plutôt qu'une autre ou un résultat particulier. Dans le domaine des procédures judiciaires, c'est la prédisposition à trancher une question ou une affaire d'une certaine façon qui ne permet pas au juge d'être parfaitement ouvert à la persuasion. La partialité est un état d'esprit qui infléchit le jugement et rend l'officier judiciaire inapte à exercer ses fonctions impartialement dans une affaire donnée.

Voir également *R. c. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (Div. gén.), au par. 64; *Gushman*, précité, au par. 29.

Dans l'arrêt *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x, le juge Doherty a conclu que partialité et préjugé recouvraient en fait deux notions différentes. Analysant la question de la partialité ou des préjugés potentiels des jurés, il a souligné ceci à la 336:

[TRADUCTION] La partialité se dégage à la fois de l'état d'esprit et du comportement. Elle évoque la personne qui a certaines idées préconçues et qui, malgré les mesures de protection destinées à contrer leur présence au procès, laissera ces préjugés influencer son verdict.

Pour établir la partialité, il ne suffit donc pas de démontrer qu'un juré en particulier a certaines croyances, certaines opinions, voire même certains préjugés. Il faut établir que ces croyances, opinions ou préjugés empêchent le juré (ou, ajouterais-je, tout autre décideur) de mettre de côté toute idée préconçue et de parvenir à une décision fondée sur la preuve: *Parks*, précité, aux pp. 336 et 337.

Cette analyse n'est évidemment pas exhaustive. D'autres facteurs peuvent entrer en jeu lorsque, par exemple, l'allégation se rapporte à un parti pris financier direct ou à quelque autre intérêt personnel dans le résultat d'une affaire. Les notions dégagées peuvent toutefois guider notre analyse dans la présente espèce.

106

107

108

(iv) The Test for Finding a Reasonable Apprehension of Bias

109 When it is alleged that a decision-maker is not impartial, the test that must be applied is whether the particular conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias. *Idziak, supra*, at p. 660. It has long been held that actual bias need not be established. This is so because it is usually impossible to determine whether the decision-maker approached the matter with a truly biased state of mind. See *Newfoundland Telephone, supra*, at p. 636.

110 It was in this context that Lord Hewart C.J. articulated the famous maxim: “[it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”: *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259. The Crown suggested that this maxim provided a separate ground for review of Judge Sparks’ decision, and implied that the threshold for appellate intervention is lower when reviewing a decision for “appearance of justice” than for “appearance of bias”. This submission cannot be sustained. The *Sussex Justices* case involved an allegation of bias. The requirement that justice should be seen to be done simply means that the person alleging bias does not have to prove actual bias. The Crown can only succeed if Judge Sparks’ reasons give rise to a reasonable apprehension of bias.

111 The manner in which the test for bias should be applied was set out with great clarity by de Grandpré J. in his dissenting reasons in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394:

[T]he apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. . . . [The] test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. . . .”

(iv) Le critère à appliquer en matière de crainte raisonnable de partialité

Lorsqu’on allègue la partialité du décideur, le critère à appliquer consiste à se demander si la conduite particulière suscite une crainte raisonnable de partialité. Voir arrêt *Idziak*, précité, à la p. 660. On reconnaît depuis longtemps qu’il n’est pas nécessaire d’établir l’existence de la partialité dans les faits. Il est en effet habituellement impossible de déterminer si le décideur a abordé l’affaire avec des idées réellement préconçues. Voir arrêt *Newfoundland Telephone*, précité, à la p. 636.

C’est dans ce contexte que le lord juge en chef Hewart a énoncé la célèbre maxime: [TRADUCTION] «[il] est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue»: *The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259. Le ministère public a avancé que cette maxime constituait un motif distinct d’examen de la décision du juge Sparks, laissant entendre que les cours d’appel interviennent plus volontiers dans les cas où l’«impression de justice» est en jeu que dans les cas où il s’agit d’«apparence de partialité». Cet argument est mal fondé. L’affaire *Sussex Justices* concernait une allégation de partialité. L’exigence que justice paraisse être rendue signifie simplement que la personne qui allègue la partialité n’est pas tenue de prouver l’existence de cette partialité dans les faits. Le ministère public ne peut avoir gain de cause que si les motifs du juge Sparks suscitent une crainte raisonnable de partialité.

Dans ses motifs de dissidence dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, le juge de Grandpré a exposé avec beaucoup de clarté la façon dont il convient d’appliquer le critère de la partialité:

[L]a crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d’une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [. . .] [C]e critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. . . .»

This test has been adopted and applied for the past two decades. It contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable, and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case. See *Bertram*, *supra*, at pp. 54-55; *Gushman*, *supra*, at para. 31. Further the reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including “the traditions of integrity and impartiality that form a part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold”: *R. v. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (H.C.), at para. 14. See also *Stark*, *supra*, at para. 74; *R. v. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (S.C.), at para. 34. To that I would add that the reasonable person should also be taken to be aware of the social reality that forms the background to a particular case, such as societal awareness and acknowledgement of the prevalence of racism or gender bias in a particular community.

The appellant submitted that the test requires a demonstration of “real likelihood” of bias, in the sense that bias is probable, rather than a “mere suspicion”. This submission appears to be unnecessary in light of the sound observations of de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty*, *supra*, at pp. 394-95:

I can see no real difference between the expressions found in the decided cases, be they ‘reasonable apprehension of bias’, ‘reasonable suspicion of bias’, or ‘real likelihood of bias’. The grounds for this apprehension must, however, be substantial and I entirely agree with the Federal Court of Appeal which refused to accept the suggestion that the test be related to the “very sensitive or scrupulous conscience”. [Emphasis added.]

Nonetheless the English and Canadian case law does properly support the appellant’s contention that a real likelihood or probability of bias must be demonstrated, and that a mere suspicion is not enough. See *R. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce*, [1954] 2 All E.R. 850 (Q.B.D.); *Metropolitan Properties Co. v. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577 (C.A.); *R. v. Gough*, [1993] 2 W.L.R. 883 (H.L.);

C’est ce critère qui a été adopté et appliqué au cours des deux dernières décennies. Il comporte un double élément objectif: la personne examinant l’allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l’affaire. Voir les décisions *Bertram*, précitée, aux pp. 54 et 55; *Gushman*, précitée, au par. 31. La personne raisonnable doit de plus être une personne bien renseignée, au courant de l’ensemble des circonstances pertinentes, y compris [TRADUCTION] «des traditions historiques d’intégrité et d’impartialité, et consciente aussi du fait que l’impartialité est l’une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter»: *R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (H.C.), au par. 14. Voir aussi *Stark*, précité, au par. 74; *R. c. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (C.S.), au par. 34. À ceci j’ajouterais que la personne raisonnable est également censée connaître la réalité sociale sous-jacente à une affaire donnée, et être sensible par exemple à l’ampleur du racisme ou des préjugés fondés sur le sexe dans une collectivité donnée.

L’appelant a fait valoir que le critère exige que soit démontrée une «réelle probabilité» de partialité, par opposition au «simple soupçon». Cet argument paraît inutile à la lumière des justes observations du juge de Grandpré dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty*, précité, aux pp. 394 et 395:

Je ne vois pas de différence véritable entre les expressions que l’on retrouve dans la jurisprudence, qu’il s’agisse de «crainte raisonnable de partialité», «de soupçon raisonnable de partialité», ou «de réelle probabilité de partialité». Toutefois, les motifs de crainte doivent être sérieux et je suis complètement d’accord avec la Cour d’appel fédérale qui refuse d’admettre que le critère doit être celui d’«une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne». [Je souligne.]

Néanmoins, la jurisprudence anglaise et canadienne appuie avec raison la prétention de l’appelant selon laquelle il faut établir une réelle probabilité de partialité car un simple soupçon est insuffisant. Voir *R. c. Camborne Justices, Ex parte Pearce*, [1954] 2 All E.R. 850 (Q.B.D.); *Metropolitan Properties Co. c. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577 (C.A.); *R. c. Gough*, [1993] 2 W.L.R. 883 (H.L.);

Bertram, supra, at p. 53; *Stark, supra*, at para. 74; *Gushman, supra*, at para. 30.

Bertram, précité, à la p. 53; *Stark*, précité, au par. 74; *Gushman*, précité, au par. 30.

113 Regardless of the precise words used to describe the test, the object of the different formulations is to emphasize that the threshold for a finding of real or perceived bias is high. It is a finding that must be carefully considered since it calls into question an element of judicial integrity. Indeed an allegation of reasonable apprehension of bias calls into question not simply the personal integrity of the judge, but the integrity of the entire administration of justice. See *Stark, supra*, at paras. 19-20. Where reasonable grounds to make such an allegation arise, counsel must be free to fearlessly raise such allegations. Yet, this is a serious step that should not be undertaken lightly.

Peu importe les mots précis utilisés pour définir le critère, ses diverses formulations visent à souligner la rigueur dont il faut faire preuve pour conclure à la partialité, réelle ou apparente. C'est une conclusion qu'il faut examiner soigneusement car elle met en cause un aspect de l'intégrité judiciaire. De fait, l'allégation de crainte raisonnable de partialité met en cause non seulement l'intégrité personnelle du juge, mais celle de l'administration de la justice toute entière. Voir la décision *Stark*, précitée, aux par. 19 et 20. Lorsqu'existent des motifs raisonnables de formuler une telle allégation, les avocats ne doivent pas redouter d'agir. C'est toutefois une décision sérieuse qu'on ne doit pas prendre à la légère.

114 The onus of demonstrating bias lies with the person who is alleging its existence: *Bertram, supra*, at p. 28; *Lin, supra*, at para. 30. Further, whether a reasonable apprehension of bias arises will depend entirely on the facts of the case.

La charge d'établir la partialité incombe à la personne qui en allègue l'existence: *Bertram*, précité, à la p. 28; *Lin*, précité, au par. 30. De plus, la crainte raisonnable de partialité sera entièrement fonction des faits de l'espèce.

115 Finally, in the context of the current appeal, it is vital to bear in mind that the test for reasonable apprehension of bias applies equally to all judges, regardless of their background, gender, race, ethnic origin, or any other characteristic. A judge who happens to be black is no more likely to be biased in dealing with black litigants, than a white judge is likely to be biased in favour of white litigants. All judges of every race, colour, religion, or national background are entitled to the same presumption of judicial integrity and the same high threshold for a finding of bias. Similarly, all judges are subject to the same fundamental duties to be and to appear to be impartial.

Enfin, dans le contexte du présent pourvoi, il est vital de ne pas perdre de vue que le critère de la crainte raisonnable de partialité s'applique également à tous les juges, indépendamment de leur formation, leur sexe, leur race, leur origine ethnique et toute autre caractéristique. Il n'est pas plus probable que le juge noir soit prévenu en faveurs des justiciables noirs que le juge blanc ne le soit en faveur des justiciables blancs. Tous les juges de toute race, couleur, religion ou origine nationale jouissent de la même présomption d'intégrité judiciaire et ont droit à l'application du même critère rigoureux dans l'examen de la partialité. De façon semblable, tous les juges sont assujettis aux mêmes obligations fondamentales d'être impartiaux et de paraître impartiaux.

(v) Judicial Integrity and the Importance of Judicial Impartiality

(v) L'intégrité de la magistrature et l'importance de son impartialité

116 Often the most significant occasion in the career of a judge is the swearing of the oath of office. It is a moment of pride and joy coupled with a realization of the onerous responsibility that goes with the

Le serment que prononce le juge lorsqu'il entre en fonctions est souvent le moment le plus important de sa carrière. À la fierté et à la joie se mêle en ce moment le sentiment de la lourde responsabilité

office. The taking of the oath is solemn and a defining moment etched forever in the memory of the judge. The oath requires a judge to render justice impartially. To take that oath is the fulfilment of a life's dreams. It is never taken lightly. Throughout their careers, Canadian judges strive to overcome the personal biases that are common to all humanity in order to provide and clearly appear to provide a fair trial for all who come before them. Their rate of success in this difficult endeavour is high.

Courts have rightly recognized that there is a presumption that judges will carry out their oath of office. See *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.), and *Lin, supra*. This is one of the reasons why the threshold for a successful allegation of perceived judicial bias is high. However, despite this high threshold, the presumption can be displaced with "cogent evidence" that demonstrates that something the judge has done gives rise to a reasonable apprehension of bias. See *Smith & Whiteway, supra*, at para. 64; *Lin, supra*, at para. 37. The presumption of judicial integrity can never relieve a judge from the sworn duty to be impartial.

It is right and proper that judges be held to the highest standards of impartiality since they will have to determine the most fundamentally important rights of the parties appearing before them. This is true whether the legal dispute arises between citizen and citizen or between the citizen and the state. Every comment that a judge makes from the bench is weighed and evaluated by the community as well as the parties. Judges must be conscious of this constant weighing and make every effort to achieve neutrality and fairness in carrying out their duties. This must be a cardinal rule of judicial conduct.

The requirement for neutrality does not require judges to discount the very life experiences that may so well qualify them to preside over disputes. It has been observed that the duty to be impartial

qui accompagne cette charge. C'est un moment empreint de solennité, un moment déterminant qui restera gravé dans la mémoire du juge. Par ce serment, il s'engage à rendre la justice avec impartialité. Ce serment marque la réalisation des rêves d'une vie. Il n'est jamais prononcé à la légère. Durant toute leur carrière, les juges canadiens s'efforcent d'écarter les préjugés personnels qui sont le lot commun de tous les humains pour faire en sorte que les procès soient équitables et qu'ils paraissent manifestement équitables. Leur taux de réussite dans cette tâche difficile est élevé.

Les tribunaux ont reconnu à juste titre l'existence d'une présomption voulant que les juges respectent leur serment professionnel. Voir *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.), et *Lin, précité*. C'est l'une des raisons pour lesquelles une allégation d'apparence de partialité doit être examinée selon une norme rigoureuse. En dépit cependant de cette norme stricte, il est possible de combattre la présomption par une «preuve convaincante» démontrant qu'un aspect de la conduite du juge suscite une crainte raisonnable de partialité. Voir *Smith & Whiteway, précité*, au par. 64; *Lin, précité*, au par. 37. La présomption d'intégrité judiciaire ne peut jamais libérer un juge de sa promesse d'impartialité.

Il est juste et bon que les juges soient tenus de respecter les plus hautes normes d'impartialité car ils sont appelés à statuer sur les droits les plus fondamentaux des parties. Cela vaut autant pour les litiges entre les citoyens que pour ceux entre les particuliers et l'État. Tout commentaire fait par un juge à l'audience est pesé et évalué par la collectivité et par les parties. Les juges doivent être conscients qu'ils sont constamment jugés et ils doivent faire tout leur possible pour remplir leur fonction avec neutralité et équité. Cela doit être la règle cardinale qui guide leur conduite.

Rester neutre pour le juge ce n'est pas faire abstraction de toute l'expérience de la vie à laquelle il doit peut-être son aptitude à arbitrer les litiges. On a fait observer que l'obligation d'impartialité

117

118

119

does not mean that a judge does not, or cannot bring to the bench many existing sympathies, antipathies or attitudes. There is no human being who is not the product of every social experience, every process of education, and every human contact with those with whom we share the planet. Indeed, even if it were possible, a judge free of this heritage of past experience would probably lack the very qualities of humanity required of a judge. Rather, the wisdom required of a judge is to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies that fellow citizens are free to carry, untested, to the grave.

True impartiality does not require that the judge have no sympathies or opinions; it requires that the judge nevertheless be free to entertain and act upon different points of view with an open mind.

(Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct* (1991), at p. 12.)

It is obvious that good judges will have a wealth of personal and professional experience, that they will apply with sensitivity and compassion to the cases that they must hear. The sound belief behind the encouragement of greater diversity in judicial appointments was that women and visible minorities would bring an important perspective to the difficult task of judging. See for example the discussion by the Honourable Maryka Omatsu, "The Fiction of Judicial Impartiality" (1997), 9 *C.J.W.L.* 1. See also Devlin, *supra*, at pp. 408-9.

ne veut pas dire qu'un juge n'amène pas ou ne peut pas amener avec lui sur le banc de nombreuses sympathies, antipathies ou attitudes. Tout être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous. Un juge qui n'aurait pas connu ces expériences passées — à supposer que cela soit possible — manquerait probablement des qualités humaines dont a besoin un juge. La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé.

La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert.

(Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges* (1991), à la p. 15.)

De toute évidence, le bon juge a une vaste expérience personnelle et professionnelle, qu'il met à profit pour trancher les litiges avec sensibilité et compassion. Si l'on a décidé d'encourager la nomination de juges appartenant à des groupes plus variés, c'est qu'on a estimé à juste titre que les femmes et les minorités visibles apporteraient une perspective importante à la tâche difficile de rendre justice. Voir par exemple l'analyse de l'honorable Maryka Omatsu, «The Fiction of Judicial Impartiality» (1997), 9 *R.F.D.* 1. Voir aussi Devlin, *loc. cit.*, aux pp. 408 et 409.

¹²⁰ Regardless of their background, gender, ethnic origin or race, all judges owe a fundamental duty to the community to render impartial decisions and to appear impartial. It follows that judges must strive to ensure that no word or action during the course of the trial or in delivering judgment might leave the reasonable, informed person with the impression that an issue was predetermined or that a question was decided on the basis of stereotypical assumptions or generalizations.

Peu importe leur formation, leur sexe, leur origine ethnique ou raciale, tous les juges ont l'obligation fondamentale envers la collectivité de rendre des décisions impartiales et de paraître impartiaux. Il s'ensuit que les juges doivent s'efforcer de ne prononcer aucune parole et de n'accomplir aucun acte durant le procès ou en rendant jugement qui puisse donner à une personne raisonnable et bien renseignée l'impression qu'une question a été jugée prématurément ou tranchée sur la foi de suppositions ou de généralisations stéréotypées.

(vi) Should Judges Refer to Aspects of Social Context in Making Decisions?

It is the submission of the appellant and interveners that judges should be able to refer to social context in making their judgments. It is argued that they should be able to refer to power imbalances between the sexes or between races, as well as to other aspects of social reality. The response to that submission is that each case must be assessed in light of its particular facts and circumstances. Whether or not the use of references to social context is appropriate in the circumstances and whether a reasonable apprehension of bias arises from particular statements will depend on the facts of the case.

At the outset, I would note that this appeal was not put forward by the appellant as engaging the principles of judicial notice. Rather it was the appellant's contention that the references to social context by Judge Sparks simply made use of her background, experience and knowledge of social conditions to assist her in the analysis of the persons involved in the case. One of the interveners did argue that the principles of judicial notice apply in this case. However, since the appellant did not put forward this position, it would be inappropriate to consider the question as to whether the existence of anti-black racism in society is a proper subject for judicial notice.

Certainly judges may, on the basis of expert evidence adduced, refer to relevant social conditions in reasons for judgment. In some circumstances, those references are necessary, so that the law may evolve in a manner which reflects social reality. For example, in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, expert evidence of the psychological experiences of battered women was used to inform the standard of reasonableness to be applied when self-defence is invoked by women who have been victims of domestic violence.

In *Lavallee*, the references to social context were based on expert evidence and were used solely to develop the relevant legal principle. In an individual case, however, it is still the responsibil-

(vi) Le contexte social doit-il jouer dans les décisions des juges?

L'appellant et les intervenants ont soutenu que les juges devraient être habilités à tenir compte du contexte social dans leur décision. On a affirmé qu'ils devraient pouvoir tenir compte de l'inégalité de pouvoir entre les sexes et les races, ainsi que d'autres aspects de la réalité sociale. La réponse à cet argument est que chaque cas doit être examiné selon les faits et ses circonstances propres. Les faits de l'espèce détermineront s'il convient, au vu des circonstances, de prendre en considération le contexte social et si les paroles prononcées suscitent une crainte raisonnable de partialité.

Tout d'abord, je ferai remarquer que dans le présent pourvoi l'appellant n'entend pas arguer des principes de la connaissance d'office. Il affirme plutôt qu'en tenant compte du contexte social, le juge Sparks a simplement fait fond sur ses antécédents, son expérience et ses connaissances des conditions sociales pour mieux analyser les personnes en cause. L'un des intervenants a bel et bien fait valoir que les principes de la connaissance d'office étaient applicables. Toutefois, comme l'appellant n'a pas avancé un tel argument, il ne convient pas d'étudier la question de savoir s'il appartenait au juge de prendre connaissance d'office de l'existence dans la société de racisme anti-noir.

Sans aucun doute, les juges peuvent, en s'appuyant sur les témoignages d'experts, se référer dans les motifs de leur jugement aux conditions sociales pertinentes. Parfois, il est indispensable de s'y référer, afin que l'évolution du droit traduise la réalité sociale. Par exemple, dans *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, le témoignage d'expert relatif aux expériences psychologiques des femmes battues a servi à définir la norme du caractère raisonnable applicable lorsque la légitime défense est invoquée par les femmes victimes de violence conjugale.

Dans *Lavallee*, les références au contexte social reposaient sur un témoignage d'expert, et elles n'ont servi qu'à énoncer le principe de droit pertinent. Dans chaque cas, cependant, il incombe tou-

121

122

123

124

ity of the woman putting forward the defence to establish that the general principles about women's experiences of domestic violence actually apply. The trier of fact still retains the important task of determining whether the evidence of a battered woman of her experiences in the particular case is in fact believable — in other words, whether the generalizations about social reality apply to the individual female accused. See *Lavallee*, *supra*, at p. 891.

¹²⁵ Similarly, judges have recently made use of expert evidence of social conditions in order to develop the appropriate legal framework to be utilized for ensuring juror impartiality. In *Parks*, *supra*, Doherty J.A. referred to a body of studies and reports documenting the prevalence of anti-black racism in the Metropolitan Toronto area. On the basis of his conclusions, at p. 338, that anti-black racism is a "grim reality" in that community he developed a legal framework permitting jurors to be challenged for cause on the basis of racial preconceptions. This legal framework is applicable in circumstances where a realistic possibility exists that such preconceptions might threaten juror impartiality.

¹²⁶ Other cases have applied and extended these principles on the basis of expert knowledge of the social context existing in the particular community, or in the particular relationships between parties to the case. See, for example, *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.); *R. v. Glasgow* (1996), 93 O.A.C. 67.

¹²⁷ In *Parks* and *Lavallee*, for instance, the expert evidence of social context was used to develop principles of general application in certain kinds of cases. These principles are legal in nature, and are structured to ensure that the role of the trier of fact in a particular case is not abrogated or usurped. It is clear therefore that references to social context based upon expert evidence are sometimes permissible and helpful, and that they do not automatically give rise to suspicions of judicial bias. However, there is a very significant difference between cases such as *Lavallee* and *Parks* in which social context is used to ensure that the law evolves in keeping with changes in social reality and cases,

jours à la femme qui fait valoir ce moyen de défense d'établir que les principes généraux concernant les expériences de violence conjugale s'appliquent effectivement à elle. La tâche importante de déterminer si l'on peut ajouter foi au témoignage de la femme battue sur ce qu'elle-même a vécu continue d'appartenir au juge des faits — autrement dit, c'est à lui de décider si les généralisations au sujet de la réalité sociale s'appliquent à l'accusée. Voir *Lavallee*, précité, à la p. 891.

De même, des juges ont récemment utilisé le témoignage d'expert sur les conditions sociales pour établir un cadre juridique propre à garantir l'impartialité des jurés. Dans l'arrêt *Parks*, précité, le juge Doherty s'est reporté à une série d'études et de rapports sur l'ampleur du racisme anti-noir dans l'agglomération torontoise. Après avoir noté que ce type de racisme constituait une [TRADUCTION] «triste réalité» (à la p. 338) dans ce milieu, il a établi un cadre juridique pour la récusation motivée des jurés ayant des idées préconçues d'ordre racial. Ce cadre juridique est applicable dans toute cause où s'observe une possibilité réaliste que de telles idées préconçues compromettent l'impartialité d'un juré.

Ces principes ont été appliqués et élargis dans d'autres causes où une preuve d'expert avait établi le contexte social relativement à une collectivité donnée ou aux rapports entre les parties au litige. Voir, par exemple, *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.); *R. c. Glasgow* (1996), 93 O.A.C. 67.

Dans les arrêts *Parks* et *Lavallée*, par exemple, le témoignage d'expert concernant le contexte social a servi à établir des principes d'application générale pour certains types de cas. Ce sont des principes de droit conçus de façon à ne pas enlever au juge des faits la tâche qui lui revient dans un cas donné. De toute évidence, les références au contexte social fondées sur des témoignages d'experts sont donc, dans certains cas, acceptables et utiles, et ne font pas naître automatiquement des soupçons de partialité. Toutefois, il y a une différence très importante entre des affaires comme *Lavallee* et *Parks*, dans lesquelles le contexte social est invoqué pour assurer l'adéquation du droit et de la

such as this one, where social context is apparently being used to assist in determining an issue of credibility.

(vii) Use of Social Context in Assessing Credibility

It is, of course, true that the assessment of the credibility of a witness is more of an “art than a science”. The task of assessing credibility can be particularly daunting where a judge must assess the credibility of two witnesses whose testimony is diametrically opposed. It has been held that “[t]he issue of credibility is one of fact and cannot be determined by following a set of rules . . .”: *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272. It is the highly individualistic nature of a determination of credibility, and its dependence on intangibles such as demeanour and the manner of testifying, that leads to the well-established principle that appellate courts will generally defer to the trial judge’s factual findings, particularly those pertaining to credibility. See, for example, *W. (R.)*, *supra*.

However, it is also the individualistic nature of a determination of credibility that requires the judge, as trier of fact, to be particularly careful to be and to appear to be neutral. This obligation requires the judge to walk a delicate line. On one hand, the judge is obviously permitted to use common sense and wisdom gained from personal experience in observing and judging the trustworthiness of a particular witness on the basis of factors such as testimony and demeanour. On the other hand, the judge must avoid judging the credibility of the witness on the basis of generalizations or upon matters that were not in evidence.

When making findings of credibility it is obviously preferable for a judge to avoid making any comment that might suggest that the determination of credibility is based on generalizations rather than on the specific demonstrations of truthfulness or untrustworthiness that have come from the particular witness during the trial. It is true that judges do not have to remain passive, or to divest themselves of all their experience which assists them in

réalité sociale, et celles comme la présente espèce, où le contexte social est apparemment utilisé pour trancher une question de crédibilité.

(vii) Utilisation du contexte social dans l’appréciation de la crédibilité

Bien entendu, il est vrai que l’évaluation de la crédibilité d’un témoin est plus «un art qu’une science». La tâche d’apprécier la crédibilité peut être particulièrement ardue pour le juge qui doit évaluer les témoignages radicalement contraires de deux témoins. Il a déjà été décidé que [TRADUCTION] «[l]a crédibilité est une question de fait et ne peut pas être déterminée selon des règles fixes. . .»: *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, à la p. 272. La détermination de la crédibilité est par nature très personnelle et repose sur des éléments intangibles comme le comportement et la manière de témoigner; c’est pourquoi il y a un principe bien établi qui veut que les cours d’appel défèrent généralement aux conclusions de fait du juge du procès, en particulier celles concernant la crédibilité. Voir par exemple l’arrêt *W. (R.)*, précité.

Toutefois, c’est aussi en raison de la nature personnelle de la détermination de la crédibilité que le juge, en tant que juge des faits, est tenu de prendre bien soin d’être et de paraître neutre. En s’acquittant de cette obligation, le juge s’engage dans une entreprise délicate. D’une part, il lui est manifestement permis de recourir au sens commun et aux enseignements tirés de son expérience personnelle pour observer un témoin et évaluer sa véracité en tenant compte, en particulier, de facteurs tels que la déposition qu’il a faite et son comportement. D’autre part, le juge doit éviter d’apprécier la crédibilité du témoin sur la foi de généralisations ou d’éléments non versés en preuve.

À l’évidence, il vaut mieux que le juge appelé à statuer sur la crédibilité évite de faire tout commentaire qui pourrait donner l’impression qu’il a jugé de la crédibilité en s’appuyant sur des généralisations plutôt que sur des démonstrations précises de la véracité ou du manque d’honnêteté du témoin au procès. Il est vrai que les juges n’ont pas à rester passifs ni à faire abstraction de toute leur expérience qui les aide à tirer des conclusions de fait.

128

129

130

their judicial fact finding. See *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *Commentaries on Judicial Conduct*, *supra*, at p. 12. Yet judges have wide authority and their public utterances are closely scrutinized. Neither the parties nor the informed and reasonable observer should be led to believe by the comments of the judge that decisions are indeed being made based on generalizations.

Voir *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *Propos sur la conduite des juges*, *op. cit.*, à la p. 15. Néanmoins, les juges ont un large pouvoir et les propos qu'ils tiennent en public sont passés au crible. Le juge ne doit pas, par ses commentaires, amener les parties ou l'observateur renseigné et raisonnable à croire qu'il s'est, de fait, basé sur des généralisations.

131 At the commencement of their testimony all witnesses should be treated equally without regard to their race, religion, nationality, gender, occupation or other characteristics. It is only after an individual witness has been tested and assessed that findings of credibility can be made. Obviously the evidence of a policeman, or any other category of witness, cannot be automatically preferred to that of accused persons, any more than the testimony of blue eyed witnesses can be preferred to those with gray eyes. That must be the general rule. In particular, any judicial indication that police evidence is always to be preferred to that of a black accused person would lead the reasonable and knowledgeable observer to conclude that there was a reasonable apprehension of bias.

Quand ils commencent leur déposition, tous les témoins doivent être traités sur un pied d'égalité, sans considération de race, religion, nationalité, sexe, occupation ou autre caractéristique. C'est seulement après qu'un témoin a été jaugé et évalué qu'on peut décider de sa crédibilité. De toute évidence, le témoignage d'un policier ou de quelque autre catégorie de témoins, ne saurait être automatiquement préféré à celui de l'accusé, tout comme l'on ne saurait préférer le témoignage des témoins aux yeux bleus à celui des témoins aux yeux gris. Voilà la règle générale à suivre. En particulier, toute indication, de la part du juge, qu'il convient de toujours préférer le témoignage des policiers à celui des accusés noirs amènerait l'observateur raisonnable et renseigné à conclure à la crainte raisonnable de partialité.

132 In some circumstances it may be acceptable for a judge to acknowledge that racism in society might be, for example, the motive for the overreaction of a police officer. This may be necessary in order to refute a submission that invites the judge as trier of fact to presume truthfulness or untruthfulness of a category of witnesses, or to adopt some other form of stereotypical thinking. Yet it would not be acceptable for a judge to go further and suggest that all police officers should therefore not be believed or should be viewed with suspicion where they are dealing with accused persons who are members of a different race. Similarly, it is dangerous for a judge to suggest that a particular person overreacted because of racism unless there is evidence adduced to sustain this finding. It would be equally inappropriate to suggest that female complainants, in sexual assault cases, ought to be believed more readily than male accused per-

Il peut parfois être acceptable que le juge reconnaisse, par exemple, que la réaction excessive d'un agent peut s'expliquer par le racisme dans la société, et ce, pour réfuter l'argument invitant le juge, en tant que juge des faits, à présumer qu'une catégorie de témoins dira la vérité ou mentira, ou à adopter une autre forme d'opinion stéréotypée. Néanmoins, il serait inacceptable qu'un juge aille plus loin et qu'il affirme qu'en conséquence, il y a lieu de ne pas croire le témoignage des policiers, ou de douter de ce témoignage, quand il vise des accusés appartenant à une autre race. De même, il est dangereux qu'un juge indique qu'une personne en particulier a eu une réaction excessive à cause du racisme, sauf si la preuve étaye cette conclusion. Il serait tout aussi contre-indiqué d'affirmer que, dans les affaires d'agression sexuelle, il faut croire davantage les plaignantes que les accusés, pour la seule raison qu'historiquement, en matière

sons solely because of the history of sexual violence by men against women.

If there is no evidence linking the generalization to the particular witness, these situations might leave the judge open to allegations of bias on the basis that the credibility of the individual witness was prejudged according to stereotypical generalizations. This does not mean that the particular generalization — that police officers have historically discriminated against visible minorities or that women have historically been abused by men — is not true, or is without foundation. The difficulty is that reasonable and informed people may perceive that the judge has used this information as a basis for assessing credibility instead of making a genuine evaluation of the evidence of the particular witness' credibility. As a general rule, judges should avoid placing themselves in this position.

To state the general proposition that judges should avoid making comments based on generalizations when assessing the credibility of individual witnesses does not lead automatically to a conclusion that when a judge does so, a reasonable apprehension of bias arises. In some limited circumstances, the comments may be appropriate. Furthermore, no matter how unfortunate individual comments appear in isolation, the comments must be examined in context, through the eyes of the reasonable and informed person who is taken to know all the relevant circumstances of the case, including the presumption of judicial integrity, and the underlying social context.

Before applying these principles to the facts of this case, it may be helpful to review some selected examples of the way in which courts have dealt with allegations of bias in similar cases.

(viii) How Have Courts Addressed Allegations of Judicial Bias?

Allegations of reasonable apprehension of bias are entirely fact-specific. It follows that other cases in which courts have dealt with similar allegations

de violence sexuelle, les femmes ont été les victimes et les hommes, les agresseurs.

Si aucune preuve ne relie la généralisation à un témoin en particulier, le juge pourrait, en pareille situation, prêter le flanc à des allégations de partialité du fait qu'il aurait préjugé de la crédibilité du témoin en fonction de généralisations stéréotypées. Ce qui ne veut pas dire que la généralisation en cause — selon laquelle les policiers ont, historiquement, agi de manière discriminatoire à l'endroit des minorités visibles ou selon laquelle les femmes ont, historiquement, été l'objet de violence exercée par les hommes — est fausse, ou sans fondement. Ce qui fait problème c'est que les gens raisonnables et renseignés peuvent avoir l'impression que le juge a basé son évaluation de la crédibilité sur cette donnée, au lieu de procéder à une réelle appréciation de la preuve constituée par la déposition de ce témoin en particulier. En règle générale, les juges doivent éviter de s'exposer ainsi.

Formuler la proposition générale que les juges doivent éviter de faire des commentaires basés sur des généralisations lorsqu'ils apprécient la crédibilité de témoins n'amène pas *ipso facto* à la conclusion que, lorsqu'un juge agit ainsi, il en résulte une crainte raisonnable de partialité. Dans un certain nombre de cas limité, les commentaires peuvent être à propos. De plus, si malheureux puissent-ils paraître, pris isolément, ces commentaires doivent être examinés selon le contexte, du point de vue de la personne raisonnable et renseignée qui est censée connaître toutes les circonstances pertinentes de l'affaire, y compris la présomption d'intégrité judiciaire et le contexte social sous-jacent.

Avant d'appliquer ces principes aux faits de l'espèce, j'estime utile de passer en revue certains exemples de la façon dont les tribunaux ont tranché des allégations de partialité dans des causes semblables.

(viii) Réponses des tribunaux dans les cas d'allégation de partialité

L'allégation de crainte raisonnable de partialité est entièrement fonction des faits de l'espèce. Il s'ensuit que les autres affaires dans lesquelles les

133

134

135

136

are of very limited precedential value. It is simply not possible to look at an individual case and conclude that the determination of the presence or absence of bias in that case must apply to the case at bar. Nonetheless, it is helpful to review some selected cases in which similar allegations have been made if only to observe the benchmarks against which the allegations were measured.

tribunaux ont étudié des allégations semblables ont une valeur très limitée à titre de précédent. Il n'est tout simplement pas possible de se fonder sur un cas individuel pour conclure que la détermination de la présence ou de l'absence de partialité dans ce cas précis doit s'appliquer au cas qui nous occupe. Néanmoins, il est utile d'examiner certaines affaires choisies où des allégations semblables ont été faites ne serait-ce que pour observer les critères selon lesquels elles ont été jaugées.

137 Thus, in *Bertram*, *supra*, some comments made by the trial judge during the course of a sentencing hearing suggested that he was predisposed to give effect to a joint sentencing submission before he had heard the details of the submission. Although the comments were described at p. 60 as “wholly inappropriate”, Watt J. indicated that the remarks must not be looked at in isolation. On the basis of a review of the whole proceedings, Watt J. concluded that no reasonable apprehension of bias arose from the trial judge’s conduct because he had on other occasions stressed his willingness to hear submissions on the question that he appeared to have predetermined. In the circumstances, therefore, it could not be said that a reasonable person hearing his comments, with knowledge of the case, would conclude that he might not be impartial. See also *Inquiry pursuant to s. 13(2) of Territorial Court Act, Re*, [1990] N.W.T.R. 337 (Bd. Inq.), at pp. 345-47; *R. v. Teskey* (1995), 167 A.R. 122 (Q.B.); *Lin*, *supra*.

Ainsi, dans l'affaire *Bertram*, précitée, certains commentaires faits par le juge du procès au cours de la détermination de la peine donnaient à penser qu'il était prédisposé à donner suite à une proposition conjointe quant à la peine avant même d'en avoir entendu les détails. Bien qu'il ait affirmé, à la p. 60, que les commentaires avaient été faits [TRADUCTION] «très mal à propos», le juge Watt a indiqué qu'il ne fallait pas prendre ces remarques isolément. Après un examen de l'ensemble de la procédure, le juge Watt a conclu que la conduite du juge du procès ne suscitait aucune crainte raisonnable de partialité parce qu'il avait à d'autres moments souligné être disposé à entendre les arguments sur la question qu'il semblait avoir tranchée prématurément. Aussi a-t-il estimé, au vu des circonstances, qu'on ne pouvait pas dire qu'une personne raisonnable, au courant de l'affaire, conclurait à la possibilité qu'il ne soit pas impartial. Voir aussi *Inquiry pursuant to s. 13(2) of Territorial Court Act, Re*, [1990] N.W.T.R. 337 (Comm. d'enq.), aux pp. 345 à 347; *R. c. Teskey* (1995), 167 A.R. 122 (B.R.); *Lin*, précité.

138 In *Pirbhai Estate v. Pirbhai*, [1987] B.C.J. No. 2685, leave to appeal denied, [1988] 1 S.C.R. xii, the British Columbia Court of Appeal considered an allegation of reasonable apprehension of bias. The trial judge, in assessing the credibility of a witness commented that the demeanour of the witness had been shifty and evasive. The trial judge then said at p. 5, “[i]t is obvious to me that he carried on a successful business in Pakistan in a corrupt society . . .” Seaton J.A. looked at the whole proceeding, and held, at pp. 5-6, that “I think the remarks unfortunate, but that no reasonable person reading them would apprehend any

Dans *Pirbhai Estate c. Pirbhai*, [1987] B.C.J. No. 2685, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xii, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était saisie d'une allégation de crainte raisonnable de partialité. Au sujet de la crédibilité d'un témoin, le juge du procès avait fait remarquer que le témoin avait donné des réponses ambiguës et évasives. Le juge du procès avait dit ensuite à la p. 5: [TRADUCTION] «[i]l m'apparaît évident qu'il a exploité une entreprise prospère au Pakistan dans une société corrompue . . .» Le juge Seaton a considéré l'ensemble de la procédure et a conclu en ces termes aux pp. 5 et 6: [TRADUCTION] «Je pense

bias on the part of the trial judge in this case”. The remainder of the trial judge’s reasons revealed that he came to his conclusions on credibility on the basis of the evidence, not on the basis of the kind of bias or prejudice suggested by his comments about the “corrupt society”.

By contrast, a reasonable apprehension of bias was found in *Foto v. Jones* (1974), 45 D.L.R. (3d) 43 (Ont. C.A.). In that case, at p. 44, the trial judge in finding that the plaintiff in the case was not a credible witness stated that: “I regret to have to say that too many newcomers to our country have as yet not learned the necessity of speaking the whole truth. . . . They have not learned that frankness is essential to our system of law and justice”. The Court of Appeal concluded that a reasonable apprehension of bias arose in that these were not acceptable ingredients of any judgment, and ought not to influence or appear to influence the trial judge’s determination of credibility.

In the current appeal, the Crown’s position is that in *Foto, supra*, the circumstances are precisely the same as in the case at bar. I disagree. In *Foto, supra*, the remarks of the trial judge were fundamental to his findings of credibility, and appeared to be the sole basis on which the witness was disbelieved. This is not the situation in the current appeal, which has to be assessed on its own particular facts, and in its own context.

These examples demonstrate that allegations of perceived judicial bias will generally not succeed unless the impugned conduct, taken in context, truly demonstrates a sound basis for perceiving that a particular determination has been made on the basis of prejudice or generalizations. One overriding principle that arises from these cases is that the impugned comments or other conduct must not be looked at in isolation. Rather it must be considered in the context of the circumstances, and in light of the whole proceeding.

que ces remarques sont malheureuses, mais qu’aucune personne raisonnable en en prenant connaissance ne craindrait que le juge du procès ne soit partial dans cette cause.» Il appert du reste des motifs du juge du procès qu’il a tiré ses conclusions concernant la crédibilité sur la foi de la preuve et non sur la foi du genre de parti pris ou de préjugé que semblaient indiquer ses commentaires au sujet de la «société corrompue».

Par contraste, la cour a conclu à une crainte raisonnable de partialité dans *Foto c. Jones* (1974), 45 D.L.R. (3d) 43 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, le juge du procès, concluant que le plaignant n’était pas un témoin crédible, avait dit ceci à la p. 44: [TRADUCTION] «Je regrette d’avoir à dire que trop de nouveaux arrivants dans notre pays n’ont pas encore appris la nécessité de dire toute la vérité. [. . .] Ils n’ont pas appris que la franchise est essentielle à notre système de droit et de justice.» La Cour d’appel a conclu à l’existence d’une crainte raisonnable de partialité parce que de tels éléments ne devraient jamais jouer dans un jugement et qu’ils ne devraient pas influencer ni paraître influencer la décision du juge du procès sur la crédibilité.

Dans le présent pourvoi, le ministère public soutient que les circonstances constatées dans l’arrêt *Foto*, précité, sont précisément identiques à celles de la présente espèce. Je ne suis pas d’accord. Dans cet arrêt-là, les remarques du juge du procès ont joué un rôle fondamental dans sa décision sur la crédibilité et ont semblé être le seul fondement du rejet du témoignage. Telle n’est pas la situation dans la présente espèce, laquelle doit être analysée suivant ses faits propres et son contexte.

Ces exemples montrent que les allégations de crainte de partialité ne seront généralement pas admises à moins que la conduite reprochée, interprétée selon son contexte, ne crée véritablement l’impression qu’une décision a été prise sur la foi d’un préjugé ou de généralisations. Voici le principe primordial qui se dégage de cette jurisprudence: les commentaires ou la conduite reprochés ne doivent pas être examinés isolément, mais bien selon le contexte des circonstances et par rapport à l’ensemble de la procédure.

139

140

141

C. *Application of These Principles to the Facts*

142 Did Judge Sparks' comments give rise to a reasonable apprehension of bias? In order to answer that question, the nature of the Crown's allegation against Judge Sparks must be clearly understood. At the outset, it must be emphasized that it is obviously not appropriate to allege bias against Judge Sparks simply because she is black and raised the prospect of racial discrimination. Further, exactly the same high threshold for demonstrating reasonable apprehension of bias must be applied to Judge Sparks in the same manner it would be to all judges. She benefits from the presumption of judicial integrity that is accorded to all who swear the judicial oath of office. The Crown bears the onus of displacing this presumption with "cogent evidence".

143 Similarly, her finding that she could not accept the evidence of Constable Stienburg cannot raise a reasonable apprehension of bias. Neither Constable Stienburg nor any other police officer has an automatic right to be believed, any more than does the accused R.D.S. or any other accused. Police officers cannot expect to be immune from a finding that their testimony is not credible on some occasions. The basic function of a trial judge to determine issues of credibility and make findings of fact would be rendered meaningless if the credibility of police officers were to be accepted without question whenever their evidence diverged from that given by another witness. An unfavourable finding relating to the credibility of Constable Stienburg could only give rise to an apprehension of bias if it could reasonably be perceived to have been made on the basis of stereotypical generalizations, or as Scalia J. put it in *Liteky*, *supra*, on the basis of "wrongful or inappropriate" opinions not justified in the evidence.

144 The Crown contended that the real problem arising from Judge Sparks' remarks was the inability of the Crown and Constable Stienburg to respond to the remarks. In other words, the Crown attempted to put forward an argument that the trial was rendered unfair for failure to comply with

C. *Application de ces principes aux faits*

Les commentaires faits par le juge Sparks dans ses motifs suscitent-ils une crainte raisonnable de partialité? Pour répondre à cette question, il faut bien comprendre la nature de l'allégation du ministère public. Il faut tout d'abord souligner qu'il est de toute évidence mal à propos d'imputer un parti pris au juge Sparks simplement parce qu'elle est Noire et qu'elle a évoqué la possibilité de discrimination raciale. En outre, il faut appliquer au juge Sparks comme à tout autre juge la même norme rigoureuse pour déterminer la crainte raisonnable de partialité. Elle bénéficie de la présomption d'intégrité judiciaire qui joue en faveur de tous les juges qui ont prononcé le serment professionnel. Le ministère public a la charge de réfuter la présomption par des «preuves convaincantes».

La conclusion qu'elle a tirée, selon laquelle elle ne pouvait pas accepter le témoignage de l'agent Stienburg, ne saurait non plus susciter une crainte raisonnable de partialité. Ni l'agent Stienburg ni quelque policier que ce soit ne jouit automatiquement du droit d'être cru, pas plus d'ailleurs que l'accusé R.D.S. ni aucun autre accusé. Les policiers ne peuvent s'attendre à être immunisés contre la conclusion que leur témoignage n'est pas digne de foi dans certains cas. La fonction essentielle du juge, qui est de trancher les questions de crédibilité et d'en arriver à des conclusions sur les faits, perdrait tout son sens si la crédibilité des policiers devait être reconnue aveuglément, chaque fois que leur déposition s'oppose à celle d'un autre témoin. Une conclusion défavorable concernant la crédibilité de l'agent Stienburg ne pourrait susciter une crainte de partialité que si elle donnait raisonnablement l'impression qu'elle est basée sur des généralisations stéréotypées ou, pour reprendre les propos du juge Scalia dans l'arrêt *Liteky*, précité, sur des opinions [TRADUCTION] «erronnées ou inappropriées», non justifiées par la preuve.

Le ministère public a soutenu qu'en fait, ce qui faisait problème c'était que le ministère public et l'agent Stienburg n'aient pas pu répondre aux remarques du juge Sparks. Autrement dit, il a tenté de faire valoir que le procès avait été inéquitable parce qu'il y avait eu transgression des règles de

“natural justice”. This cannot be accepted. Neither Constable Stienburg nor the Crown was on trial. Rather, it is essential to consider whether the remarks of Judge Sparks gave rise to a reasonable apprehension of bias. This is the only basis on which this trial could be considered unfair.

Before finding that a reasonable apprehension of bias did arise Glube C.J.S.C. found that Judge Sparks conducted an acceptable review of all the evidence before making the comments that are the subject of the controversy. She concluded that if the decision had ended after the general review of the evidence and the resulting assessments of credibility, there would be no basis on which to impugn Judge Sparks’ decision. I agree completely with this assessment. It is with the finding of a reasonable apprehension of bias that I must, with respect, differ.

A reading of Judge Sparks’ reasons indicates that before she made the challenged comments, she had a reasonable doubt as to the veracity of the officer’s testimony and had found R.D.S. to be a credible witness. She gave convincing reasons for these findings. It is clear that Judge Sparks was well aware that the burden rested on the Crown to prove all the elements of the offence beyond a reasonable doubt, and she applied that burden. None of the bases for reaching these initial conclusions on credibility was based on generalizations or stereotypes. Her reasons for rejecting or accepting testimony could be applied to any witness, regardless of race or gender.

Did Judge Sparks’ subsequent comments about race taint her findings of credibility? The unfortunate remarks took this form:

The Crown says, well, why would the officer say that events occurred the way in which he has relayed them to the Court this morning. I am not saying that the Constable has misled the court, although police officers have been known to do that in the past. I am not saying that the officer overreacted, but certainly police officers do

justice naturelle. Cet argument est indéfendable. Ce n’était pas le procès de l’agent Stienburg, ni celui du ministère public. La question qui se pose est bien plutôt essentiellement de savoir si les remarques du juge Sparks ont suscité une crainte raisonnable de partialité. Voilà la seule raison pour laquelle ce procès pourrait être tenu pour inéquitable.

Le juge en chef Glube, qui a conclu à la crainte raisonnable de partialité, a estimé que le juge Sparks avait fait un examen acceptable de toute la preuve avant de faire les commentaires controversés. Elle a conclu que si le juge Sparks avait clos sa décision après son examen général de la preuve et ses conclusions quant à la question de la crédibilité, il n’y aurait pas eu de motif d’en appeler de sa décision. Je suis tout à fait d’accord là-dessus. Toutefois, je me trouve malheureusement dans l’obligation d’exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge en chef sur la crainte raisonnable de partialité.

Il ressort des motifs du juge Sparks, qu’avant de faire les remarques contestées, elle a eu un doute raisonnable quant à la véracité du témoignage du policier et qu’elle a estimé que R.D.S. était un témoin crédible. Elle a motivé ces conclusions de manière convaincante. De toute évidence, le juge Sparks a tenu compte de la charge incombant au ministère public de prouver tous les éléments de l’infraction hors de tout doute raisonnable et elle a vérifié s’il s’était acquitté de cette charge. Ses conclusions initiales sur la crédibilité ne reposaient aucunement sur des généralisations ou des stéréotypes. Ses motifs de rejet ou d’acceptation des témoignages pouvaient s’appliquer à n’importe quel témoin, sans égard à sa race ou à son sexe.

Les commentaires qu’a faits ensuite le juge Sparks sur les relations raciales ont-ils entaché ses conclusions sur la crédibilité? Voici la teneur de ces remarques:

[TRADUCTION] Le ministère public dit, bien, pourquoi le policier aurait-il dit que les événements se sont déroulés comme il les a relatés à la Cour ce matin? Je ne dis pas que l’agent a trompé la Cour, bien qu’on sache que des policiers l’aient fait dans le passé. Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s’il

145

146

147

overreact, particularly when they are dealing with non-white groups. That to me indicates a state of mind right there that is questionable. I believe that probably the situation in this particular case is the case of a young police officer who overreacted. I do accept the evidence of [R.D.S.] that he was told to shut up or he would be under arrest. It seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day.

arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Cela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect. Je crois que nous sommes vraisemblablement en présence dans cette affaire-ci d'un jeune policier qui a réagi de façon excessive. J'accepte le témoignage de [R.D.S.] selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté. Cela semble conforme à l'attitude courante du jour.

148 The statement that police officers have been known to mislead the court, or to overreact is not in itself offensive. Police officers are subject to the same human frailties that affect and shape the actions of everyone. The remarks become more troubling, however, when it is stated that police officers do overreact in dealing with non-white groups.

La remarque selon laquelle on sait que des policiers ont trompé la cour ou ont réagi de façon excessive dans le passé n'est pas en soi critiquable. Les policiers sont sujets à toutes les faiblesses de la nature humaine qui déterminent les actions de chacun. Toutefois, ce qui inquiète davantage c'est le passage où le juge dit qu'il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs.

149 The history of anti-black racism in Nova Scotia was documented recently by the *Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution* (1989). It suggests that there is a realistic possibility that the actions taken by the police in their relations with visible minorities demonstrate both prejudice and discrimination. I do not propose to review and comment upon the vast body of sociological literature referred to by the parties. It was not in evidence at trial. In the circumstances it will suffice to say that they indicate that racial tension exists at least to some degree between police officers and visible minorities. Further, in some cases, racism may have been exhibited by police officers in arresting young black males.

L'histoire du racisme anti-noir en Nouvelle-Écosse a été documentée récemment par la *Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils* (1989), qui a conclu à la possibilité réaliste que les actions des policiers dans leurs relations avec les minorités visibles soient empreintes à la fois de préjugés et de discrimination. Je ne me propose pas d'examiner et de commenter la longue liste des ouvrages sociologiques cités par les parties. Elle n'a pas été versée en preuve au procès. Vu les circonstances, qu'il suffise de dire qu'elle dénote la présence de tension raciale, du moins dans une certaine mesure, entre les policiers et les minorités visibles. Par surcroît, les policiers ont peut-être parfois fait preuve de racisme en arrêtant des jeunes hommes de race noire.

150 However, there was no evidence before Judge Sparks that would suggest that anti-black bias influenced this particular police officer's reactions. Thus, although it may be incontrovertible that there is a history of racial tension between police officers and visible minorities, there was no evidence to link that generalization to the actions of Constable Stienburg. The reference to the fact that police officers may overreact in dealing with non-white groups may therefore be perfectly supportable, but it is nonetheless unfortunate in the circum-

Toutefois, aucun élément de preuve soumis au juge Sparks ne semble indiquer que des préjugés anti-noir aient influencé les réactions du policier en cause. Ainsi, bien qu'il soit peut-être incontestable qu'historiquement, une tension raciale a pu être observée dans les rapports entre les policiers et les minorités visibles, aucun élément de preuve ne permet d'établir un lien entre cette généralisation et les actes de l'agent Stienburg. Il peut donc être parfaitement défendable de faire mention du fait que les policiers réagissent peut-être avec excès

stances of this case because of its potential to associate Judge Sparks' findings with the generalization, rather than the specific evidence. This effect is reinforced by the statement "[t]hat to me indicates a state of mind right there that is questionable" which immediately follows her observation.

There is a further troubling comment. After accepting R.D.S.'s evidence that he was told to shut up, Judge Sparks added that "[i]t seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day". Again, this comment may create a perception that the findings of credibility have been made on the basis of generalizations, rather than the conduct of the particular police officer. Indeed these comments standing alone come very close to indicating that Judge Sparks predetermined the issue of credibility of Constable Stienburg on the basis of her general perception of racist police attitudes, rather than on the basis of his demeanour and the substance of his testimony.

The remarks are worrisome and come very close to the line. Yet, however troubling these comments are when read individually, it is vital to note that the comments were not made in isolation. It is necessary to read all of the comments in the context of the whole proceeding, with an awareness of all the circumstances that a reasonable observer would be deemed to know.

The reasonable and informed observer at the trial would be aware that the Crown had made the submission to Judge Sparks that "there's absolutely no reason to attack the credibility of the officer". She had already made a finding that she preferred the evidence of R.D.S. to that of Constable Stienburg. She gave reasons for these findings that could appropriately be made based on the evidence adduced. A reasonable and informed person hearing her subsequent remarks would conclude that she was exploring the possible reasons why Constable Stienburg had a different perception of events than R.D.S. Specifically, she was rebutting the unfounded suggestion of the Crown that a

lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs, mais cette remarque est néanmoins malheureuse, au vu des circonstances de l'espèce, car elle risque d'associer les conclusions du juge Sparks à la généralisation plutôt qu'à la preuve produite. Cet effet est renforcé par les propos suivants: «[c]ela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect», qui suivent immédiatement le commentaire.

Une autre remarque inspire de l'inquiétude. Après avoir accepté le témoignage de R.D.S. selon lequel on lui a intimé de se taire, le juge Sparks a ajouté: «[c]ela semble conforme à l'attitude courante du jour.» Encore une fois, ce commentaire peut créer l'impression que ses conclusions sur la crédibilité ont été tirées sur la foi de généralisations, plutôt qu'à partir de la conduite du policier en cause. En effet, prise isolément, cette remarque semble presque indiquer que le juge Sparks a tranché d'avance la question de la crédibilité de l'agent Stienburg en se basant sur la façon dont elle percevait en général les attitudes racistes des policiers, plutôt qu'en se fondant sur le comportement et le contenu du témoignage de ce dernier.

Ces remarques inspirent de l'inquiétude et frôlent la limite. Néanmoins, quelque inquiétantes que soient ces remarques, prises isolément, il est essentiel de noter qu'elles s'inscrivent dans un contexte. Il est indispensable de lire toutes les remarques en tenant compte du contexte de l'ensemble de la procédure et en étant conscient de toutes les circonstances que l'observateur raisonnable est censé connaître.

L'observateur raisonnable et renseigné, assistant au procès, saurait que le ministère public a fait valoir au juge Sparks qu'[TRADUCTION] «il n'y a absolument aucune raison d'attaquer la crédibilité du policier». Celle-ci avait déjà indiqué qu'elle préférait le témoignage de R.D.S. à celui de l'agent Stienburg. Les motifs qu'elle a donnés pour étayer cette conclusion étaient justifiés par la preuve. Une personne raisonnable et renseignée, entendant les remarques qu'elle a faites ensuite, conclurait qu'elle explorait les raisons possibles pour lesquelles l'agent Stienburg n'avait pas perçu les événements de la même façon que R.D.S. Plus précisément, elle s'employait à réfuter l'argument,

151

152

153

police officer by virtue of his occupation should be more readily believed than the accused. Although her remarks were inappropriate they did not give rise to a reasonable apprehension of bias.

dénué de fondement, qui a été avancé par le ministère public et selon lequel il convenait de croire plus volontiers le policier, en raison de la fonction qu'il remplit, que l'accusé. Pour inappropriées que soient ses remarques, elles ne suscitaient pas de crainte raisonnable de partialité.

154 A reasonable and informed person observing the entire trial and hearing the reasons would be aware that Judge Sparks did not conclude that Constable Stienburg misled the court or overreacted on the basis of the racial dynamics of the situation. This is clear from her observation "I am not saying that the Constable has misled the court" and "I am not saying that the officer overreacted". Although she went on to suggest that she believed he probably did overreact, she did not say that he did so because he was discriminating against R.D.S. on the basis of race. She links her findings that Constable Stienburg overreacted to the statement made to R.D.S.: "Shut up, shut up, or you'll be under arrest too".

Une personne raisonnable et renseignée, observant l'ensemble du procès et entendant les motifs du juge Sparks, se rendrait compte que celle-ci n'a pas conclu que l'agent Stienburg avait trompé la cour ou agi de manière excessive, en se basant sur la dynamique raciale en jeu. Cela se dégage à l'évidence de ses observations: [TRADUCTION] «Je ne dis pas que l'agent a trompé la Cour» et «Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive». Quoiqu'elle ait dit également croire qu'il avait vraisemblablement réagi de façon excessive, elle n'a pas dit que c'était par discrimination raciale à l'endroit de R.D.S. Elle a relié la conclusion que le policier avait réagi de façon excessive à la déclaration de R.D.S. voulant que le policier lui ait dit: [TRADUCTION] «Tais-toi, tais-toi ou tu vas être arrêté toi aussi».

155 Judge Sparks suggested that Constable Stienburg overreacted on some basis. Although she noted that he was young, she was careful not to make a final determination as to the reason for his overreaction. In fact, it was not necessary for her to resolve the question as to why the officer might have overreacted. The reasonable and informed observer would know that the Crown at all times bore the onus of proving the offence beyond a reasonable doubt. It was obvious that Judge Sparks had a reasonable doubt on the evidence. As long as she had a reasonable doubt regarding the veracity of the officer's testimony, R.D.S. was entitled to an acquittal. Judge Sparks' remarks could reasonably be taken as demonstrating her recognition that the Crown was required to prove its case, and that it was not entitled to use presumptions of credibility to satisfy its obligation.

Le juge Sparks a indiqué que, pour une raison quelconque, l'agent Stienburg avait réagi de façon excessive. Elle a certes souligné qu'il était jeune, mais a pris bien soin de ne pas se prononcer de manière définitive sur la raison de sa réaction excessive. En fait, elle n'avait pas à statuer sur cette raison. L'observateur raisonnable et renseigné saurait que le ministère public avait, du début jusqu'à la fin de la procédure, la charge de prouver l'infraction hors de tout doute raisonnable. De toute évidence, la preuve a soulevé un doute dans l'esprit du juge Sparks. Dans la mesure où elle avait un doute raisonnable quant à la véracité du témoignage du policier, R.D.S. avait droit à l'acquittement. Les remarques du juge Sparks pouvaient raisonnablement être interprétées comme une reconnaissance de l'obligation incombant au ministère public de prouver l'infraction, et de l'interdiction concomitante de recourir à des présomptions de crédibilité pour s'en acquitter.

156 Judge Sparks accepted the evidence of R.D.S. that he was told to shut up or he would be under arrest because that was the "prevalent attitude of

Le juge Sparks a accepté le témoignage de R.D.S. selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté, parce que cela semblait con-

the day”. This comment is particularly unfortunate because of its potential to associate her findings of credibility with generalizations. However, it is ambiguous. It is not clear whether it refers to a prevalent attitude of anti-black racism, or the attitude that prevailed on the day in question. I accept that it refers to the specific day of the incident.

Finally, she concluded that “[a]t any rate”, on the basis of her comments and all the evidence in the case, she was obliged to acquit. A reasonable, informed person reading the concluding statement would perceive that she has reached her determination that R.D.S. should be acquitted on the basis of all the evidence presented. The perception that her impugned remarks were made in response to the Crown’s suggestion that she should automatically believe the police officer is reinforced by her use of the words “[a]t any rate”.

A high standard must be met before a finding of reasonable apprehension of bias can be made. Troubling as Judge Sparks’ remarks may be, the Crown has not satisfied its onus to provide the cogent evidence needed to impugn the impartiality of Judge Sparks. Although her comments, viewed in isolation, were unfortunate and unnecessary, a reasonable, informed person, aware of all the circumstances, would not conclude that they gave rise to a reasonable apprehension of bias. Her remarks, viewed in their context, do not give rise to a perception that she prejudged the issue of credibility on the basis of generalizations, and they do not taint her earlier findings of credibility.

Both Glube C.J.S.C. and the majority of the Court of Appeal correctly articulated the test to be applied when a reasonable apprehension of bias is alleged. However, in applying the test to the facts and circumstances of this case they failed to consider the impugned comments in context and to take into account the high threshold that must be

forme à «l’attitude courante du jour». Cette remarque est particulièrement malheureuse à cause du risque que les conclusions du juge sur la crédibilité ne soient associées à des généralisations. Elle est cependant ambiguë. On n’est pas certain qu’elle y parle de l’attitude courante que représente le racisme anti-noir ou de l’attitude courante le jour en question. Je suis d’avis qu’elle parlait du jour précis où l’incident s’est produit.

Finalement, elle est arrivée à la conclusion que [TRADUCTION] «[q]uoi qu’il en soit», vu ses remarques et l’ensemble de la preuve soumise à la cour, elle n’avait d’autre choix que de prononcer l’acquittement. Une personne raisonnable et renseignée, lisant les dernières remarques du juge, s’apercevrait qu’elle a tiré sa conclusion selon laquelle il convenait d’acquitter R.D.S. sur la foi de l’ensemble de la preuve. L’emploi des mots «[q]uoi qu’il en soit» renforce l’impression que ses remarques contestées ont été faites en réponse à l’argument du ministère public voulant qu’elle doive automatiquement croire le policier.

Toute conclusion quant à une crainte raisonnable de partialité doit satisfaire à une norme rigoureuse. Quelque inquiétantes que puissent être les remarques du juge Sparks, le ministère public ne s’est pas acquitté de la charge de présenter les preuves convaincantes nécessaires pour mettre en doute son impartialité. Bien que ses commentaires, pris isolément, aient été malheureux et inutiles, une personne raisonnable et renseignée, au courant de l’ensemble des circonstances, ne conclurait pas qu’ils suscitent une crainte raisonnable de partialité. Ses remarques, interprétées selon le contexte, ne créent pas l’impression qu’elle a tranché d’avance la question de la crédibilité, en se basant sur des généralisations, et elles n’entachent pas ses conclusions antérieures sur la crédibilité.

Le juge en chef Glube et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont énoncé correctement le critère selon lequel il faut apprécier toute allégation de crainte raisonnable de partialité. Toutefois, en appliquant ce critère aux faits et aux circonstances de l’espèce, ils n’ont pas tenu compte du contexte des remarques contestées et n’ont pas pris en con-

157

158

159

met in order to find that a reasonable apprehension of bias has been established.

V. Conclusion

160

In the result the judgments of the Court of Appeal and of Glube C.J.S.C. are set aside and the decision of Judge Sparks dismissing the charges against R.D.S. is restored. I must add that since writing these reasons I have had the opportunity of reading those of Major J. It is readily apparent that we are in agreement as to the nature of bias and the test to be applied in order to determine whether the words or actions of a trial judge raise a reasonable apprehension of bias. The differences in our reasons lies in the application of the principles and test we both rely upon to the words of the trial judge in this case. The principles and the test we have both put forward and relied upon are different from and incompatible with those set out by Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin.

Appeal allowed, LAMER C.J. and SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Dalhousie Legal Aid Service, Halifax.

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

Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Solicitor for the interveners the African Canadian Legal Clinic, the Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia and the Congress of Black Women of Canada: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

sidération la norme rigoureuse à laquelle il faut satisfaire pour conclure à la crainte raisonnable de partialité.

V. Conclusion

En conséquence, les jugements de la Cour d'appel et du juge en chef Glube sont annulés et la décision du juge Sparks rejetant les accusations portées contre R.D.S. est rétablie. Je dois ajouter que depuis la rédaction des présents motifs, j'ai eu l'occasion de prendre connaissance de ceux du juge Major. À l'évidence, nous sommes d'accord sur la nature de la partialité et sur le critère à appliquer pour déterminer si les paroles ou les actes du juge du procès suscitent une crainte raisonnable de partialité. Nos divergences tiennent à l'application en l'espèce des principes et du critère que nous invoquons tous les deux lesquels sont différents de ceux qui ont été énoncés par les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin et ne sont pas conciliables avec ces derniers.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Dalhousie Legal Aid Service, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible au Canada: Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Procureur des intervenants l'African Canadian Legal Clinic, l'Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia et le Congrès des femmes noires du Canada: African Canadian Legal Clinic, Toronto.