

PROVINCIAL JUDGES

Journal

DES JUGES PROVINCIAUX

Justice without wisdom is impossible. - Froude.

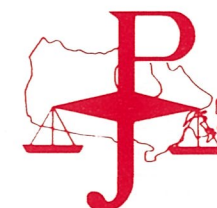
Volume 20 ~ No. 3

Fall 1996 Automne

Editor's Notebook / Remarques du redacteur	2
Judging and Diversity: Justice or Just Us?/ Les Décisions Judiciaires et la Diversité: La Justice des Justiciables ou de justiciers?	4
To "Appear Before the Court When Required to do so by the Court": The Impact of Sentencing Reform	23
Some Notes on Conference '96	28
New President	29
Report of the Executive Director to the Annual General Assembly C.A.P.C.J./Rapport du Directeur Exécutif à l'Assemblée Générale Annuelle de L'A.C.J.C.P.	30
In a Lighter Vein	39
1996 Remuneration - Table	40
1996 Remuneration - Graph	41
World Wide Web Registration Information	42
In a Literary Vein	43
News Brief / En bref	44

**THE CANADIAN ASSOCIATION OF
PROVINCIAL COURT JUDGES**

**L'ASSOCIATION CANADIENNE DES
JUGES DE COURS PROVINCIALES**



**The Canadian Association of Provincial Court Judges/
L'Association canadienne des juges des cours provinciales
1996-1997**

Officers/Membres du bureau

President/Président
Judge Ann E. Routhwaite
14340-57th Avenue
Surrey, B.C.
V3X 1B2
Tel: (604) 940-4321
(604) 943-7962 (h)
Fax: (604) 572-2301

**1st Vice-President/1er
Vice-Président**
Judge Patrick Curran
5250 Spring Garden Road
Halifax, NS
B3J 1E7
Tel: (902) 424-8759
(902) 424-8761
(voice mail)
(902) 454-5765 (h)
Fax: (902) 424-0603

**2nd Vice-President/2ème
Vice-Président**
Judge Cheryl L. Daniel
323-6th Avenue S.E.
Calgary, AB
T2G 4V1
Tel: (403) 297-3156
(403) 287-2876 (h)
Fax: (403) 297-5287

**3rd Vice-President/3ème
Vice-Président**
Judge Louis A. Legault
Cour de Québec
Palais de Justice
1, rue Notre-Dame East
Room 545
Montreal, QB
H2Y 1B6
Tel: (514) 393-2581
Fax: (514) 873-4760

**Past President/Président
Sortant**
Judge James McNamee
15 Market Square
Saint John, NB
E2L 1E8
Tel: (506) 658-2568
(506) 847-7191 (h)
Fax: (506) 658-3759

**Secretary-Treasurer/
Secrétaire-Trésorier**
Judge Irwin E. Lampert
P.O. Box 5001
Moncton, NB
E1C 8R3
Tel: (506) 856-2307
(506) 854-4004 (h)
Fax: (506) 856-3226
(506) 854-4004 (h)

The Provincial Judges Journal is a quarterly publication of the Canadian Association of Provincial Court Judges. Views and opinions contained herein are not to be taken as official expressions of the Canadian Association's policy unless so stated.

Le journal des juges provinciaux est une publication trimestrielle de l'Association canadienne des juges des cours provinciales. Les commentaires et opinions qu'il contient ne peuvent pas être considérés comme l'expression officielle de la position de l'Association canadienne, sauf indication à cet effet.

Editorial Communications are to be sent to:
Les editoriaux doivent être envoyés à:

Judge Garrett A. Handrigan
Provincial Judges Journal
P.O. Box 339
Grand Bank, NF
A0E 1W0
Tel: (709) 832-1450
(709) 279-3280(h)
Fax: (709) 832-1758
Email: gahandri@terra.nl.net.nf.ca

Committees / comités

**Atlantic Education Conference/
Conférence régionale de l'Atlantique
sur la formation**
Judge Corrine Sparks
3880 Acadia St.
Box 8988, Station A
Halifax, NS
B3K 5M6
Tel: (902) 424-3901
Fax: (902) 424-0562

Bilingualism/Bilinguisme
Judge Gilles Cadieux
1, rue Notre-Dame E.
Montreal, Quebec
H2Y 1B6
Tel: (514) 393-2245
Fax: (514) 873-4760
and
Judge Thérèse Alexander
14340-57th Avenue
Surrey, BC
V3X 1B2
Tel: (604) 572-2300
Fax: (604) 572-2301

CBA Liaison/Liaison avec l'ABC
Judge Nancy Orr
Provincial Court
42 Water Street
Charlottetown, PE
C1A 1A4
Tel: (902) 368-6741
Fax: (902) 368-6743
and
Judge David Arnot
1747 Playfair Drive
Ottawa, ON
K1H 5S4
Tel: (613) 957-4717
Fax: (613) 957-4697

**Canadian Judicial College/
Collège canadien de la magistrature**
Judge J. Lytwyn
14340-57th Avenue
Surrey, BC
V3X 1B2
Tel: (604) 572-2300
Fax: (604) 572-2301

Civil Courts/Cours civiles
Judge J. Threlfall
Unit A, 2620 Mary Hill Road
Port Coquitlam, BC
V3C 3B2
Tel: (604) 927-2100
Fax: (604) 927-2222

**Committee on the Law/Comité sur le
droit**
Judge Owen Kennedy
4th Floor, Atlantic Place
St. John's, NF
A1C 5V5
Tel: (709) 726-7181
Fax: (709) 729-6272

**Communications Adviser/Agent de
liaison**
Judge Gerald Seniuk
220-19th Street E.
Saskatoon, SK
S7K 2H6
Tel: (306) 933-6684
(306) 934-5940 (h)
Fax: (306) 933-8008

Compensation/Rémunérations
Judge Douglas McDonald
323-6th Avenue S.E.
Calgary, AB
T2G 4V1
Tel: (403) 297-3156
Tel: (403) 931-2081(h)
Fax: (403) 297-5287
Fax: (403) 931-2084(h)

Conference '97/Conférence 1997
Judge Michael Sherar
Judges' Chambers
Provincial Courts Building
5250 Spring Garden Road
Halifax, NS
B3J 1E7

Conference '98/Conférence 1998
Judge Gary G. Cioni
Provincial Court
323-6th Avenue South East
Calgary, AB
T2G 4V1
Tel: (403) 297-3167
(403) 932-7292 (Home)
Fax: (403) 297-5287

Constitution/Constitution
Judge Bill Rodgers
200 East 23rd Street
North Vancouver, BC
V7L 4R4
Tel: (604) 983-4059
Fax: (604) 983-4034

**Family and Young Offenders/
Famille et jeunes contrevenants**
Judge Andre L. Guay
159 Cedar Street
2nd Floor
Sudbury, ON
P3E 6A5
Tel: (705) 670-7250
Fax: (705) 670-7254

History/Histoire
Judge Ian Dubiński
408 York Avenue, 5th Floor
Winnipeg, MB
R3C 0P9
Tel: (204) 945-2781
Fax: (204) 945-0552

Journal/Journal
Judge Garrett A. Handrigan
P.O. Box 339
Grand Bank, NF A0E 1W0
Tel: (709) 832-1450
Fax: (709) 832-1758

**Judicial Independence/
Indépendance des juges**
Judge Kathleen E. McGowan
59 Church Street
St. Catharines, ON
L2R 7N8
Tel: (905) 988-6200
Fax: (905) 988-1533

Long-Range Planning
Judge Cheryl L. Daniel
323-6th Ave. S.E.
Calgary, AB
T2G 4V1
Tel: (403) 297-3156
Fax: (403) 297-5287

Military Judges/Juges militaires
Colonel Guy L. Brais
Chief Military Trial Judge
National Defence Headquarters
Suite 305, 66 Slater Street
Ottawa, ON
K1A 0K2
Tel: (613) 992-5201
Fax: (613) 995-5079

**National Judicial Institute/
Institut National de la Magistrature**
Judges James G. McNamee
15 Market Square, 3rd Floor
Saint John, NB
E2L 1E8
Tel: (506) 658-2568
(506) 847-7191 (h)
Fax: (506) 658-3759

**New Judges Training Conference/
Formation des nouveaux juges**
Judge Michel Babin
300, Jean Lesage Blvd.
Quebec, QB
G1K 8K6
Tel: (418) 649-3557
Fax: (418) 646-8417
-and-
Judge Jean-Paul Decoste
183 Avenue de la Cathédrale
Rimouski, QB
G5L 5J1
Tel: (418) 722-3817

**Ontario Division C.J.C./
C.J.C. Division de l'Ontario**
Judge Maria De Sousa
161 Elgin Street, 5th Floor
Ottawa, ON
K2P 2K1
Tel: (613) 239-1339
Fax: (613) 239-1506

**Professional Responsibility/
Responsabilité professionnelle**
Judge Patrick Curran
5250 Spring Garden Road
Halifax, NS
B3J 1E7
Tel: (902) 424-8759
(902) 424-8761 (voice mail)
(902) 454-5765 (h)
Fax: (902) 424-0603
-and-
Judge Linda M. Giesbrecht
Judges Chambers
Provincial Judges Court
5th Floor, 408 York Avenue
Winnipeg, MB
R3C 0P9
Tel: (204) 945-2082
Fax: (204) 945-0552

**Quebec Division C.J.C./
C.J.C. Division du Québec**
Judge Michel Babin
300, Jean Lesage Blvd.
Quebec, QB
G1K 8K6
Tel: (418) 649-3557
Fax: (418) 646-8417

Unification
Judge Albert A. Chrumka
5th Floor, Law Courts Bldg.
1A Sir Winston Churchill Square
Edmonton, AB
T5J 0R2
Tel: (403) 427-7817
Fax: (403) 427-0481

Western Judicial Education
Vacant

NEWS BRIEF / EN BREF

ALBERTA

Appointments/Nominations

Hon. Judge Edward R.R. Carruthers
Family & Youth Court, Calgary
effective July 8, 1996

Hon. Judge Nancy A. Flatters
Family & Youth Court, Calgary
effective July 8, 1996

Retirements/Retraites

Hon. Judge H.A. Allard
Sr. Judge of the Family & Youth
Divisions, Calgary
effective July 19, 1996

BRITISH COLUMBIA

Appointments/Nominations

Hon. Judge Raymond R. Low
Smithers
effective August 12, 1996

Hon. Judge Jill Rounthwaite
Surrey
effective August 12, 1996

Hon. Judge Harvey Field
Abbotsford
effective August 19, 1996

Hon. Judge Wendy A. Young
Chilliwack
effective November 5, 1996

Hon. Judge Robin R. Smith
Quesnel
effective November 6, 1996

Hon. Judge Suzanne K. MacGregor
Surrey
effective November 13, 1996

Hon. Judge Mark G. Takahashi
Nelson
effective November 18, 1996

Retirements/Retraites

Hon. Judge D.M. Vamplew
effective August 30, 1996

Hon. Judge S.W. Enderton
effective November 30, 1996

NOVA SCOTIA

Appointments/Nominations

Hon. Judge Flora Inglis Buchan
Halifax
effective November 8, 1996

ONTARIO

Retirements/Retraites

Hon. Judge F.W. Olmstead
from full-time service and became a per
diem judge
effective April 30, 1996

Hon. Judge J.D. Bark
from full-time service and became a per
diem judge
effective April 30, 1996

Hon. Judge C.R. Ball
from full-time service and became a per
diem judge
effective May 31, 1996

Hon. Judge J.T. Bernard
from full-time service and became a per
diem judge
effective June 30, 1996

Hon. Judge J. Ord
from per diem service
effective May 9, 1996

SASKATCHEWAN

Appointments/Nominations

Hon. Judge David J. Kaiser
North Battleford
effective July 24, 1996

Hon. Judge Peter S. Kolenick
Esteron
effective July 10, 1996

Hon. Judge Sheila P. Whelan
Saskatoon
effective July 24, 1996

Hon. Judge Delores Ebert
Wynyard
effective August 7, 1996

Retirements/Retraites
Hon. Judge Anys Chorneyko
effective October 31, 1996

Hon. Judge Robert E. Lee
effective June 30, 1996

Provincial Representatives / Représentants Provinciaux

Newfoundland

Judge David Peddle
Provincial Court
P.O. Box 2222
Gander, NF
A1V 2N9
Tel: (709) 256-1100
Fax: (709) 256-1097

New Brunswick

Judge Frederic Arsenault
Provincial Court
P.O. Box 5001
Bathurst, NB
E2A 3Z9
Tel: (506) 547-2155
Fax: (506) 547-2966

Manitoba

Judge Ronald J. Meyers
Provincial Court
Judges' Chambers
5th Floor, 408 York Avenue
Winnipeg, MB
R3C 0P9
Tel: (204) 945-8005
Fax: (204) 945-0552

North West Territories

Judge Tom Davis
Courthouse
P.O. Box 550
Yellowknife, NT
Z1A 2L9
Tel: (819) 873-7604
Fax: (819) 873-0203

Nova Scotia

Judge Daryl W. Wilson
Suite 11, Provincial Building
360 Prince Street
Sydney, NS
B1P 5L1
Tel: (902) 563-2200
Tel: (902) 563-2222
Fax: (902) 563 3666

Prince Edward Island

Judge Nancy Orr
Provincial Court
42 Waer Street
Charlottetown, PE
C1A 1A4
Tel: (902) 368-6741
Fax: (902) 368-6743

Quebec

Judge Louis A. Legault
Cour de Quebec
Palais de Justice
1, rue Notre-Dame East
Room 545
Montreal, QB
H2Y 1B6
Tel: (514) 393-2581
Fax: (514) 873-4760

Ontario

Judge Lauren Marshall
Ontario Court
1000 Finch Avenue West
Downsview, ON
M3J 2V5
Tel: (416) 314-4218
Fax: (406) 314-4235

Alberta

Judge John Maher
190 Chippewa Road
Sherwood, AB
T8A 4H5
Tel: (403) 464-0114
(403) 467-8979 (h)
Fax: (403) 449-1490

British Columbia

Judge David R.
Pendleton
Provincial Court, Box 33
800 Hornby Street
Vancouver, BC
V6Z 2C5
Tel: (604) 660-8377
Fax: (604) 660-8405

Yukon

Judge Heino Lilles
Territorial Court
Judges' Chambers
(J3E)
Box 2703, 2134 Second
Ave.
Whitehorse, YK
Y1A 2C6
Tel: (403) 667-5438
Fax: (403) 667-3079

Saskatchewan

Judge Eric C. Diehl
Provincial Court
P.O. Box 5600
Melfort, SK
S0E 1A0
Tel: (306) 752-6234
Fax: (306) 752-6126

EDITOR'S NOTEBOOK/REMARQUES DU REDACTEUR

The most oft-quoted phrase this year by members of the CAPCJ has been “judicial independence.” This concept has occupied our minds and thoughts more than any other. Aside from being at the heart of several actions now before the Supreme Court of Canada, our concern for the definition and preservation of independence for our bench, resulted in the commissioning and release of the most important study ever undertaken by or on behalf of the Association. There is, however, according to some thinking, another facet to judicial independence which we should be considering: judicial independence as the servant of “impartiality” which is intrinsically more important to how we discharge our duties as judges, than is “judicial independence.”

At least, this is the hypothesis of Professor Richard Devlin of Dalhousie Law School. Last year while on sabbatical to McGill University, Professor Devlin was invited to make a presentation to the annual meeting of the Ontario Court of Justice (Provincial Division). The result was *Judging and Diversity: Justice or Just Us*. His presentation, together with graphics, is included in this Journal. It is a provocative work and a laudable examination of a subject of immediate and daily concern to judges everywhere. The paper stands on its own merits for a consideration of alternatives for how judges should view their role in dealing with matters of cultural diversity. But it goes beyond these parameters. It is a valuable demonstration of the desired flexibility and pli-

Nul doute que l'expression « indépendance judiciaire » fut le leitmotiv le plus utilisé par les membres de l'A.C.J.C.P. cette année. Ce concept a certes occupé nos pensées et nos esprits plus que tout autre. En plus d'être à l'avant-scène des divers litiges présentement en instance devant la Cour suprême du Canada, notre volonté bien arrêtée d'en définir la portée et de sauvegarder cette indépendance nous a amené à entreprendre et à publier l'étude la plus exhaustive entreprise par l'Association ou réalisée pour son compte. Il y aurait toutefois, selon une certaine école, un autre volet à l'indépendance judiciaire; ainsi, il y aurait également lieu de considérer l'indépendance judiciaire au service de « l'impartialité », un concept plus intrinsèquement lié à la façon dont nous nous acquittons de nos fonctions judiciaires que le principe de « l'indépendance judiciaire » proprement dit.

Il s'agit du moins de l'hypothèse proposée par le professeur Richard Devlin de la faculté de droit de l'université Dalhousie. L'année dernière, alors qu'il était en congé sabbatique à l'Université McGill, le professeur Devlin avait été invité à prononcer une allocution à l'assemblée annuelle de la Cour de justice de l'Ontario (Division provinciale), devant laquelle il a effectivement livré ses commentaires sur le thème *Judging and Diversity: Justice or Just Us* (Les décisions judiciaires et la diversité : la justice des justiciables ou des justiciers). Vous trouverez le texte de son allocution ainsi que les représentations graphiques qui l'accompagnent dans le présent numéro du Journal. Son texte invite à la réflexion et constitue une excellente analyse d'un sujet qui nous préoccupe tous. Il a le grand mérite de présenter des alternatives aux juges dans la perception de leur rôle lorsqu'ils doivent considérer des questions reliées à la diversité culturelle. Sans pour autant se confiner à

IN A LITERARY VEIN

The Custody Case by *Some Humbler Poet**

There you sit, just as your attorney
instructed; eyes forward, shoulders
back; passive, as if it does not concern
you.

Soon the woman you cradled in your
arms and waited for with sweaty palms
at the front of the chapel will have
finished.

How different she seems than the wife
who touched your hand, comforting
you when you had no comfort to
return.

You had forgotten the time you
slammed the door so hard that the
glass broke, after forgetting to stop at
daycare.

The indictments of everyday life,
reduced to writing, and now searing
into memory, a memory larger than
life.

Talk to me about your son
Do you have anything to give to him?
What are your dreams for your
daughter?

Don't tell me about you or her. Tell
me that you want Jon to play hockey;
that you will get him at 4:30 a.m. every
Monday.

Tell me that you will drink cold coffee
in a freezing rink and talk hockey with
people you don't know, and don't care
to.

Tell me that you will take him Sundays
even though you could be making new
friends who would keep your bed
warm.

Pick up your Tess on Saturday. Teach
her to cast in the pool by the birch tree.
Watch her laugh when the line goes
taut.

Would you have done more if life had
dealt a different hand, and you had not
started the chain that has become
this?

I will listen patiently, and will answer
the question you have asked.
But victory, if it comes, will not be
sweet.

And lives may be lost.

* This is the *nom de plume* of The Honourable Judge Dennis Schmidt of the Provincial Court of British Columbia. His poem first appeared in Volume 2 Issue 2 of PCJ NEWS, published by the Provincial Judges' Association of British Columbia.

REGISTER HERE!!!

WORLD WIDE WEB

WE ARE ON THE 'NET!!!

If you have access to the Internet you can check out the CAPCJ's Home Page at <http://www.acjnet.org/capcj/>. Judges may register for an encrypted mailing list by sending their e-mail addresses to the undersigned at gahandri@terra.nlnet.nf.ca or to the webmaster of the Home Page, Joey Giovanniello at jgiovann@web.net. All submissions to the Home Page or the mailing list must first be sent to the undersigned for vetting.

THE EDITOR

JOIGNEZ-VOUS À NOUS!

NOUS SOMMES MAINTENANT SUR L'INTERNET
(WORLD WIDE WEB)

Si vous avez accès à l'Internet, nous vous invitons à consulter la page Web de l'A.C.J.C.P. à l'adresse suivante : <http://www.acjnet.org/capcj/>. Les juges qui désirent s'inscrire à notre liste d'envoi par courrier électronique n'ont qu'à faire parvenir leur adresse de courrier électronique au soussigné, à l'adresse gahandri@terra.nlnet.nf.ca sinon à l'éditeur de la page Web, Joey Giovanniello, à l'adresse jgiovann@web.net. Les documents que vous désirez faire paraître à la page Web ou transmettre par l'entremise de notre liste d'envoi électronique doivent d'abord être transmis au soussigné aux fins d'approbation.

LE RÉDACTEUR

ancy that each judge should bring to the adjudicative function, regardless of the cultural background of the person who appears in the dock.

How many times have you mouthed these words, as part of a probation order, when imposing sentence on an accused person: *Appear before court when required to do so by the court?* I incline to the view that these words are the most frequently heard utterances throughout the provincial courts of this country. Yet how many of us have a true appreciation of their real meaning and import. Judge Gilles Renaud of the Ontario Court of Justice (Provincial Division) has taken the time to inquire into the subject for us. You will be better informed if you read his paper in this Journal, appropriately titled by the same name. Judge Renaud has also placed these words and their meaning in the context of the reforms wrought by Bill C-41.

Aside from these papers there are many other odds and socks between these covers which I hope you will find interesting. I give you a smattering of levity, some news from Conference '96, a graphical review of compensation throughout the country, information about our presence on the Internet and how you can join us, a listing of who has been appointed and who has retired, and some parting words from our recently-retired Executive Director, Judge Pamela Thomson. Until the next time . . .

ces questions, l'analyse du professeur Devlin fait ressortir le niveau de souplesse que chacun et chacune doit apporter dans l'exécution de ses fonctions judiciaires, quel que soit le bagage culturel de l'individu qui comparait devant le tribunal.

Combien de fois vous est-il arrivé de prononcer les paroles qui suivent en rendant une ordonnance de probation à l'égard d'un accusé : « Vous devez vous présenter au tribunal lorsque requis de ce faire par la Cour »? J'ai tendance à croire qu'il s'agit des paroles que l'on prononce le plus souvent dans l'enceinte des cours provinciales. Toutefois, combien d'entre nous connaissent la véritable portée de ces paroles? Le juge Gilles Renaud de la Cour de justice de l'Ontario (Division provinciale) s'est penché sur le sujet et nous dresse un bilan de ses recherches dans le présent numéro du Journal, dans l'article intitulé *Appear before the court when required to do so by the court*. Le juge Renaud a également cherché à situer ces paroles et leur signification véritable dans le contexte des réformes instituées par le projet de loi C-41.

Vous trouverez également dans le présent numéro une foule d'articles divers qui sauront, je l'espère, susciter votre intérêt. Vous y découvrirez un soupçon de frivolité, un compte-rendu sommaire du Colloque 1996, un tableau comparatif de la rémunération des juges selon les endroits où ils ou elles siègent, un mot sur l'Internet et nos coordonnées afin que vous puissiez y accéder avec nous, la liste des nominations et de ceux et celles ayant pris leur retraite, et enfin, un mot d'adieu de la part de la Directrice générale dont le mandat vient de prendre fin, M^{me} la juge Pamela Thomson. À la prochaine...

H.L. Menchen (1880-1956):

"A judge is a law student who marks his own examination papers"

Segal's Law:

"A man with a watch knows what time it is. A man with two watches is never sure."

**JUDGING AND DIVERSITY: JUSTICE OR JUST US?/
LES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET LA DIVERSITÉ : LA JUSTICE
DES JUSTICIABLES OU DES JUSTICIERS?**

Richard F. Devlin

Associate Professor, Dalhousie Law School/Professeur titulaire, Faculté de droit de Dalhousie
Visiting Professor, McGill University (1995-1996)/Professeur invité, Université McGill (1995-1996)
24-10-1996/Le 24 octobre 1996

This paper is a slightly revised version of a plenary presentation at the Ontario Court of Justice (Provincial Division) annual meeting, entitled "The Court in an Inclusive Society". Some of the research for this written version has benefitted from a grant provided by the Foundation for Legal Research.

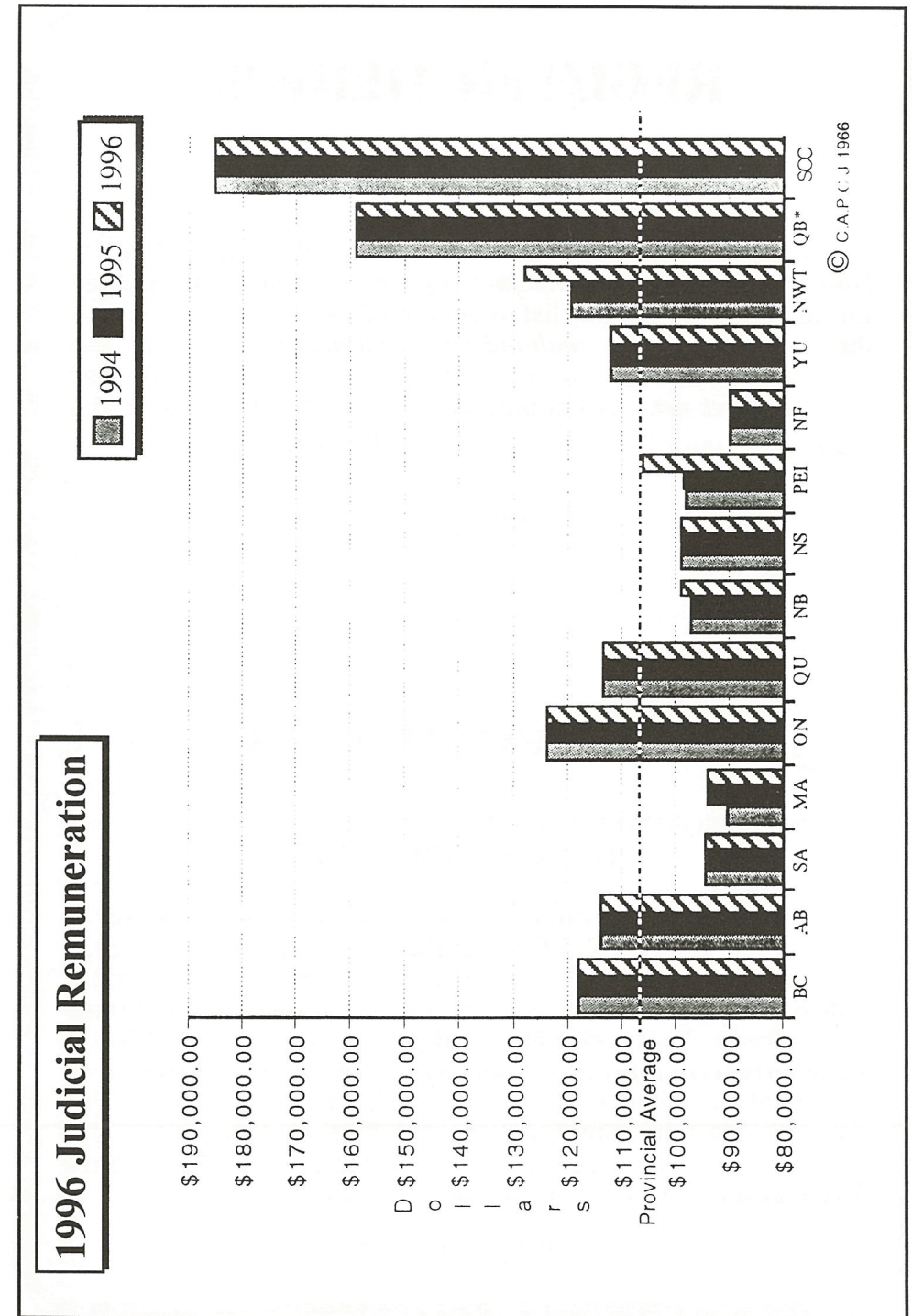
Le présent texte constitue une version légèrement révisée de l'allocation que j'ai présentée en session plénière à l'occasion de l'assemblée annuelle de la Cour de Justice de l'Ontario (Cour provinciale), sous le thème *The Court in an Inclusive Society*. Une partie de la recherche nécessitée pour la rédaction du présent document a été réalisée grâce à un octroi consenti par la *Foundation for Legal Research*.

I INTRODUCTION

Let me begin by making a few candid remarks. I am both honoured and somewhat nervous to present this paper. I am honoured in that some of my more recent work¹ has generated sufficient interest that the organizers of this conference thought it appropriate for me to address the issue of inclusion. I am nervous because the topics that are to be dealt with are some of the most difficult that Canada as a society and we, as members of the legal community, need to confront. Specifically, I am apprehensive because issues of racialized diversity are frequently highly charged and emotional and can often deteriorate into debates that are premised upon misunderstandings and defensiveness. Moreover, I am concerned that my thoughts may be misinterpreted. As a white male university professor with tenure I hardly qualify as an "outsider", as one who is excluded. Thus I should not be misunderstood as speaking on behalf of those who are at the margins of Canadian

I INTRODUCTION

Permettez-moi d'emblée les commentaires introductifs suivants. Je me sens à la fois honoré et intimidé par la présente prestation. En effet, je suis honoré que l'un de mes ouvrages récents¹ ait suscité suffisamment d'intérêt pour inciter les organisateurs de ce colloque à m'inviter pour y prononcer une allocation traitant de la problématique de l'inclusion. Aussi, je me sens intimidé car les sujets abordés à cette occasion figurent parmi les plus complexes et interpellent à la fois la société canadienne dans son ensemble et, en particulier, la communauté juridique à laquelle nous participons. Cette appréhension qui m'habite provient notamment du caractère éminemment délicat et émotionnel de tout ce qui touche à la diversité raciale, un tel débat ayant parfois tendance à dégénérer en des digressions fondées sur des malentendus et imbus d'une attitude défensive. Je crains également que mes propos soient mal interprétés. En ma qualité d'individu de sexe mâle et de professeur titulaire à l'université, il serait difficile de prétendre que je fais partie des « exclus » de la société. Mes propos ne sauraient donc être interprétés comme exprimant les doléances de ceux qui sont marginalisés au sein de la



1996 Remuneration

Prov	1994	1995	1996	Increase	%Change	%Fed
BC	\$118,402.00	\$118,402.00	\$118,402.00	\$0.00	0.00%	74.50%
AL	\$113,964.00	\$113,964.00	\$113,964.00	\$0.00	0.00%	71.71%
SA	\$94,556.00	\$94,556.00	\$94,556.00	\$0.00	0.00%	59.50%
MA	\$90,444.35	\$94,017.00	\$94,017.00	\$0.00	0.00%	59.16%
ON	\$124,250.00	\$124,250.00	\$124,250.00	\$0.00	0.00%	78.18%
QU	\$113,491.00	\$113,491.00	\$113,491.00	\$0.00	0.00%	71.41%
NB	\$97,474.00	\$97,474.00	\$98,936.00	\$1,462.00	1.48%	62.25%
NS	\$99,037.00	\$99,037.00	\$99,037.00	\$0.00	0.00%	62.32%
PEI	\$98,248.00	\$98,680.00	\$106,298.00	\$7,618.00	7.17%	66.88%
NF	\$90,129.00	\$90,129.00	\$90,129.00	\$0.00	0.00%	56.71%
YU	\$112,179.00	\$112,179.00	\$112,179.00	\$0.00	0.00%	70.58%
NWT	\$119,613.00	\$119,613.00	\$128,133.00	\$8,520.00	6.65%	80.62%
QB*	\$158,929.00	\$158,929.00	\$158,929.00	\$0.00		
SCC	\$185,258.00	\$185,258.00	\$185,258.00	\$0.00		

*includes \$3,000.00 Special Assignment

Average Salary (Provincial Courts)	\$105,982.28	\$106,316.00	\$107,782.67	\$1,466.67	1.36%
------------------------------------	--------------	--------------	--------------	------------	-------

society. Indeed my focus is not so much on the experiences of those who have been historically excluded, but rather on the options that are available to those of us who are "insiders". Furthermore, I am not a judge and have little or no familiarity with what Lord Justice Brooke described as "the culture of judging".² However, as a member of the university community I have some experience in judging (in terms of admissions, examinations etc.) and issues of cultural diversity have generated a lot of debate in the universities for quite a while.³

However, despite my reservations, I plan to forge ahead and to address my topic: "Judging and Diversity", which I have unimaginatively subtitled "Justice or Just Us?".

It is clear that the inevitable is upon us: as a society Canada is undergoing significant social change and law, as a social institution and mode of social interaction and regulation, cannot be immune to such changes. I want to suggest to you that these transitions are more than statistical - they are cultural and in that sense they will generate significant changes, indeed challenges, to our conventional ways of doing things. Change is of course somewhat unnerving, even disturbing or threatening, but I want to ask what sort of responses are available to us as we attempt to continue our commitment to the promotion of justice in Canadian society. Can we begin to imagine judicial perspectives and techniques that are forward looking and sensitive to cultural diversity - a pluralistic justice - or should we stick with a conception of justice that reflects the perspectives of those of us who have traditionally occupied positions of legal responsibility and power - that is, justice as just us?⁴

société canadienne. L'essentiel de mon discours ne traitera donc pas des expériences vécues par ceux et celles qui ont été historiquement exclus de la société, mais plutôt des pistes de solutions que nous pouvons, à titre d'« initiés », poursuivre. Ce qui plus est, je ne suis pas un juge et mes connaissances sont, au mieux, ténues en ce qui a trait à cette notion évoquée par le juge Brooke, de la Chambre des Lords, « la culture inhérente à l'acte de rendre jugement » ou, dans ses mots, *the culture of judging*.² Toutefois, à titre d'universitaire, j'ai une certaine connaissance des éléments pertinents aux décisions judiciaires, notamment en ce qui a trait aux admissions, aux interrogatoires, etc., alors que les questions reliées à la diversité culturelle ont fait l'objet de nombreux débats au sein des universités depuis un certain temps déjà.³

Aussi, malgré toutes ces réserves, je me propose ici de vous livrer l'objet de mon propos : « Les décisions judiciaires et la diversité : la justice des justiciables ou des justiciers? »

Force est de constater que l'inévitable se réalise : la société canadienne subit présentement des transformations sociales profondes et le droit, cette institution sociale régissant l'interaction sociale, ne saurait être à l'abri des changements qui en résultent. Les transitions dont il est question vont au-delà des statistiques; il s'agit en effet de transitions d'ordre culturel et il en résultera par conséquent des transformations importantes, voire des défis considérables aux mécanismes avec lesquels nous pouvions composer par le passé. Tout changement, quel qu'il soit, est déconcertant, troublant et même menaçant, et il convient alors de se demander comment y réagir tout en cherchant à maintenir notre engagement envers la promotion de la justice au sein de la société canadienne. Sommes-nous capables même d'imaginer l'avènement de perspectives et de techniques qui seraient, sur le plan judiciaire, tournées vers l'avenir et sensibles à la diversité culturelle, c'est-à-dire une justice pluraliste? Combien de fois devrions-nous nous ranger à une conception de la justice qui se veut le reflet des perspectives adoptées par ceux et celles qui ont

In a few moments I will outline three different approaches to judging in a pluralist society which may serve as potential points of reference for discussions on the topic of "the court in an inclusive society". But before doing so I want to address an issue that is often foremost in the minds of some judges as they approach judicial education programmes: the threat that they might pose to judicial independence and impartiality.

II DIVERSITY, INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY.

As I mentioned in my introductory comments, profound cultural transitions inevitably generate challenges to our conventional ways of doing things. And change and challenge are destabilizing. It is therefore quite understandable that one response might be to fear that such changes could constitute an affront to the two fundamental principles of judicial office: independence and impartiality. Consequently, I think that it is appropriate to briefly consider the significance and purpose of these two principles.

Specifically, it might be helpful to focus on the relationship between independence and impartiality. While both principles in the abstract are frequently invoked, my experience has been that there tends to be an overemphasis on the former (independence) at the expense of the latter (impartiality). For example, in the last year there have been two quite important books published addressing the status of the judiciary in Canada: *Judicial Conduct and Accountability*⁵ and *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*.⁶ While both works are very helpful, to my mind one of their most serious

traditionnellement occupé des fonctions comportant des responsabilités de nature juridique et qui, partant, détiennent un tel pouvoir, c'est-à-dire une justice à sens unique, une justice de justiciers?⁴

Dans quelques instants, je vous entretiendrai des trois façons différentes dont nous pourrions aborder la question de la prise des décisions judiciaires dans le cadre d'une société pluraliste, ces différentes façons d'aborder cette problématique pouvant constituer autant de points de repère dans nos réflexions sur le rôle des tribunaux dans le cadre d'une société dite « inclusive ». Toutefois, avant d'aborder ce sujet, j'aimerais traiter d'un sujet qui se situe au coeur des préoccupations de certains juges lorsqu'ils ou elles sont invités à participer à des programmes de formation professionnelle élaborés à leur intention : la menace potentielle que de tels programmes peuvent poser à l'existence d'une magistrature indépendante et impartiale.

II DIVERSITÉ, INDÉPENDANCE ET IMPARTIALITÉ

Comme je l'ai mentionné dans mes remarques préliminaires, les transitions culturelles profondes suscitent inévitablement des défis aux pratiques conventionnelles qui nous sont familières. Le changement et le défi sont effectivement déstabilisateurs. Il est donc tout à fait compréhensible que cela puisse inspirer chez certains une crainte que de tels changements pourraient effectivement constituer un affront aux deux principes fondamentaux à l'exécution des fonctions judiciaires : l'indépendance et l'impartialité. Par conséquent, je crois qu'il convient d'examiner brièvement la signification et la portée de ces deux principes.

Il y aurait lieu tout d'abord de s'interroger sur la relation qui existe entre l'indépendance et l'impartialité. Bien que l'on invoque fréquemment ces deux principes dans l'abstrait, il m'a été donné de constater que l'on a tendance à trop mettre l'accent sur le premier élément (l'indépendance) au détriment du second (l'impartialité). Par exemple, au cours de la dernière année, deux ouvrages importants traitant de la magistrature ont été publiés au

the commitment of each and every one of its members to its purposes and activities. We need participation: this organization cannot operate without the full committed support of every provincially and territorially appointed judge and their Associations. As we move into new areas of co-operation with the N.J.I., Canadian Judges Conference and the Canadian Bar Association, we must not leave the work to the other person. Each of us must shoulder our own fair share of responsibility - at least for a time.

My time is up. I thank you all. God bless each and every one of you.

Pamela Thomson

et la réalisation de ses activités. La participation de tous et de toutes est essentielle : cette organisation ne peut pas pleinement fonctionner sans l'appui indéfectible de toutes et de tous les juges de nomination provinciale et territoriale et de leurs associations respectives. Alors que nous poursuivons de nouvelles initiatives en collaboration avec l'I.N.M., la Conférence des juges canadiens et l'Association du barreau canadien, il ne faut pas refiler le travail que cela exige aux autres. Chacun et chacune d'entre nous doit assumer sa juste part de responsabilité à cet égard, au moins pendant un certain temps.

Le temps que j'y ai consacré est écoulé. Je vous remercie encore et que Dieu bénisse chacun et chacune d'entre vous.

Pamela Thomson

IN A LIGHTER VEIN

A young lawyer from Cork was short-listed for a first-rate post in Belfast. The interview went splendidly. At the end, the Chairman, in a friendly and conversational way, said, "By the way, what religion are you?" The young man paused for a second and replied, "Did you have any particular religion in mind, sir?" He got the job.

A donkey brayed loudly when Curran was addressing a judge who did not like him very much. "One at a time please, Mr. Curran," said the Judge, very pleased with his own wit. Shortly afterwards the Judge bent over to pat his large dog. Curran stopped talking. "Go on, Mr. Curran, go on."

"I wouldn't like to," said Curran, "while your lordship is in consultation."

Too Much Crime.

By coincidence, two Provincial Judges were late on the same morning and were speeding to work from different directions. Both were caught by the Constabulary and were issued tickets for speeding.

When their cases came up, they agreed that each would have to leave the bench in turn to have his case heard by the other.

The first went to trial, pleaded guilty, and was promptly fined \$10 plus costs. When they changed places, the second Judge, after pleading guilty, was shocked to be fined \$200 and costs.

"That's a bit unfair," he complained to his fellow Judge. "I only fined you \$10."

"I know," was the reply; "but there is too much of this sort of thing going on. Why, this is the second case of this kind that has come before this court just this morning."

Ontario Family Judges joining, and I encourage the Executive Committee to find a constitutional solution to this challenge. Many have belonged on a personal basis but it is important that they, like their Quebec colleagues, have a stronger voice.

ACKNOWLEDGEMENTS

I cannot begin to thank all those who have supported me and helped me throughout my many years with the C.A.P.C.J. In addition to those already mentioned, I would like to thank those Presidents with whom I worked: Yvon Mercier, Charlie Scullion, Ernie Bobowski, Gerry Barnable, Wes Swail, Jim McNamee. This past year has been a joy because of the presence of Ann and Cheryl - at least the Executive was properly balanced!

Last but not least, my beloved Gordon. Our romance really got rolling one midnight, when Ken Page, Keith Libby and Jean-Marie Bordeleau insisted that I invite Gordon to Halifax upon my arrival at Conference'88: Annual Meetings hold a special place in both of our hearts. Little did Gordon know when he married me in 1990 that I would be working two jobs! I would like to thank him for all the wonderful meals that he has cooked, and to apologize to him for the hundreds of nights that he has been left alone at home: even getting him a cat didn't seem to make things that much better. I thank my two sons, Eric and Gregory, for keeping Gordon company, and keeping me humble!

You have a wonderful Association working for you. It cannot work except with

cette fédération d'associations. Des procédures ont été entamées concernant l'adhésion des juges de l'Ontario siégeant en chambre de la famille, et j'encourage le comité exécutif à trouver une solution constitutionnelle à cette situation. Plusieurs d'entre eux ont adhéré à l'Association sur une base individuelle mais il est également important qu'ils et elles aient, tout comme leurs collègues du Québec, une plus importante voix au sein de l'Association.

REMERCIEMENTS

Je ne pourrais remercier assez ceux et celles qui m'ont appuyé et qui m'ont prêté main forte tout au long de mon mandat au sein de l'A.C.J.C.P. Outre les personnes que j'ai déjà mentionnées, j'aimerais aussi remercier les présidents avec lesquels j'ai eu l'honneur de travailler : Yvon Mercier, Charles Scullion, Ernie Bobowski, Jerry Barnable, Wes Swail et Jim McNamee. L'année qui vient de s'écouler m'est particulièrement chère, en raison de la présence d'Ann et de Cheryl, l'équilibre ayant au moins pu être établi au niveau de l'exécutif!

Enfin, mais non le moindre, mon cher Gordon. Nos fréquentations ont réellement connu leur envol un bon soir, alors que Ken Page, Keith Libby et Jean-Marie Bordeleau m'ont fortement incitée à inviter Gordon à Halifax dès mon arrivée à la Conférence de l'année 1988. Depuis, les conférences annuelles tiennent une place spéciale dans nos cœurs. Si Gordon avait su, lorsqu'il m'a épousée, en 1990, que j'occuperais deux emplois! J'aimerais le remercier de tous ces repas merveilleux qu'il a cuisinés pour nous, et je m'excuse encore auprès de lui pour ces centaines de soirées qu'il a dû passer seul, à la maison, alors que même en lui faisant cadeau d'un chat ça ne semblait pas nécessairement arranger les choses! Je remercie également mes deux fils, Eric et Gregory, tout d'abord d'avoir tenu compagnie à Gordon puis de m'avoir aidée à conserver mon humilité!

Vous bénéficiez des efforts déployés par une Association exceptionnelle. Toutefois, ces efforts ne servent à rien sans l'engagement de chacun et chacune de ses membres envers l'atteinte de ses objectifs

limitations is that they take as their major premise the principle of judicial independence. In other words, both books tend to consider judicial independence to be an end in itself and this, in turn, renders all other principles such as impartiality and accountability second order.⁷

While the importance of judicial independence cannot be gainsaid, I think that there is a danger in treating it as an end in itself. It seems to me that the primary goal that we should be aiming for is ethical, fair and responsible decisionmaking. In other words, I would suggest that impartiality is the end to be achieved and that independence is a means - a crucial means - to that end, but not an end in itself. Nor am I alone in making this suggestion. A similar point was made, if only in passing, by the Supreme Court in *R v. Lippé*.⁸ I would argue that this reallocation of emphasis from independence to impartiality is important because it puts independence in context. It means that we cannot rely on judicial independence as some sort of conversation stopper. Rather, it is reconceived as a vital mechanism in our quest for fairness in decision-making. But it is only one of several vital components. Others might include competence, accountability and equality.

Once we reconfigure the equation to realize that independence is a variable and not a solution per se, we are in a position to more adequately pursue our primary goal of fairness in decisionmaking. Thus I would suggest that programmes which are designed to provide information about the challenges of cultural diversity to the judiciary should not be perceived as threats to judicial independence but rather as aids to the achievement of better informed

Canada, l'un étant intitulé *Judicial Conduct and Accountability*⁵ et l'autre *Une place à part : L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*⁶. Malgré la grande utilité de ces deux ouvrages, il me semble que leur principale faiblesse réside dans le fait qu'ils se fondent principalement sur la prémisse du principe de l'indépendance judiciaire. En d'autres termes, ces deux ouvrages tendent à considérer l'indépendance judiciaire comme constituant une fin en soi, ce qui relègue effectivement au second rang tous les autres principes, notamment ceux de l'impartialité et de l'imputabilité.⁷

Bien que l'importance du principe de l'indépendance judiciaire soit indéniable, il m'apparaît dangereux de traiter ce principe comme s'il constituait une fin en soi. Il me semble que l'objectif principal devrait être celui de l'instauration d'un processus décisionnel qui soit équitable, responsable et conforme à l'éthique. En d'autres termes, je soumets que la fin souhaitable soit plutôt l'impartialité, et que l'indépendance constitue alors un moyen, bien qu'un moyen crucial, d'atteindre cette fin, sans constituer pour autant une fin en soi. Je ne semble pas être seul à avancer cette thèse. Notamment, la Cour suprême du Canada l'a évoquée dans l'arrêt *R. c. Lippé*.⁸ J'irais même jusqu'à dire qu'un tel report de l'emphase sur l'impartialité plutôt que sur l'indépendance est d'autant plus important qu'il situe l'indépendance dans son contexte véritable. Cela implique que le concept de l'indépendance judiciaire ne peut plus constituer un concept purement lapidaire. En effet, il doit plutôt s'inscrire dans le cadre du processus décisionnel à titre de mécanisme indispensable pour l'atteinte de l'équité. Il s'agit cependant d'un élément parmi d'autres. Ces autres éléments sont notamment la compétence, l'imputabilité et l'égalité.

Ce n'est que lorsque l'on a reformulé l'équation de façon à situer l'indépendance sur l'axe des paramètres et non uniquement dans la case solutions que nous pouvons alors poursuivre de façon plus adéquate la recherche de notre objectif principal, soit la recherche de l'équité dans le processus décisionnel. Il y aurait donc lieu de

decision-making. To the extent that they help us to understand how systemic inequality can insinuate itself into our everyday practices, such programmes serve as a necessary, if insufficient, prerequisite to the goal of impartiality.

III THREE CONCEPTIONS OF IMPARTIALITY IN A PLURALISTIC SOCIETY

Having briefly addressed the issue of the relative importance of independence and impartiality, I now want to proceed to the heart of my presentation: an overview of three potential conceptions of impartiality in a pluralistic society.

Traditionally, we have tended to have a rather simplistic conception of impartiality: do nothing to indicate any favouritism or hostility to any of the parties in a court action. In reality, as many judges have candidly informed me, the picture is much more complicated. This is particularly the case when one encounters diversity in the courtroom. Furthermore, while judges have been struggling with issues of impartiality in the trenches, the issue of impartiality has been simultaneously the focus of extensive academic analysis over the last decade.⁹ This indicates that impartiality is what philosophers describe as “an essentially contested concept”¹⁰: its meaning is “up for grabs”.

Over the last year, I have spent a lot of time thinking about how we might address pluralism and impartiality. For the purpose of discussion I want to present you with three models of impartiality that might either reflect some of your own thoughts on the matter, or, which you might wish to consider. These can be described as the classical,

considérer que les programmes conçus dans le but de fournir des renseignements aux juges en ce qui a trait aux défis que comporte la diversité culturelle ne devraient pas être perçus comme constituant une menace à l'indépendance judiciaire, mais plutôt comme des outils susceptibles de mieux guider le processus décisionnel. Aussi, dans la mesure où de tels programmes peuvent nous aider à mieux comprendre comment l'inégalité systémique peut s'introduire de façon imperceptible dans nos décisions quotidiennes, ils constituent une voie incontournable, quoique insuffisante, permettant d'accéder à la véritable impartialité.

III TROIS CONCEPTIONS DE L'IMPARTIALITÉ DANS UNE SOCIÉTÉ PLURALISTE

Après avoir brièvement traité du sujet de l'importance relative de l'indépendance et de l'impartialité, je veux maintenant aborder l'essentiel de mon exposé : un survol de trois conceptions possibles de l'impartialité dans une société pluraliste.

Traditionnellement, nous avons eu tendance à nous faire une conception plutôt simpliste de l'impartialité : ne rien faire qui puisse dénoter du favoritisme ou de l'hostilité envers aucune des parties lors d'une action en justice. En fait, selon ce que plusieurs juges m'ont avoué sincèrement, la situation est beaucoup plus complexe. Il en est particulièrement ainsi lorsqu'il y est question de diversité. De plus, alors que, d'une part, les juges étaient confrontés à des problèmes d'impartialité dans le quotidien, la question de l'impartialité a fait d'autre part l'objet d'analyses académiques exhaustives durant la dernière décennie.⁹ C'est un indice que l'impartialité est ce que les philosophes nomment « un concept contesté par essence »¹⁰; chacun y donne la signification qui lui convient.

Durant l'année qui vient de s'écouler, j'ai passé beaucoup de temps à réfléchir à la façon dont nous pourrions traiter du pluralisme et de l'impartialité. Aux fins de discussion, je veux vous présenter trois modèles de l'impartialité, qui reflètent possiblement vos propres idées à ce sujet,

of communication among us through the Internet is rosy and limitless.

I have had two disappointments in my tenure. The first is that the funding for judicial education has dropped, and the 50% contribution to translation has stopped. The public expects us to be educated and to keep educated. The pity is that Provincial and Federal Governments are not supportive enough of our need for education, which is something that the public ought to know about, and about which it should be concerned. There is no point in having programs if there is no funding for judges to attend. Although we have changed the footing upon which we receive our funding from the Minister of Justice so that we are not treated like a lobby group begging for money and fitting ourselves into government-defined pigeon holes, the challenge of the continued funding of this organization and of judicial education will be the single most important practical issue facing us. All issues surrounding judicial independence must continue to be our priority.

The second disappointment is that the Ontario Family Law Judges Association and the Quebec Conference des juges have not joined the C.A.P.C.J. Our membership in Quebec has dwindled despite our best efforts to encourage their professional and personal interface with their colleagues across the country. These next few years will be our last chance to adapt so that our colleagues in Quebec feel comfortable within the structure of this federation of associations. Procedures are in motion with respect to the

l'Association a déjà sa page d'accueil sur l'Internet : l'avenir des communications entre nous par le biais de l'Internet s'annonce harmonieux et sans limite.

J'ai connu deux seules déceptions au cours de mon mandat. La première fut la réduction du financement des programmes de formation à l'intention des juges accompagnée de la suspension de la contribution permettant d'éponger 50 % des frais de traduction. Le public s'attend à ce que les juges reçoivent une formation adéquate et qu'ils et elles continuent leur perfectionnement. Ce qui est navrant, c'est le peu d'appui manifesté par les gouvernements fédéral et provinciaux à l'égard de nos besoins en matière de formation, un sujet qui doit être porté à l'attention du public et dont il devrait se préoccuper. Cela ne sert à rien d'avoir des programmes de formation si aucun financement n'est prévu pour permettre aux juges d'y assister. Bien que certains aménagements ont été apportés à la nature des démarches qui nous permettent de recevoir des crédits du ministre de la Justice de façon à ce que nous ne soyons pas traités comme un groupe de pression venant lui quêter des fonds et devant systématiquement adopter une configuration conforme aux critères administratifs dictés par le gouvernement, il demeure que le défi d'assurer le financement de cette organisation et de la formation des juges constituera l'unique question d'ordre pratique au sommet de nos préoccupations. Par ailleurs, l'ensemble des questions reliées à l'indépendance de la magistrature doit demeurer la priorité de l'Association.

Ma deuxième déception, c'est que l'Association des juges des tribunaux de la famille de l'Ontario et la Conférence des juges du Québec n'ont pas encore joint les rangs de l'A.C.J.C.P. Nous avons connu un recul du nombre de nos membres en provenance du Québec malgré nos meilleurs efforts en vue d'encourager les échanges professionnels aussi bien que personnels avec leurs collègues d'ailleurs au pays. Ces prochaines années nous fourniront probablement l'occasion ultime de nous adapter afin que nos collègues du Québec se sentent à l'aise au sein de la structure de

One of our delegates (Judith Webster) is now a Chief Judge. Another delegate and faculty member at the New Judges' Training Programme (Raynelle Andrychuck) is now a Senator.

Many of my female colleagues have played important roles in education, annual conferences and committees: each is a pioneer.

This is still not good enough. Of course I realize that the real problem lies with Governments which have been slow to recognize the obvious requirement that women, racial minorities and people with disabilities be appointed to more closely reflect the population that we judges serve.

One last accomplishment before I talk about the future: we are now, while in office, entitled to use the title "The Honourable". This honour took ten years to obtain. It is still not as good as the federally-appointed judges, and I hope that Judge Lampert will not let the issue fade away.

THE FUTURE

The nine Supreme Court of Canada Justices are soon going to elucidate and expand their current thinking concerning judicial independence. We trust that they will approach the issue without personal regard, without any sense of their own superiority, with humility, and with commitment to the people and principles we all serve.

Codes of conduct, judicial evaluation procedures, and standards of education will all be developed in the next few years. We already have our own web page: the future

de la jeunesse et de la famille, de 1993 à 1995.

L'une de nos déléguées, Judith Webster, est maintenant juge en chef. Une autre déléguée et membre du professorat du Programme de formation des nouveaux juges, Raynelle Andrychuck, est aujourd'hui sénatrice.

Plusieurs de mes collègues de la gent féminine ont occupé d'importantes fonctions en matière de formation professionnelle, à l'occasion des conférences annuelles ou dans le cadre de divers comités : chacune fut une pionnière.

Toutefois, ce n'est pas encore assez. Évidemment, je réalise que le problème véritable se situe au niveau des gouvernements, lesquels ont été lents à reconnaître la nécessité, pourtant évidente, que les femmes, les personnes issues des minorités raciales et celles ayant des déficiences physiques soient nommées à la magistrature afin d'assurer à ce niveau une meilleure représentativité de la population que nous servons.

Un dernier mot avant que j'aborde l'avenir de l'Association : nous avons maintenant le droit, pendant que nous occupons notre charge, d'employer le titre «honorable». Cet honneur nous a été conféré après dix années de lutte. Cette appellation n'est toutefois pas aussi solide que celle conférée aux juges de nomination fédérale, et j'espère que le juge Lampert ne laissera pas cette question sombrer dans l'oubli.

UN APERÇU DE L'AVENIR

Les neuf juges de la Cour suprême du Canada seront bientôt appelés à réfléchir sur les tenants et aboutissants des divers aspects de l'indépendance de la magistrature. Il est permis de croire qu'ils aborderont cette question avec tout le détachement dont ils sont capables, sans se sentir liés par la supériorité de leurs fonctions, en toute humilité, et en manifestant leur plein engagement à l'égard des individus et des principes que nous servons.

Au cours des prochaines années, nous assisterons à l'élaboration de codes de conduite, de modalités d'évaluation du travail des juges et de normes en matière de formation professionnelle. Aussi,

relational and situational conceptions of impartiality. To be clear, these models are heuristic devices: I am not claiming that anyone subscribes to any of these in a pure form or that they are mutually exclusive, but I do want to suggest that they may reflect different images of justice and impartiality. Moreover, to try to dramatize the differences I have attached an iconic representation of justice from the world of art to each of these models, in part because I believe that seeing and hearing are two quite distinct ways of thinking about a problem. However, I am no art critic. What is offered is simply my interpretation of these pieces for the purposes of this discussion.

A CLASSICAL CONCEPTION

This is perhaps the most familiar and comfortable conception of impartiality. The icon is, of course, Themis blindfolded. It is such a popular understanding of impartiality that I did not have to go very far to find a representation: it adorns the brochures of the library at the Faculty of Law at McGill where I am currently a visiting professor.

ou que vous voudriez peut-être examiner de plus près. On peut appeler classiques, relativistes ou conjoncturelles ces diverses conceptions de l'impartialité. À vrai dire, ces modèles sont des formules heuristiques. Ceci dit, je ne prétends pas que quiconque doit être partisan de l'un ou de l'autre de ces modèles dans sa forme pure, ou qu'ils s'excluent l'un l'autre; je veux par contre suggérer qu'ils peuvent refléter des images différentes de la justice et de l'impartialité. De plus, dans le but de dramatiser les différences, j'ai relié une représentation iconique de la justice, provenant de l'univers artistique, à chacun de ces modèles; c'est un peu parce que je crois que voir et entendre constituent deux façons tout à fait différentes de se représenter un problème. Cependant, je suis loin d'être un critique d'art. Ce que j'offre, c'est tout simplement mon interprétation de ces oeuvres par rapport à cette discussion.

A UNE CONCEPTION CLASSIQUE

Ceci est probablement la conception la plus familière et la plus confortable de l'impartialité. Évidemment, l'icone, c'est Thémis aux yeux bandés. Cette compréhension de l'impartialité est si populaire que je n'ai pas eu besoin d'aller très loin pour en trouver une représentation : elle orne les brochures de la bibliothèque de la Faculté de droit de McGill, où je suis actuellement professeur invité.

BIBLIOTHÈQUE
DE
DROIT



"AUDI ALTERAM PARTEM"



The idea is very straightforward: a judge is to divest himself/herself of all preconceptions and identifications. The role of a judge is simply to discover and apply the law. The classical conception is premised upon what one of Canada's leading philosophers, Charles Taylor, calls "the ideal of disengagement".¹¹ Reason, not emotion, will ensure fairness. Equality before the law is the mantra: thus everyone is to be treated the same regardless of their race, class or gender.

Specifically, when it comes to issues of race the classical ideal is that the judge should be colourblind.¹² The assumption is that each person is an individual and that racial identity (in the sense of skin colour) is presumptively irrelevant unless its particular relevance can be causally demonstrated in a particular case.¹³ In short, objectivity is attained through withdrawal and disinterestedness.¹⁴

The classical approach has a long and distinguished pedigree. Icons of justice blindfolded go back at least as far as the middle ages.¹⁵ Further, John Rawls, perhaps the greatest liberal thinker of the twentieth century, constructs his arguments on the basis that decisions about justice are best made behind a "veil of ignorance".¹⁶

But it has a couple of limitations.

First and most importantly, "the ideal of disengagement" is at odds with the inescapable reality that we are social beings, that we are inevitably saturated with relationships and preconceptions. Thus disengagement can only be bought at a price: usually at the risk of objectifying those with whom we have to deal. The problem with justice blindfolded is that it tends to conflate impartiality with the impersonal, a move that can result in a judge's humanity being subordinated to some bureaucratic role.¹⁷ As the Canadian

L'idée est très évidente : un ou une juge doit se dépouiller de toute identification, de toute idée préconçue. Le rôle du juge, c'est tout simplement de découvrir et d'appliquer la loi. La prémisse de la conception classique est ce que Charles Taylor, l'un des plus grands philosophes au Canada, nomme « l'idéal du désengagement ». ¹¹ C'est la raison, non pas l'émotion, qui assurera l'équité. L'égalité aux yeux de la loi, c'est le dogme : chacun doit ainsi recevoir le même traitement, sans égard à sa race, à sa classe sociale ni à son sexe.

Plus particulièrement, lorsqu'il est question de race, l'idéal classique voudrait que le juge soit daltonien.¹² On suppose que chaque personne est un individu et que son identité raciale (dénotée par la couleur de sa peau) est présumée non pertinente, à moins que sa pertinence particulière dans un cas précis ne soit démontrée de façon causale.¹³ En somme, on parvient à l'objectivité à travers le retrait et le désintéressement.¹⁴

L'approche classique a depuis longtemps ses lettres de noblesse. On trouve des icônes de la Justice aux yeux bandés au moins depuis le Moyen-Âge.¹⁵ Qui plus est, John Rawls, qui est peut-être le plus grand penseur libéral du vingtième siècle, échafaude des arguments à l'effet qu'il est préférable de rendre des décisions judiciaires sous « un voile d'ignorance ». ¹⁶

Cette conception est cependant soumise à deux restrictions.

D'abord et avant tout, « l'idéal du désengagement » est en désaccord avec la réalité inéluctable que nous sommes des êtres sociaux, que nous sommes inévitablement saturés de rapports et d'idées préconçues. Il y a donc un prix à payer pour le désengagement : habituellement, c'est le risque de considérer comme des objets les gens avec qui nous devons traiter. Le problème de la justice aux yeux bandés, c'est qu'elle a tendance à confondre l'impartialité avec la dépersonnalisation; cette démarche risque de subordonner l'humanité du juge à un quelconque rôle bureaucratique.¹⁷ Comme l'a formulé le

from a federally-appointed judge and the other, a phone call from our own Sandra Oxner. Sandra is a founder of the C.A.P.C.J., and was honoured as one of five pioneer women judges at the Aspects of Equality Conference in November 1995. To Sandra we owe our continuing support of the Commonwealth Magistrates & Judges Association, support that I trust will continue not only because it is our duty, but because it is our pleasure.

Sandra Oxner was our first woman President. This year we get our second, with the anticipated election of Ann Rounthwaite.

I felt much like I was crashing a stag until the arrival of Patricia Cumming in 1988. She was followed by Dolores Hansen and Jane Auxier in 1990, Fran Potts in 1993 and Bev Browne in 1994. Judge Hansen was a Rep and Chair of Sentencing, then Chair of Education. In addition to these Reps, Kathleen McGowan came on as Chair of Judicial Independence in 1993, and was joined for a year by Carlie Trueman in 1994, which was the year Susan Devine became Co-Chair of C.B.A. Liaison. Maria DeSouza became the Central Ontario Rep on the Canadian Judicial College in 1994. In 1995 Nancy Orr became the Rep from P.E.I. and Cheryl Daniel became 3rd Vice-President. Cheryl will become our third woman President in 1998.

There have been wonderful women Chairs of the Atlantic Regional: Margaret Stewart, Pat Cumming and Connie Sparks. I don't forget Lucie Godin who was Chair of the Family and Youth Courts Committee from 1993 to 1995.

une association des femmes juges en 1982, je n'ai eu qu'à écrire quarante-cinq lettres. J'ai reçu deux réponses, l'une par écrit de la part d'une juge de nomination provinciale et l'autre, au téléphone, de la part de notre chère Sandra Oxner. Sandra est l'une des fondatrices de l'A.C.J.C.P. et l'on lui a rendu hommage à titre de l'une des cinq premières femmes juges, lors du Colloque sur l'égalité tenu en novembre 1995. Nous pouvons être reconnaissants et reconnaissantes à Sandra, grâce à laquelle nous apportons notre appui à la *Commonwealth Magistrates & Judges Association*, un appui que nous maintiendrons, je l'espère, non seulement par souci de devoir, mais également parce qu'il nous fait plaisir de le faire.

Sandra Oxner fut la première femme présidente de l'Association. Cette année, Ann Rounthwaite, dont j'anticipe l'élection, sera la deuxième.

Jusqu'à l'arrivée de Patricia Cumming en 1988, je me sentais un peu comme une participante égarée au milieu d'un enterrement de vieux garçon. Vinrent ensuite Dolores Hansen et Jane Auxier, en 1990, Fran Potts en 1993, et Bev Browne en 1994. La juge Hansen était alors représentante provinciale puis présidente du *Comité sur la détermination des peines*, et ensuite présidente du *Comité sur la formation des juges*. Outre celles-ci, Kathleen McGowan a accédé à la présidence du *Comité sur l'indépendance de la magistrature* en 1993, à laquelle s'est jointe pendant une année Carlie Trueman en 1994, la même année au cours de laquelle Susan Devine a assuré la co-présidence du comité de liaison avec l'A.B.C. Par la suite, Maria DeSouza est devenue représentante du Centre de l'Ontario auprès du *Canadian Judicial College* en 1994. En 1995, Nancy Orr devient la représentante de l'Île-du-Prince-Édouard et Cheryl Daniel accède au poste de 3^e vice-présidente. Cheryl deviendra la troisième femme présidente de l'Association en 1998.

La Conférence régionale de l'Atlantique a également eu à sa présidence d'autres femmes de grande valeur : Margaret Stewart, Pat Cumming et Connie Sparks. Je ne voudrais surtout pas oublier Lucie Godin, laquelle a présidé le Comité sur les tribunaux

they must consider the issues of judicial independence in order to maintain fair and impartial tribunals and justice for the public.

The Constitution has been properly translated, updated, and made gender neutral. We even had a media workshop which can be directly related to a wonderfully irreverent speech by Rex Murphy in 1993.

Involvement in the C.A.P.C.J. is not a pre-requisite for promotion, but it sure helps. The following is a list of Chief Judges who were Provincial Reps: Elmer McDonald, Bert Plamondon, Ian Dubiensi, Robert Halifax, William Atton, Bruce Josephson, Brossi Nutting, Heino Lilles, Robert Ferguson, Ralph Thompson, John Faulkner, William Diebolt. Many more Associate Chiefs, Administrative Judges and Senior Judges can also claim to have been Provincial Reps or Chairs over the last twenty years.

Before I get to the chauvinist part, I would like to acknowledge with love and admiration my predecessors - Douglas Rice, who served this organization from its inception until he became President in 1985; Ed Langdon who succeeded Doug for a short time, and Keith Libby who, along with Doug and Ken Page, were my supporters and mentors. I thank them for their friendship and trust.

WOMEN JUDGES

Please allow me to be chauvinistic. When I tried to form a Women Judges' Association in 1982, I had to write only forty five letters. I got two replies; one in writing

au public qu'aux gouvernements de mieux comprendre le sérieux des diverses questions relatives à l'indépendance de la magistrature et de l'effet qu'ont celles-ci quant au maintien de tribunaux justes et impartiaux et, partant, d'une justice équitable et impartiale pour l'ensemble de la population.

D'autre part, la constitution de l'Association a fait l'objet d'une traduction adéquate, fut remise à jour et rédigée dans le souci du respect des deux genres. Nous avons aussi tenu un atelier sur les relations avec les médias, probablement une conséquence directe d'une allocution non moins directe de Rex Murphy en 1993.

L'implication des juges au sein de l'A.C.J.C.P. n'est certainement pas un prérequis pour leur avancement professionnel, mais ça aide! Les juges suivants étaient auparavant des représentants provinciaux de l'Association avant d'être nommés au poste de juge en chef : Elmer McDonald, Bert Plamondon, Ian Dubiensi, Robert Halifax, William Atton, Bruce Josephson, Brossi Nutting, Heino Lilles, Robert Ferguson, Ralph Thompson, John Faulkner et William Diebolt. De plus, bon nombre de juges en chef adjoints, de juges en autorité et d'autres juges occupant des postes de direction à saveur administrative peuvent également se targuer d'avoir été des représentants provinciaux ou encore d'avoir présidé divers comités de l'Association au cours des vingt dernières années.

Avant d'aborder un sujet davantage teinté de chauvinisme, j'aimerais tout d'abord témoigner toute mon affection et mon admiration à l'égard de mes prédécesseurs, Douglas Rice, qui fut au service de cette organisation depuis ses débuts jusqu'à ce qu'il en devienne le Président en 1985, Ed Langdon, qui a assuré la succession de Douglas Rice pendant quelque temps, et Keith Libby lequel, avec Doug Rice et Ken Page, m'a épaulée et inspirée. Je les remercie tous pour l'amitié et la confiance qu'ils ont témoignées à mon égard.

LES FEMMES JUGES

Permettez-moi donc ce brin de chauvinisme. Lorsque j'ai voulu constituer

Judicial Council states in its *Commentaries on Judicial Conduct*:

Impartiality is one thing, indifference is another. A judge may show alertness to the problems of our days without putting his impartiality into jeopardy.¹⁸

Second, the conventionalism of the classical approach renders it of dubious utility in a society such as Canada which is undergoing fundamental cultural change. There is an in-built-tendency within the classical model to believe that fair decision-making can only be achieved if there is solipsistic harmony with traditional ways of doing things. To the extent that the classical model accepts the myth of colourless individualism, it runs the risk of mistaking colourblindness for cultural neutrality.¹⁹

B RELATIONALIST CONCEPTION

A relationalist approach to impartiality goes to the other end of the spectrum. Whereas the classical approach advocates that the judge be as disengaged as possible from the parties before them, a relational approach suggests that a judge should incorporate a large degree of empathy into his or her tasks.

The relationalist approach puts a premium on contextualism. That is, relationalism recognizes that we all have inescapable social contexts that influence our life experiences, our conduct and our understandings of the world. Consequently, relationalists argue that we cannot ignore such social variables and that we should strive to be as fully conscious of these as possible so as to offset any taken for granted assumptions.

In the context of diversity, a relationalist approach would suggest that a judge should confront and come to terms with "racialization" (as opposed to racial identity or skin colour) that is, unequal and

Conseil canadien de la magistrature, l'impartialité est une chose, l'indifférence en est une autre. Un juge peut manifester de la vigilance à l'égard des problèmes contemporains sans compromettre son impartialité.¹⁸

En second lieu, le conformisme de l'approche classique met en doute son utilité pour une société comme celle du Canada, qui est soumise à des changements culturels fondamentaux. Le modèle classique comporte une tendance innée à croire qu'il n'est possible d'en arriver à une prise de décision équitable que s'il existe un accord intrinsèque avec les façons traditionnelles de faire les choses. Dans la mesure où le modèle classique accepte le mythe de l'individualisme incolore, il court le risque de confondre le daltonisme avec la neutralité culturelle.¹⁹

B LA CONCEPTION RELATIVISTE

Une conception relativiste de l'impartialité se situe à l'autre extrémité du spectre. Alors que l'approche classique préconise que le juge se désengage le plus possible des parties en présence, une approche relativiste suggère plutôt que le ou la juge manifeste beaucoup d'empathie dans l'exécution de ses fonctions.

L'approche relativiste accorde beaucoup de valeur au contexte. Cela signifie que le relativisme admet que nous faisons tous partie de contextes sociaux inéluctables, qui influencent nos expériences de vie, notre conduite et notre compréhension de l'univers. Par conséquent, les relativistes soutiennent que nous ne pouvons pas passer sous silence de telles variables sociales et que nous devrions nous efforcer d'en être le plus conscient possible, afin de compenser toute supposition considérée comme acquise.

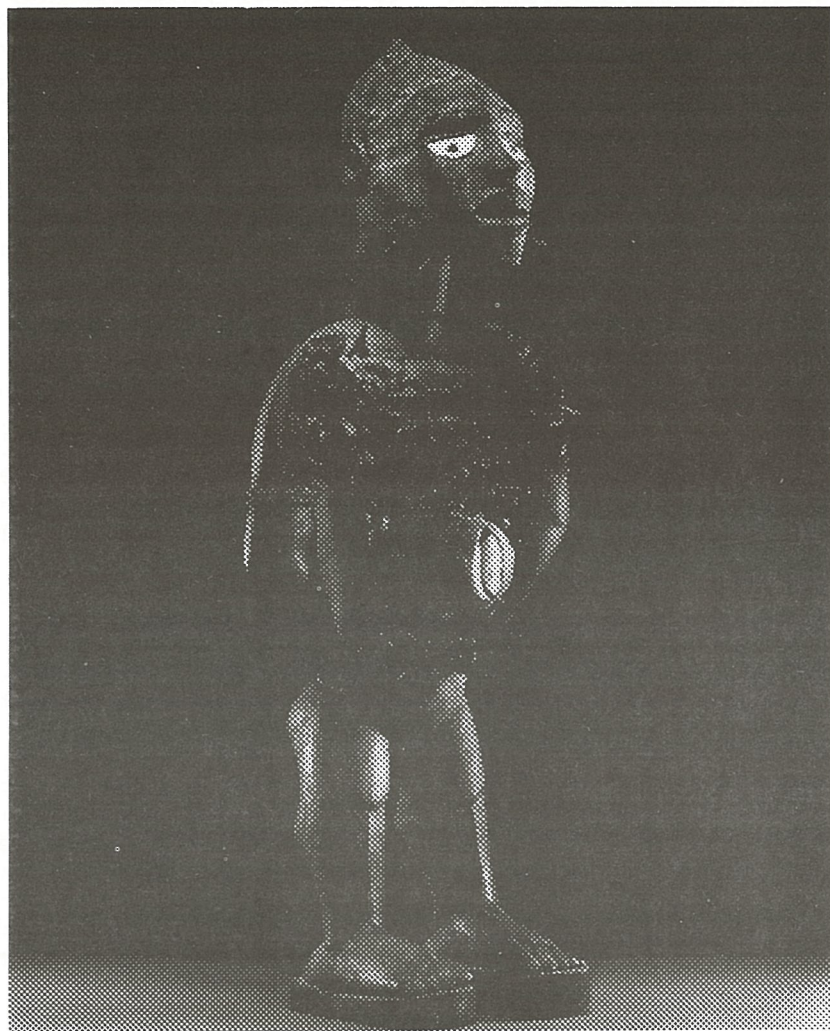
Dans le contexte de la diversité, une approche relativiste suggérerait au juge de faire face à la « racialisation » (par opposition à l'identité raciale et à la couleur de la peau), c'est-à-dire des relations sociales inégales et hiérarchiques basées sur les différences raciales. Par conséquent,

hierarchical social relations constructed on the basis of race. Consequently before judging, one should attempt to see the world from the perspective of the “other”.

The iconic representation of justice which one advocate of relationalism²⁰ has chosen is a piece of African art entitled “The Lord of Jurisprudence”.

avant de porter un jugement, on devrait essayer de considérer le monde de la perspective de « l'autre ».

La représentation iconique de la justice choisie par l'un des partisans du relativisme²⁰ est un objet d'art africain qui s'intitule *Le seigneur de la jurisprudence*.



Nail Figure, 1875/1900, Kongo. Photograph © 1996 The Detroit Institute of Arts, Founders Society Purchase, Eleanor Clay Ford Fund for African Art.

Figurine de clous, 1875/1900, Congo, Photographie © 1996, The Detroit Institute of Arts, Founders Society Purchase, Eleanor Clay Ford Fund for African Art.

The Family and Youth Courts Committee has continued to be a strong presence within the Association. It started with a formal structure in the early 1980s, and continues to offer its wisdom to governments. The high point of the last fifteen years was the Y.O.A. Symposium held in Aylmer, Quebec which brought a new model of judicial education to the fore.

New Committees have been formed: the Professional Responsibility Committee is concerning itself with the issues of evaluation of judges and the development of conduct guidelines. This is most important work which will take many years to complete. The History Committee is working on a history and beginning to create proper archives.

I remember Barry Stewart telling what had been happening to his judges in the Yukon, at the 1982 Annual Conference in Saskatoon. That was the beginning of the Judicial Independence Committee. The Committee has, over the years, produced many reports and studies about judicial independence. We have created a Model Act with respect to various aspects of institutional judicial independence. We have made submissions to governments. Ernie Bobowski's Comparative Study of institutional independence issues continues to be a reference work in North America. This year we are proud of the release of the Report by Professor Schmeiser, with the invaluable assistance of Kathleen McGowan and her Committee. We are looking to the upcoming Supreme Court of Canada appeals to assist the public and governments in understanding the seriousness with which

et les Canadiennes seraient encore mieux servis sous un régime unifié des tribunaux de première instance.

Le Comité sur les tribunaux de la jeunesse et de la famille demeure toujours une force dynamique au sein de l'Association. Doté d'une structure formelle au début des années 80, ce comité continue à prodiguer ses sages conseils aux divers gouvernements. L'un de ses hauts-faits au cours des quinze dernières années fut certes le symposium sur la *Loi sur les jeunes contrevenants*, tenu à Aylmer, au Québec, où il a notamment été permis d'élaborer une nouvelle formule d'encadrement pour la formation des juges.

Des nouveaux comités ont aussi vu le jour. Le Comité sur la responsabilité professionnelle se penche sur les diverses questions relatives à l'évaluation des juges ainsi qu'à l'élaboration de principes régissant la conduite des juges. Il s'agit d'une tâche des plus importantes qui nous réserve sans doute plusieurs années de travail. Aussi, le Comité sur l'histoire retrace l'historique de l'Association et est en train de constituer des archives à cet égard.

Je me remémore le récit de Barry Stewart sur les tribulations des juges au Yukon, qu'il nous avait livré lors de la Conférence annuelle de 1982 tenue à Saskatoon. Le Comité sur l'indépendance de la magistrature fut dès lors constitué. Ce comité a, au fil des ans, présenté plusieurs rapports et diverses études portant sur l'indépendance de la magistrature. Nous avons rédigé un projet d'entente cadre portant sur divers aspects de l'indépendance institutionnelle de la magistrature. Nous avons présenté diverses propositions aux gouvernements. L'ouvrage d'Ernie Bobowski, *A Comparative Study of Institutional Independence Issues*, demeure l'un des principaux outils de référence en ce domaine en Amérique du Nord. Par ailleurs, nous sommes particulièrement fiers de la publication récente du rapport réalisé par le professeur Schmeiser, sous l'égide et grâce à la précieuse collaboration de Kathleen McGowan et du comité qu'elle a présidé. Nous estimons que l'audition imminente des divers appels inscrits devant la Cour suprême du Canada permettra tant

Annual Conference in later years and, eventually, to assist the Provincial Judges' Journal. We have travelled a long way with respect to the bilingual aspect of this organization. We still have a long way to go.

From its beginnings under Charles Scullion, the C.B.A. Liaison Committee has grown to be an integral part of the functioning of this Association. Our commitment to the C.B.A. has culminated in the founding of the Canadian Judges' Forum this past August. Each Province now has a group or committee that liaises with the Provincial C.B.A.'s. The C.B.A. has supported us in triennial commissions across the country over the years, and is currently an Intervenor before the Supreme Court of Canada along with this and other Judges' Associations.

The Civil Courts Committee has become an assertive and exciting committee that has made us all understand that an attack on the jurisdiction of one of us is an attack on the judicial independence of all.

The Committee on the Law continues to be an important instrument of consultation with the Federal Government. Particularly under Fred Hayes and Owen Kennedy, many learned papers have been generated to assist us in our own endeavours, as well as to help governments assess their reform projects. We continue to press for unification of all trial courts. This was a cry when I began as a Judge: some day people will come to their senses and realize that the people of Canada can best be served by a unified trial court.

fédéral. L'octroi obtenu pour le financement de la traduction simultanée et de la traduction des documents de l'Association a par la suite été étendu afin d'englober également les activités de la Conférence annuelle au cours des dernières années et, éventuellement, celles du Journal des juges provinciaux. Nous avons fait des progrès énormes sur le plan du visage bilingue de l'Association, mais il reste encore beaucoup à faire.

Depuis ses débuts, sous la gouverne de Charles Scullion, le *Comité de liaison avec l'Association du barreau canadien* a connu un essor tel qu'il fait maintenant partie intégrante du fonctionnement de l'A.C.J.C.P. Notre présence auprès de l'A.B.C. se trouve maintenant renforcée grâce à la fondation du *Forum des juges canadiens* ce mois d'août. Chacune des provinces est maintenant dotée d'un groupe ou d'un comité de liaison assurant les communications avec les sections provinciales de l'A.B.C. L'Association du barreau canadien nous a donné son appui dans les commissions triennales qui se sont réunies partout au pays au fil des ans, et elle est également une des parties intervenantes, aux côtés de notre association et d'autres associations de juges, devant la Cour suprême du Canada.

Le *Comité sur les tribunaux civils* est devenu un comité fort loquace et dynamique dont les prises de position nous ont tous et toutes permis de comprendre qu'une atteinte à la compétence de l'un ou de l'une d'entre nous constitue une atteinte à l'indépendance judiciaire de l'ensemble des juges.

Le *Comité sur le droit* continue à jouer un rôle important dans le cadre des consultations avec le gouvernement fédéral. Notamment sous la direction de Fred Hayes et d'Owen Kennedy, il a réalisé plusieurs études approfondies servant à guider les démarches de l'Association ainsi que les gouvernements dans leur évaluation de leurs divers projets de réformes. Nous continuons toujours à revendiquer l'unification de tous les tribunaux de première instance. Il s'agit d'une revendication qui existait déjà à l'époque de ma nomination à la magistrature et peut-être qu'un jour tout le monde comprendra et réalisera que les Canadiens

At least two things are worth noting about this image: firstly, the judge here is not blindfolded, but rather the eyes are fully open to the events of the world; and secondly, this Lord of Jurisprudence is pierced with knives, which can be interpreted as the pain of attempting to internalize the perspectives and experiences of the other in the process of judging.

This relational approach is of much more recent vintage than the classical approach, but is strongly favoured by several high profile American law professors²¹ and Professor Nedelsky at University of Toronto.²² It has been given its most articulate philosophical articulation by Charles Taylor of McGill in an important essay entitled "Understanding and Ethnocentricity" when he calls for "a fusion of horizons".²³ Traces of it are also to be found in the work of Madame Justice Bertha Wilson when she argued, in a powerful metaphor, that a judge must try to enter the skin of a litigant and to make his or her experience part of your experience, and only when you have done that, to judge.²⁴

While intuitively attractive, I think that there are a couple of significant problems with this approach. First, I am a bit of a skeptic and I doubt our capacity as human beings to be able to adequately come to terms with the position of the other.²⁵ Secondly, I worry about the danger of appropriation. In the effort to empathize with the marginalized, those who have privilege may begin to speak on behalf of the excluded, usually mistranslating their experience and thereby reinforcing their silence. Thirdly, I wonder whether the burden of relationalism is too great, whether we are actually capable of taking on the context and pain of the other and still be

Au moins deux détails de cette image sont dignes de mention : premièrement, le juge qu'on voit ici n'a pas les yeux bandés, mais plutôt complètement ouverts sur les événements du monde. Deuxièmement, ce Seigneur de la jurisprudence est transpercé de couteaux; ceci peut s'interpréter comme la douleur d'essayer de faire siennes les perspectives et les expériences de l'autre dans l'exercice de la justice.

Cette approche relativiste est d'un cru beaucoup plus récent que l'approche classique, mais elle est fortement appuyée par plusieurs éminents professeurs de droit américains²¹ et par le professeur Nedelsky, de l'Université de Toronto.²² Elle a fait l'objet d'une analyse philosophique intéressante de la part de Charles Taylor, de l'université McGill, dans une dissertation importante intitulée « Understanding and Ethnocentricity »; il y préconise une « fusion des horizons ». ²³ Il en est également question dans l'ouvrage de madame la juge Bertha Wilson, où elle a soutenu, à l'aide d'une puissante métaphore, qu'un juge doit

[TRADUCTION]

« essayer de se mettre dans la peau du ou de la justiciable et d'en incorporer l'expérience à sa propre expérience, puis ne rendre justice qu'après avoir fait cela »²⁴

Quoique de prime abord intéressante, cette approche m'apparaît receler quelques problèmes importants. Premièrement, je suis quelque peu sceptique et je doute de notre capacité, en tant qu'êtres humains, de pouvoir parvenir à un accord suffisant avec la position de l'autre.²⁵ Deuxièmement, je m'inquiète du danger de l'appropriation. Dans leur tentative de communion d'idées avec les marginaux, ceux qui jouissent de prérogatives peuvent se mettre à parler au nom des exclus, exprimant habituellement mal leurs expériences et renforçant ainsi leur silence. Troisièmement, je me demande si le fardeau du relativisme n'est pas trop lourd, si nous sommes vraiment capables d'assumer le contexte et la douleur de l'autre tout en demeurant capables de continuer à exercer notre métier qui consiste à juger.

Je veux donc vous suggérer une troisième conception qui se situe quelque part entre les modèles classique et relativiste,

able to do the job of judging.

Thus I want to suggest to you a third conception that lies somewhere in between the classical and relational models, although it draws heavily on relationalism's commitment to contextualism.

C SITUATIONAL CONCEPTION

In this model I want go immediately to the iconic representation and then try to tease out its key insights. It is, rather obviously, a complicated piece which warrants a telling of the story of its background.



Jurisprudence, 1903, Gustav Klimt. Photograph © 1996 Verlag Galerie Welz.
Jurisprudence, 1903, Gustav Klimt. Photographie © 1996 Verlag Galerie Welz.

quoiqu'elle s'inspire fortement de l'engagement du relativisme envers le contextualisme.

C LA CONCEPTION CONJONCTURELLE

Avec ce modèle, je veux passer immédiatement à la représentation iconique pour ensuite essayer d'en déchiffrer le sens profond. C'est de toute évidence une pièce compliquée qui mérite un exposé sur ses antécédents.

despite serious financial challenges, produced many excellent educational programmes. It is now called the Atlantic Judicial Education Centre, and we can look to this organization for a bright future in judicial education.

The National Judicial Institute was also created in the 1980s. To have an organization that was equally dedicated to federally and provincially appointed judges was not an easy task, and continues to create challenges, both sociological and financial. The former director of our own Canadian Judicial College is the current director. The N.J.I. has created many many programs which are used and needed by Provincial Judges. They have worked closely with the A.J.E.C. and several provincial associations. The N.J.I. has catalogued education programs and papers from across the country, and continues to do its utmost to accommodate provincial judges.

Our Compensation Committee has expanded from an Executive Director's Report on salaries to an extremely sophisticated and detailed analysis of all aspects of our emoluments and pension. This Report is relied upon by governments and judges alike in many countries, and is used by them on a regular basis. We owe a great debt to Ron Jacobson for finding Doug MacDonald.

The New Judges' Training Programme was a unilingual exercise until Judge Cuddihy figured out a way to garner money from the Federal Government. That subsidy for simultaneous translation and translation of documents was expanded to include the

l'Atlantique a également réussi, malgré de nombreux écueils financiers, à se doter de nombreux cours de perfectionnement tout aussi excellents. Sous sa nouvelle appellation, le *Centre de formation des juges de l'Atlantique*, cet organisme est également voué à un avenir prometteur dans le domaine de la formation des juges.

L'*Institut National de la Magistrature* a également vu le jour au cours des années 80. L'établissement d'un tel organisme voué tout autant aux intérêts des juges de nomination provinciale que ceux de nomination fédérale fut certes ardu, et cette problématique constitue toujours un défi, tant du point de vue sociologique que financier. Celle qui fut la directrice du *Canadian Judicial College*, un organisme de formation qui émanait alors de l'Association, est aujourd'hui la directrice de l'*Institut*. L'I.N.M. a élaboré un grand nombre de programmes auxquels participent aussi des juges provinciaux, car ces programmes sont effectivement d'une grande utilité. Travaillant en étroite collaboration avec le Centre de formation des juges de l'Atlantique et diverses associations provinciales, l'Institut a répertorié les divers programmes de formation et autres documents s'y rapportant produits d'un océan à l'autre, et l'I.N.M. continue à faire l'impossible pour en faciliter l'accès aux juges de nomination provinciale.

Le *Comité sur la rémunération* a également pris des ailes, son rapport au directeur exécutif sur les salaires des juges s'étant vite transformé en une formulation hautement perfectionnée et analytique de tous les aspects des traitements et des pensions que nous recevons. Le rapport du Comité sur la rémunération est un outil convoité par les gouvernements et les juges de plusieurs pays, et ils s'en inspirent régulièrement. C'est donc à juste titre que nous pouvons remercier Ron Jacobson d'avoir déniché pour nous Doug MacDonald.

Le *Programme de formation des nouveaux juges* ne constituait au départ qu'un exercice unilingue jusqu'à ce que le juge Cuddihy trouve le moyen de délier les cordons de la bourse du gouvernement

**REPORT OF THE EXECUTIVE DIRECTOR TO THE ANNUAL
GENERAL ASSEMBLY C.A.P.C.J./RAPPORT DU DIRECTEUR
EXÉCUTIF À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUELLE DE L'A.C.J.C.P.
SEPTEMBER 1996/SEPTEMBRE 1996**

In 1984, I discovered to my dismay that Chairs of Committees were not recognized by the Chair except for purposes of giving their own Committee Report. The new Chair of the Civil Courts Committee wasn't, I guess, very civil: the Executive Committee voted to change the rules of the game. I have been talking ever since! After this, my 15th Conference, I will try to keep my peace.

I would like to share with you what a wonderful organization I think you belong to. We all should be proud of the growth and maturity of the C.A.P.C.J., particularly over the last fourteen years.

THE PAST

The W.J.E.C. was born in Newfoundland in 1983, 10 years after our founding. It was hard labour (as Larry Goulet can attest) but it has created our proudest moments. Its directors have led the way in judicial education, particularly Douglas Campbell who is now looked upon as a world expert in judicial and adult education. The New Judges' Training Programme has grown in depth and continues to evolve. Its many directors, from Bob Halifax to Stephen Cuddihy to Jean-Marie Bordeleau to Andre Saint Cyr and Michel Babin have been dedicated to creating a New Judges' Training Programme that is an example for many other countries. Our Atlantic Regional Conference has,

En 1984, j'ai constaté à mon grand étonnement que la présidence n'accordait sa reconnaissance aux présidents des divers comités de l'Association qu'aux seuls fins du dépôt du rapport de leur comité respectif. Il semble donc que la personne chargée de présider les destinées du *Comité sur les tribunaux civils* manquait quelque peu de civilité : en effet, le comité exécutif a procédé à l'adoption de nouvelles règles du jeu! Et je n'ai pas cédé la parole depuis. Après la clôture de cette quinzième Conférence, je tenterai résolument de me faire discrète!

J'aimerais profiter de cette occasion pour vous rappeler à quel point nous pouvons être fiers de notre adhésion à une organisation aussi exceptionnelle. Nous pouvons en effet être fiers de la croissance et de la maturité acquise par l'A.C.J.C.P., en particulier au cours des dernières quatorze années.

UN SURVOL DU PASSÉ

Le *W.J.E.C.* est né à Terre-Neuve en 1983, dix ans après la fondation de l'Association, après un accouchement laborieux (tel que pourrait en attester Larry Goulet) mais dont la naissance nous a certainement comblés. Ses directeurs ont tracé la voie à suivre en matière de formation des juges, notamment Douglas Campbell que l'on considère aujourd'hui comme étant l'un des experts mondiaux en matière de formation des juges et des adultes en général. Ainsi, le *Programme de formation des nouveaux juges* est maintenant bien enraciné et continue à évoluer. Les directeurs successifs du programme, Bob Halifax, Steven Cuddihy, Jean-Marie Bordeleau, André Saint Cyr et Michel Babin y ont mis tout leur cœur afin d'en faire un programme qui soit aujourd'hui un modèle dont peuvent s'inspirer plusieurs pays. Par ailleurs, la Conférence régionale de

The painter is Gustav Klimt, more famous for his piece "The Kiss" with which I am sure you are all familiar. This work is called "Jurisprudence". The painting was commissioned by the University of Vienna in 1897 as part of a series representing the various faculties: law, medicine, and philosophy. For our purposes it might be noted that the university stipulated that the governing theme should be the "triumph of light over darkness". It was a large painting, measuring approximately three metres by four metres. It took Klimt several years to finish the series and when he did the university administration was not pleased because it did not comply with their vision. To their minds it was ugly, even hellish. There ensued an enormous controversy, but in the end Klimt agreed to buy back the works in 1907. Unfortunately, this piece was destroyed during the second world war. All that remains are some black and white reproductions, rather than the vivid gold and black of the original. (Hence the difficulty of obtaining a clear reproduction).

There are several points about this piece that provide us with an insight into what I call a situationalist approach to impartiality. Despite the fact that Klimt might be open to criticism as to his portrayal of women in this and other works, there are several aspects of the work that might be relevant to our inquiry:

First, unlike the first two representations, Justice (the figure at the top of the painting, in the middle) is not freestanding or isolated. She is very clearly part of the broader social context, although somewhat detached.

Second, Justice is not blindfolded, but apparently aware of this larger social context.

Third, Justice is flanked by law on the

Ce tableau est l'oeuvre du peintre Gustav Klimt, plus renommé pour son oeuvre « Le baiser »; je suis sûr que vous le connaissez tous. Le tableau représenté ici s'appelle « Jurisprudence ». Il a été commandé par l'Université de Vienne en 1897, pour faire partie d'une série représentant les diverses facultés : droit, médecine et philosophie. En ce qui nous concerne, il y a lieu de préciser que l'université a spécifié comme thème dominant « le triomphe de la lumière sur les ténèbres ». C'était une grande peinture, qui mesurait environ trois mètres par quatre. Il fallut plusieurs années à Klimt pour terminer cette série et lorsqu'il le fit, l'administration de l'université n'en fut pas enchantée car cela ne correspondait pas à sa vision des choses. Aux yeux de celle-ci c'était laid, même infernal. Il s'ensuivit une énorme controverse mais, à la fin, Klimt accepta de racheter ses oeuvres en 1907. Malheureusement, ce tableau fut détruit durant la Deuxième guerre mondiale. Il n'en subsiste que quelques reproductions en noir et blanc, loin des couleurs or et noir éclatantes de l'original (d'où la difficulté d'obtenir une reproduction précise).

Il existe plusieurs aspects de cette oeuvre qui nous éclairent sur ce que j'appelle une approche conjoncturelle de l'impartialité. Malgré le fait que Klimt prête le flanc à la critique à cause de sa représentation de la femme dans cette oeuvre et dans d'autres, il y a plusieurs aspects du tableau qui pourraient être pertinents à notre démarche.

Premièrement, contrairement aux deux représentations précédentes, la Justice (le personnage situé vers le haut du tableau, au milieu) n'est pas sur un socle ou isolée. Elle fait très clairement partie du contexte social élargi, même si elle apparaît quelque peu déglagée.

Deuxièmement, la Justice n'a pas les yeux bandés, mais semble se rendre compte de ce contexte social plus vaste.

Troisièmement, la Justice est encadrée par la Loi à sa droite et la Passion-émotion à sa gauche; il semble donc que les deux aient un rôle à jouer.

Quatrièmement, vers le bas de la page, Klimt nous dépeint une représentation très austère de la personne qui se présente au

right and passion/emotion on the left; both therefore appear to have a role to play.

Fourth, as we move to the bottom of the page, Klimt gives us a very stark representation of the person who comes before the law: naked, emaciated and haunched. Law, while having aspirations for justice, can also have a very negative impact.

Fifth, between justice at the top and the defendant/litigant at the bottom there are three female figures who I interpret to be the three goddesses of fate. According to Greek mythology Zeus and Themis are the parents of the Fates - those who determine a person's life. One (Clotho - spinner) represents birth; another (Lachesis - apportioner) measures out the thread of life; and the third (Atropos - inflexible) cuts the thread, thereby signifying death.

Sixth, there is the multicoloured octopus type figure whose tentacles appear to be enveloping the "antihero". This I interpret as the representation of social forces that embrace us as we struggle through our experiences.

Seventh, and finally, there are several faces who appear to be caught between Justice at the top of the painting and the Fates and societal forces represented at the bottom of the painting: these might be judges who are caught between the ideal of justice and the messiness of social reality.

What, you might ask, does this have to do with impartiality, diversity and inclusion? The act of judging, within this situationalist conception, is an inescapably social act. Situationalism emphasizes that everyone who is involved in the legal process - both those who judge and those who are judged - are deeply affected by their experiential contexts. Specifically, it suggests that cultural forces are always crucial variables and that judging can only aspire to

tribunal au nom de la Loi : elle est la Loi, malgré ses affinités avec la Justice, peut aussi avoir un impact très négatif.

Cinquièmement, entre la Justice, en haut, et le justiciable, en bas, se trouvent trois figures de femmes que j'interprète comme étant les trois divinités du destin. Selon la mythologie grecque, Zeus et Themis sont les parents des Parques - celles qui déterminent le cours de la vie d'une personne. L'une (Cloto - la filandière) représente la naissance; une autre, Lachésis - la répartitrice) mesure et distribue le fil de la vie; la troisième (Atropos - l'inflexible) coupe le fil et par là symbolise la mort.

Sixièmement, il y a l'image multicolore en forme de pieuvre, dont les tentacules semblent envelopper « l'antichéros ». C'est ce que j'interprète comme la représentation des forces sociales qui nous enlacent alors que nous nous débattons à travers nos expériences.

Enfin, septièmement, il y a plusieurs visages qui semblent être pris entre la Justice, en haut, les Parques et les forces sociales représentées en bas du tableau : ce pourraient être des juges qui sont pris entre l'idéal de la justice et l'embrouillamini de la réalité sociale.

Qu'est-ce que cela peut bien avoir à faire avec l'impartialité, la diversité et l'inclusion, me demanderez-vous? L'acte de rendre justice, à l'intérieur de cette conception conjoncturelle, est un acte inéluctablement social. Le conjoncturalisme met l'accent sur le fait que tous les intervenants du processus judiciaire - autant ceux qui jugent que ceux qui sont jugés - sont profondément affectés par leurs contextes d'expérience. Plus précisément, il suggère que les forces culturelles sont toujours des variables décisives et que l'exercice de la justice ne peut prétendre à l'impartialité que s'il est sensibilisé aux phénomènes sociaux tels que la racialisation. La racialisation nous affecte tous. Selon ma conception des choses, nous sommes tous racialisés, mais chacun l'est de façon différente. La racialisation, c'est entre autres un processus de codage social; c'est un automatisme qui impute des attitudes, des attributs ou des comportements présumés à certaines personnes à cause de leurs antécédents culturels particuliers. En termes



THE HONOURABLE ANN E. ROUNTHWAITE

PRESIDENT

The new President of the CAPCJ is the Honourable Ann E. Rounthwaite. She succeeds the Honourable James McNamee and was elected to the position on September 21, 1996 during the annual conference in Vancouver. Judge Rounthwaite's term is for a year. She is a member of the Provincial Court of British Columbia and was appointed to that court in June, 1986. Before that she practiced law in British Columbia for ten years, mainly as a litigator. She has appeared in all levels of court, including before the Supreme Court of Canada. She was counsel to a number of Royal Commissions and did extensive work consulting on various legal matters during her tenure at the Bar. She graduated from Osgoode Hall Law School in 1975 and was called to the British Columbia Bar the following year. She has a number of publications to her credit and was heavily involved in the community in a voluntary capacity. Judge Rounthwaite speaks both official languages fluently and has some capacity in Spanish. She is the mother of two (2) teenage children and has a broad spectrum of leisure and recreational interests, which she indulges as time permits!

SOME NOTES ON CONFERENCE '96

In early September this year, Canada sustained its first tournament loss in the Canada Cup (now renamed the "World Cup"), suffering defeat at the hands of the upstart Americans. There was much national soul-searching and pontificating on the state (and future) of the national passion. Observers of the game suggested, amongst other things, that we could look forward to an ascendancy in the importance of the Stanley Cup as the symbol of supremacy in the sport.

Thus was my mind pre-occupied on my first venture into Stanley Park while in Vancouver during September for the annual conference of the CAPCJ. It occurred to me, however, as I ran the seawall course around the perimeter of the Park, that the good Lord Stanley had given his name to a much more significant memorial in this verdant piece of real estate than to the much-coveted hockey trophy. I made it my morning ritual to run this course for the week I spent in the city and would have been satisfied with that alone as a fulfilling week, but there was more!

As always there was a rejuvenating mix of business, education and pleasure. Chief amongst the "business" aspects of this conference was the release of the "Schmeiser Report". By now you will have received a copy of the report, in its "official" form, or as the contents of the last Journal. The report, commissioned by the Association, is our beachhead in the ongoing struggle to awaken public awareness to the need for judicial independence, the most important issue to be addressed by our Bench since the founding of the CAPCJ.

We also said a fond farewell to our retiring Executive Director. I have known Judge Thomson for four or five years and during that time have witnessed her tireless efforts on behalf of all of us in her role as the executive arm of the Association. The good-bye we gave her and Gordon tells me that I am not alone in my estimation of her invaluable contribution while in the role. There was a light show, a stage show and a great display of emotion as we and they bid

fond adieux. But don't fool yourself! Pam, ever indomitable, may no longer be executing the business of the Association, but she is not gone from us. She has been provided space in this Journal to reflect on her time at the helm. You will do well to read her thoughts about those years and recognize in her a fount of knowledge and experience which we should not be hesitant to call upon in the future.

We also elected a new President. Judge Jim McNamee vacated the office he had held since September last year and handed the reins over to Judge Ann Rounthwaite who sits in Surrey, BC. Some bio of the new President and her picture appear elsewhere in this edition.

The hallmark of the education program provided in Vancouver was "creativity". I have been aware for some time of the great wealth of creative energy which exists on the British Columbia bench. Anyone who regularly reads their newsletter will know what I refer to. In past issues of the Journal, I have featured some of the work of their judges in the "In a Literary Vein" section. Judge Jean Lytwyn, in her first major assignment as the new Chair of the Canadian Judicial College, tapped into this dynamism and used it to great effect in packaging, in a challenging and instructional format, a smorgasbord of topics.

For pleasure, we had a boat tour of Vancouver harbour with a meal served while we sailed, cocktail hours, a visit with the Lieutenant Governor and a banquet with dancing into the night. Judge Marilyn Borowicz worked zealously to ensure that the "companions" enjoyed themselves, and she succeeded in spades! My wife is still talking about the enthralling vistas in Whistler and has me enviously thinking that for the next conference it should be my turn to subscribe to the "companions" program while she attends to the other matters.

This was my first visit to British Columbia and I shall not soon forget it! With heartfelt thanks to our gracious hosts on the Pacific Rim.

GAH

impartiality if it is sensitive to social phenomena such as racialization. And racialization affects us all. To my way of thinking we are all racialized, but we are racialized differently. Racialization is (among other things) a process of social encoding; it is a pattern of attributing presumptive attitudes, attributes or practices to certain people because they are from a particular cultural background. Generally speaking, white people are racialized with relatively positive presumptions while people of colour are racialized with relatively negative presumptions.²⁶ Situationalism encourages us to remember that we are all racialized, but that racialization has a differential impact depending upon our cultural background.

Moreover, situationalism has quite a distinct conception of equality from that which underpins the classical model. Whereas the classical model favours sameness of treatment, situationalism (because of its keen awareness of the differential impacts of racialization) can contemplate the possibility of differential treatment being a mechanism of equality. In short, a situational approach to impartiality implies the need to be able to "discriminate sensitively".²⁷ As the Supreme Court suggested in *Turpin*, equality is to be interpreted so as to remedy or prevent "discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in society".²⁸

As these comments might still seem a little too abstract, let me try to be a little more specific by suggesting some questions that might emanate from a situationalist approach. But, again, to be clear these questions do not generate substantive right answers; rather they are more procedural.

généraux, les personnes blanches sont racialisées à partir de présomptions relativement positives alors que les personnes de couleur font l'objet de présomptions plutôt négatives.²⁶ Le conjoncturalisme tend à nous rappeler que nous sommes tous racialisés, mais que l'impact de la racialisation diffère en fonction des antécédents culturels.

De plus, le conjoncturalisme est doté d'une conception de l'égalité qui est tout à fait distincte de celle qui sous-tend le modèle classique. Alors que le modèle classique préconise l'identité de traitement, le conjoncturalisme (à cause de sa conscience aiguë de l'impact différentiel de la racialisation) peut envisager la possibilité qu'un traitement différencié soit un mécanisme de l'égalité. Bref, une approche conjoncturelle de l'impartialité suppose le besoin de pouvoir exercer une « discrimination délicate ».²⁷ Comme l'a suggéré la Cour suprême dans l'arrêt *Turpin*, on doit interpréter l'égalité de façon à réparer ou à empêcher « la discrimination contre les groupes qui subissent un désavantage social, politique ou légal dans la société. »²⁸

Vu que ces commentaires peuvent encore avoir l'air un peu trop abstraits, permettez-moi de tenter d'être un peu plus explicite en suggérant certaines questions qui pourraient découler de l'approche conjoncturelle. Cependant, et j'insiste, ce ne sont pas ces questions qui produisent de bonnes réponses en tant que telles; elles constituent plutôt une façon de procéder.

La première question que m'inspire cette réflexion, ce n'est pas « Comment dois-je juger? » mais plutôt « Comment dois-je juger un autre? ». La distinction est importante car la première formulation suggère un rôle essentiellement statique alors que la seconde nous rappelle que le fait de rendre jugement s'inscrit dans un processus dynamique et qu'il constitue un art aussi bien que l'exercice d'une fonction bureaucratique. Ce qui plus est, cette seconde formulation sous-entend qu'avant de rendre jugement, il y a lieu de consacrer un effort de bonne foi, quoi que peut-être insuffisant de notre propre aveu, afin de mieux saisir la signification des croyances ou des comportements d'une autre personne

The first question I might suggest is not “How am I to judge?” but rather “How am I to judge an/other?”. The distinction is important, because the first formulation suggests an essentially static role whereas the latter reminds us that judging is a dynamic process that is an art as much as bureaucratic function. More importantly still, the latter formulation suggests that before we judge we attempt to make a good faith, if self-consciously modest, effort to come to terms with another’s beliefs or conduct *as they understand them*. This quest for an “enlarged mentality”²⁹ does not mean that we have to accept that understanding as legally legitimate, but it does mean that we have to at least temporarily suspend and relativize our own understandings and avoid overhasty conclusions. It entails respect for other world views, not an abdication of autonomous judgement.³⁰

The second question is to always ask: “Would I reach a different decision if the parties in question were white or people of colour?” I emphasize that this should happen in all cases, and not just in cases involving people of colour, for two reasons. First, by asking it in all cases it helps us to remember that white people are also racialized (usually in a privileged manner) and it encourages us to reflect whether we are actively privileging the white person because of some unarticulated assumptions, a privileging that would not occur if we were dealing with a person of colour. Second, to ask this question only in circumstances involving people of colour runs the danger of leaving unquestioned our traditional legal standards which might themselves be premised upon some culturally contingent assumptions that need rethinking. Avoiding such questioning may be forcing people of

de la manière que cette autre personne les perçoit. Cette recherche d’un « état d’esprit élargi »²⁹ ne signifie pas que nous devons accepter le caractère juridiquement légitime d’une telle perception, mais cela signifie toutefois que nous devons au moins chercher à suspendre, du moins temporairement, ainsi qu’à accorder une portée relative à nos propres perceptions à ce sujet et ainsi éviter de tirer des conclusions trop hâtives. Une telle perspective implique un respect à l’égard des divers courants d’opinions, sans pour autant constituer une abdication de notre faculté de jugement autonome.³⁰

L’on doit maintenant se poser la question suivante : « La décision que je rends serait-elle différente si les parties en cause étaient des individus blancs ou encore des personnes de couleur? » Je tiens à souligner qu’il convient de s’interroger de la sorte dans tous les cas, et non seulement lorsqu’il s’agit d’une instance impliquant une personne de couleur, et ceci pour les raisons suivantes. Tout d’abord, en se posant systématiquement cette question, cela nous aide à nous rappeler que les personnes de race blanche sont également assujetties à cette « racialisation » (généralement d’une manière qui les privilégie) et nous encourage donc à nous demander si nous ne privilégeons pas de façon active l’individu de race blanche en raison de quelque supposition tacite, ce qui ne serait peut-être pas le cas s’il s’agissait d’un individu de couleur. Ensuite, le fait de se poser cette question uniquement lorsqu’il s’agit d’individus de couleur pourrait nous permettre d’éviter la remise en cause des normes juridiques traditionnelles régissant nos décisions, ces normes pouvant elles-mêmes être fondées sur des hypothèses à connotation culturelle qu’il y aurait peut-être lieu de remettre également en question. Le fait d’éviter un tel questionnement pourrait contraindre des personnes de couleur à se conformer à des notions qui seraient par ailleurs peut-être mûres pour elles-mêmes faire l’objet d’une réévaluation ou d’une réforme.

La troisième question que nous pourrions nous poser pourrait être formulée comme suit : « Si c’était moi qui comparaisais devant le juge, est-ce que j’estimerai qu’il ou elle m’a exprimé des motifs suffisants pour que je m’estime

Secondly, it may be that the mere requirement that offenders will be required to give an account of their actions will serve a salutary function. As noted further by Judge Barnett, at page 188: “Courts do not often take advantage of the statutory condition which requires a probationer to ‘appear before the court when required to do so by the court.’” For example, consider the advantages found in a condition requiring the supervised offender to report to the Court at the conclusion of the execution of the community service work, ordered under reformed s. 742.3(2)(d), as occurred in **R. v. Thompson** (1983), 58 N.S.R. (2d) 21 (C.A.), involving a traditional probation order. Indeed, an offender might be given the option of purchasing a certain number of hours, by means of a charitable contribution, if he or she completes an initial target to the satisfaction of the Court-ordered supervisor and of the judge. IF the examination of the infrequently reported case-law found at section b) correctly discloses that in most instances, a Court has required an offender bound by an order of probation to report on a periodic basis with a view to assisting in achieving a particular rehabilitative goal, it is thought that such a procedure would be even more compelling in the case of an offender facing the potential of being jailed for a known period of time.

One last point. Note that a sentencing court may bind a “supervised” offender for up to two years less a day, under s. 742.1(a), to be followed by a period of probation of up to three years, pursuant to s. 732.2(2)(b). If a number of realistic and rehabilitative goals are established well in advance, with expert assistance where warranted as in the cases of alcohol or drug problems, and verified on a periodic basis by the sentencing judge with the incentive of modified conditions and the deterrent aspect of a known jail sentence for failure to comply, a number of success stories may emerge.

CONCLUSION:

Whatever may have been the correct view as to the merits of a sentencing judge supervising an offender bound by an order of probation, it is thought that Parliament has made plain that judges are to enjoy a greatly enhanced supervisory power with respect to orders under s. 742.1. Whether these powers evolves into a supervisory function will depend on the wisdom of sentencing judges, and no position should be advanced as the only possible orthodoxy, but it may be that judges will err on the side of experimentation in otherwise appropriate cases, if regard is had to the entire range of sentencing reforms introduced on September 3, 1996.



Charles Lamb:

“Lawyers, I suppose, were children once.”

Mister Boffo:

“If it weren’t for my lawyer, I’d still be in prison. It went a lot faster with two people digging.”

48 **B.C.A.C.** 309, 78 **W.A.C.** 309 (C.A.), McEachern, C.J.B.C. ordered that the Probation Service report no later than one year later on an offender's progress, notably touching upon the issue of anger management.

In sum, the power to require offenders to "appear" and to give an account of their conduct may not be seen as unwarranted in that the Court informed the probationer of just such a possibility at the time of sentencing and, in many cases, if not the clear majority, counsel for the offender requested a lenient disposition predicated upon the exercise by the Court of such a supervisory function.

At all events, the foregoing review does not disclose a clear judicial condemnation of any exercise of a supervisory power with respect to probationers. Thus, on the well founded assumption that neither school of thought enjoys any primacy in this debate, attention is now drawn to the provisions of the reformed **Code** in order to determine, if possible, whether Mr. Justice Rivard's concern as to the absence of any legislative foundation for the exercise of a supervisory power has been addressed by Parliament.

c) Overcoming Mr. Justice Rivard's objections: Legislative recognition. As noted, s. 742.1 introduces the novel concept, in Canada at least, of a conditional sentence of imprisonment and empowers the sentencing judge to require the "supervised" offender to appear when required to do so. As an introductory question, one wonders what influence on the genesis of the legislation the recent spate of "suspended jail sentences" imposed in British Columbia, in cases involving contempt of court orders, may have had. Although it is impossible to advance any firm view in this respect, it may be that Parliament, in enacting a scheme for a conditional sentence of imprisonment, was influenced by the comparatively popular resort to suspended jail sentences, and even fines, in such cases. A representative sampling of these decisions is found in **MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson** (1993), 32 **B.C.A.C.** 244, 53 **W.A.C.** 244

(C.A.) as noted by Mr. Justice Wood in **R. v. Bridges** (No. 2) (1989), 48 **C.C.C.** (3d) 545 (B.C.S.C.), the power he exercised in sentencing to three months' imprisonment the defendants, to then suspend for 12 months the effective operation of the penalty on condition that they keep the peace and abide by the orders of the court, was not available under the provisions of the **Criminal Code**.

The advantage of a conditional jail sentence was made obvious to the legislators in the contempt prosecutions: the offender well knows the "harm" to be caused by the fall of the "Sword of Damocles", unlike the case of a traditional suspended sentence in which it is unwise to "... indicate to an accused the precise sentence which might be imposed on him should he or she fail to observe the conditions set by the court". Refer to **R. v. Sangster** (1973), 21 **C.R.N.S.** 339 (Qué C.A.), at page 341. Kaufman, J.A., added: "This should not be taken to mean that an accused cannot be told that failure to abide by the conditions might entail serious consequences, indeed even imprisonment for a lengthy period. But I do think that no court should bind itself in so absolute a fashion that all room for discretion will have vanished."

These observations introduce the discussion of the merits of a supervisory function by the sentencing judge with respect to a "jailed but at large" offender, with an emphasis on regular reporting, against the background of a detailed and exhaustive "conditional imprisonment" scheme. A first point is that this power was conferred for an obvious purpose, and ought not to be overlooked. As noted by a very experienced and learned Judge who is an authority on probation orders, C.C. Barnett: "The provisions of the **Code** are largely ignored .. [if they were not] probation orders would be, for a change, of value ... As things now stand, few judges have any assurance that violations of their orders will be brought before the Court ...". See "Probation Orders Under The Criminal Code", (1977), 38 **C.R.N.S.** 165-213, at page 213.

colour into compliance with certain notions that may be worthy of reconsideration and reform.

The third question might go as follows: "If I were the person appearing before the judge, do I think that sufficient reasons have been given to satisfy me that I have been treated in a fair manner, even if I have not won my point?" In my review of several recent cases involving allegations of apprehended judicial bias,³¹ there have been some dicta from appeal courts suggesting that the less judges say the better, as they will then be less likely to open up themselves to allegations of an apprehension of bias. My own view is that this emerging trend is unfortunate and contradicts the ethical requirement of judicial openness and candour. Problems of diversity cannot be avoided by rendering them invisible. Rather, it is desirable to explicitly address them with integrity and candour. As Mr. Justice Freeman of the Nova Scotia Court of Appeal has recently stated:

Questions with racial overtones make the difficulties [of assessing credibility (and judging more generally? R.F.D.)] more intense, yet these questions must be addressed freely and frankly and to the best of the judge's ability. Because of their explosive nature they are more likely than any others to subject the judge to controversy and allegations of bias, but they cannot be ignored if justice is to be done.³²

To be clear, these three questions do not predetermine substantive conclusions. They certainly do not mean that people of colour are being subjected to less rigorous legal standards. Rather, they can be understood as regulative mechanisms through which we can monitor some of our own taken for granted assumptions. Moreover, a

satisfait d'avoir été traité de façon équitable, même si mes prétentions n'ont pas été retenues? » En étudiant les plus récentes causes soulevant la possibilité d'un préjugé du juge³¹ de relever diverses opinions exprimées dans des décisions rendues par des tribunaux d'appel qui semblaient suggérer qu'il valait mieux que les juges s'expriment le moins possible à cet égard, considérant ainsi qu'ils s'exposeraient moins à des allégations à l'effet d'un préjugé appréhendé de la part du juge en cause. Personnellement, je suis d'avis que cette tendance est regrettable et, en définitive, qu'elle se heurte à la nécessité, sur le plan éthique, que les décisions judiciaires soient empreintes d'ouverture et de franchise. L'on ne peut échapper à la problématique de la diversité en la rendant invisible. Il convient plutôt de l'aborder explicitement, en faisant preuve d'honnêteté intellectuelle et de franchise. Il y a lieu de rappeler à cet égard les commentaires exprimés à ce sujet par le juge Freeman de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse :

[TRADUCTION]

Les questions ayant des implications raciales font augmenter le niveau de difficulté [notamment dans l'évaluation de la crédibilité (et dans le processus décisionnel en général? Remarque de l'auteur)], mais il s'agit malgré tout d'aborder des questions en toute liberté et en toute franchise, au meilleur de nos capacités. En raison de la nature explosive de telles questions, elles sont davantage de nature à susciter la controverse et des allégations de préjugés de la part d'un juge, plus que toute autre question, mais il ne faut surtout pas les ignorer si l'on veut que justice soit faite.³²

Il convient ici de préciser que ces trois questions ne sauraient aucunement prédéterminer les conclusions auxquelles en arrive le juge. Il ne faut pas surtout en conclure que les personnes de couleur sont assujetties à des normes juridiques moins rigoureuses que les autres. Il faut plutôt y voir un mécanisme de régulation grâce auquel il nous est permis de vérifier les hypothèses que nous tenons peut-être pour avérées. Par ailleurs, une approche conjoncturelle n'est pas une panacée. Il n'en découle pas nécessairement que nos

situationalist approach is not a panacea. It does not mean that we will always be beyond reproach, but if we are mistaken then others can demonstrate to us our weaknesses and we can learn from our mistakes. In short, the development of a pluralistically sensitive conception of impartiality cannot come prepackaged: it can only be achieved by trial and error.

This ethic of openness, modesty and self-reflexivity conveniently leads me to my concluding points.

IV LOWERING OUR SIGHTS: MINIMIZING PARTIALITY

Above I suggested that while independence was obviously desirable, it should be understood as a means to the end of impartial and fair decisionmaking. Further, I have indicated that in my opinion this latter goal can probably be best pursued if we adopt a situationalist approach to impartiality. But even in this regard I want to urge caution. Impartiality and objectivity are ideals, and while ideals can be important motivations to action, they can also be distractions. One of the things that a situationalist approach highlights is that because of the messiness of our diverse contexts we are highly unlikely ever to get a full understanding of what is going on. This, in turn, suggests that true impartiality, objectivity or neutrality are unknowable and unattainable.³³ Thus, I wonder if it would not be more fruitful for us to change our focus: instead of forever seeking something that we cannot even know, never mind achieve, should we not deal with that of which we are sure - that we are inevitably partial? If we adopt this approach our task becomes somewhat different and more

décisions seront toujours irréfutables, mais si nous nous sommes trompés, il appartiendra aux autres de nous signaler nos faiblesses et nous pourrions alors apprendre de nos erreurs. En définitive, l'élaboration d'une conception de l'impartialité qui soit sensible au pluralisme ne se réalise pas sans heurts : il s'agit plutôt d'un processus par tâtonnements.

Ces considérations d'ordre éthique fondées sur l'ouverture d'esprit, l'humilité et l'introspection m'amènent à formuler les commentaires suivants en guise de conclusion :

IV DIMINUER NOS ATTENTES : ATTÉNUER LA PARTIALITÉ

Plus tôt dans cet exposé, je vous ai proposé de considérer l'indépendance comme constituant un moyen permettant d'atteindre la fin que constitue la prise de décisions dans un cadre impartial et équitable, tout en soulignant que l'indépendance judiciaire en demeurerait tout autant souhaitable. Par ailleurs, j'ai indiqué que la poursuite de cet objectif serait probablement mieux servie dans la mesure où l'on adopte une approche conjoncturelle en matière d'impartialité. À cet égard, toutefois, la prudence est certes de mise. L'impartialité et l'objectivité sont des idéaux, et à ce titre il peut s'agir là d'une importante source de motivation servant à guider nos actions, mais ces idéaux peuvent tout autant être des sources de distraction. Parmi les éléments que l'approche conjoncturelle met en relief, il y a le fait qu'il soit plutôt improbable que nous puissions parvenir à une compréhension intégrale de tout ce qui nous anime et ce, en raison du caractère hétéroclite des divers contextes dont procède notre existence. Ceci, à son tour, nous amène à la constatation que l'impartialité, l'objectivité et la neutralité véritables nous échappent et dépassent notre entendement.³³ Par conséquent, peut-être faudrait-il se demander s'il n'est pas plus utile de concentrer nos efforts à la résolution d'une situation dont nous avons la certitude, c'est-à-dire que nous sommes inévitablement enclins à la partialité, plutôt que de constamment chercher à atteindre un objectif qui dépasse notre entendement et qui est hors de notre portée. En adoptant une telle perspective, la tâche à accomplir

sentence and imposing a probation order is to enable the Court to see how the convicted person behaves during the period of probation." In *R. v. Savenco*, (1988), 26 Q.A.C. 291 (C.A.), Mr. Justice Chevalier commented at page 295, para. 21, that a suspended sentence might be appropriate, even in the case of a crime of violence by a repeat offender, if the Court exercises vigilance in overseeing the actions of the offender while bound by an order of probation:

... à la condition que l'appareil judiciaire effectue un suivi vigilant du dossier et qu'il n'hésite pas à ramener devant le tribunal, pour recevoir sa sentence, celui qui ne respecte pas l'ordonnance de probation, la décision de surseoir, dans les cas où elle est appropriée, présente des avantages manifestes. Elle installe une épée de Damocles sur la tête de l'accusé en ce qu'elle contient implicitement la promesse d'un châtement futur. En ce sens, le sursis remplit sa fonction dissuasive. Il a également comme résultat de protéger la société pour toujours si l'accusé ne récidive jamais et au moins pour la durée de son emprisonnement futur s'il récidive.

Consider further examples of a sentencing court exercising an active supervisory function, in varying degrees, by the Court of Appeal of British Columbia and the Yukon. A first example involves *R. v. Koe* (1994), 47 B.C.A.C. 315, 76 W.A.C. 315 (Yukon, C.A.) in which the repeat offender was given a lenient sentence, in an attempt to break his pattern of offending. Sentence was suspended with a series of reporting conditions, both to the probation officer and to the court. Refer to para. 9. Secondly, in *R. v. Yamanaka* (1994), 41 B.C.A.C. 307, 66 W.A.C. 307 (C.A.), an offender who was convicted of two counts of trafficking in cocaine received a suspended sentence accompanied by strict

conditions including reporting to the Court. As reported at para. 4: "All right. Sentence will be suspended for a period of two years. During those two years, Mr. Yamanaka, you will be bound by the statutory terms that you keep the peace and be of good behaviour and **you attend court when the court requires you to return ...**". And, as well:

The Court: All right. And Mr. Yamanaka, you're going to reappear before me on a regular basis. If you do get into difficulties, I've already told you what I think the appropriate sentence might be. This will be a way of me monitoring the situation, that's the first thing. Secondly, it will satisfy the interest the public has in keeping you out of difficulties. I have in mind that if you know that you have come back before me every month or two, that will be a real incentive to you to stay out of trouble, because if I find out you're getting into difficulties, there are all sorts of things that can happen, all right? [Emphasis supplied]

The judgment on appeal includes these remarks, at para. 7: "I am not disposed to interfere with the regime established by the trial judge in the innovative sentence which she imposed in this case. There was material before her and before us that there is some hope for this young man who had had a very troubled background. I think that it would be wrong for us to interfere with the regime that the learned trial judge has established. **If the accused fails to respond appropriately then she can sentence him for the offence as she thinks fit.**"

Note thirdly *R. v. Wyatt* (1993), 36 B.C.A.C. 220, 58 W.A.C. 220 (C.A.), at para. 5: "In my view, the learned trial judge did make the wrong choice. **The right choice here, I think, was a suspended sentence thereby giving the court some control over the young man for the period of suspension.**" Lastly, in *R. v. Parton* (1994),

this issue of sentencing if you were to breach probationary conditions or commit an offence.”

In short, as held in **R. v. Paquette** (1981), 58 C.C.C. (2d) 413 (Qué. C.A.), at page 417, “... if the person behaves well and shows definite signs of rehabilitation for the duration of the probation order, no sentence will be passed. If on the other hand, he behaves badly **and commits other offences while on probation**, he will probably receive a heavy sentence...”. Accordingly, a condition precedent to the exercise of such a jurisdiction is the commission of an offence. Further, any such jurisdiction is limited to cases of a suspended sentence and, arguably, of a conditional discharge; since sentence has been passed in all other cases, a breach of probation prosecution should arise prior to any involvement of the sentencing judge.

Proponents of this thesis no doubt find comfort in the words of Mr. Justice Rivard: “Les tribunaux, les cabinets des juges, leur résidence ne sont pas des centres de réhabilitation. Nous présentons à l’opinion publique, dans le strict exercice de nos fonctions, assez d’occasions d’être critiqués pour ne pas les multiplier en exerçant des fonctions que le législateur a confiées à d’autres.” Refer to [1969] **Revue du Barreau**, page 167, at page 173.

b) The argument in favour of judicial supervision: On the other hand, as the review of the cases that follow suggests, a number of sentencing judges have concluded that the power to have a probationer appear is consonant with fundamental principles of criminal justice and is to be exercised, as with all other matters of discretion, in appropriate instances. Further, that this power might be resorted more frequently in cases of suspended sentences, in order to enhance the deterrent value inherent in the image of the “Sword of Damocles” said to be engaged in such cases.

In this respect, not **R. v. George** (1992), 112 N.S.R. (2d) 183, 307 A.P.R. 183 (C.A.),

at page 187, para. 14, in which Chipman, J.A., commented “Deterrence has not been totally overlooked. As the judge said, the sword of Damocles does, figuratively, hang over the respondent’s head. Should there ever be a repetition of his dangerous behaviour during the period of suspension of sentence he not only will face punishment for that, but will face the very real risk of severe consequences flowing from these three convictions”. Note also Judge Cioni’s wise words in **R. v. Freeman** (1992), 130 A.R. 81 (Prov. Ct.), at page 25, para. 25: “The Court of Appeal in **R. v. Burwell** confirms that in a proper case, a strict probation order is in fact a deterrent sentence. The withholding of a jail term by suspension of sentence with the prospect of return for sentencing should the accused not be diligent in changing for himself clearly indicates the seriousness of the accused’s position.”

Some foundation for the belief that a Court may, of its own motion, intervene to arrest any failure to comply is found in **R. v. Lebovitch** (1979), 48 C.C.C. (2d) 539 (Qué. C.A.) in which Chief Justice Lamer, then a member of the Québec Court of Appeal, stated at page 543, para 1: “Of course we do not give him **carte blanche**. At the slightest wavering during the next three years the appellant would be brought back before the proper Court where he would then receive the sentence we could have given him. In short, we have delayed the sentence for three years. If between now and then Lebovitch does nothing to justify incarceration, society will have benefited greatly not only from the rebirth of one of its citizens but also from the example he will have given to others who, through their own fault, were placed in similar situations.”

Turning to cases in which a curial supervisory function is promoted, and not just the recognition of a form of “Sword of Damocles” potential peril should a breach occur without any intervention by the sentencing court, one notes the guidance found in **R. v. Paquette**, *supra*, at page 417. “The purpose of suspending the passing of

immediate: to try to minimize the risks of our being uninformed, biased or partial. This does not guarantee objectivity or neutrality, but it does provide us with a more specific set of possibilities that can generate immediate action.

It is in the spirit of this proposal that I would encourage members of the judiciary to pursue education programmes: to lower your sights from the false deities of impartiality and objectivity to the manageable chore of getting some useful information that will help to make more equitable decisions. As Mr Justice Iacobucci recently stated: we need “education in a balanced mix of substantive law, skills training and social context education”.³⁴ My sense is that the conference organizers have struggled hard to provide you with such a smorgasbord. These tentative comments might be conceptualized as an appetizer for the substantive offerings that are to follow.

¹ R. Devlin, “We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*” (1995) 18 Dal. L.J. 408.

² Mr. Justice Henry Brooke, “The Administration of Justice in Multicultural Societies” unpublished manuscript, May 21st, 1996, (on file with author).

³ See e.g. R. Devlin and A.W. MacKay, “An Essay on Institutional Responsibility: The Indigenous Blacks and Micmac Programme at Dalhousie Law School” (1991) 14 Dal. L.J. 295; R. Devlin, “Towards Another Legal Education: Some Tentative and Speculative Proposals” (1989) 38 U.N.B.L.J. 89; C. Aylward, “Adding Colour - A Critique of: An Essay on Institutional Responsibility: The Indigenous Blacks and Micmac Programme at Dalhousie Law School” (1995) 8 C.J.W.L. 470.

⁴ See also D. Fraser, “The First Cut is (Not) The Deepest: Deconstructing ‘Female Genital Mutilation’ and the Criminalization of the Other” (1995) 18 Dal.L.J. 310.

⁵ Hon. Mr. Justice David Marshall, *Judicial Conduct and Accountability* (Toronto: Carswell, 1995).

⁶ M. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*

devient toute autre et combien plus immédiate : il s’agit alors d’atténuer les risques que nous puissions être mal renseignés, avoir des préjugés ou être enclins à la partialité. Sans être garante d’une objectivité ou d’une neutralité absolue, une telle approche nous offre des pistes de solutions plus concrètes nous permettant de passer à l’action dans l’immédiat.

C’est dans cet esprit que j’encourage ceux et celles ayant accédé à la magistrature à entreprendre résolument de tels programmes de formation, en diminuant vos attentes par rapport aux faux dieux que sont l’impartialité et l’objectivité en vous concentrant plutôt sur la tâche réaliste de recueillir des informations utiles en vue de vous permettre de rendre des décisions plus équitables. Comme l’a récemment déclaré le juge Iacobucci, il nous faut « une formation caractérisée par un juste équilibre entre le droit substantiel, le perfectionnement des habiletés et la sensibilisation au contexte social. »³⁴ J’ai l’impression que les organisateurs du présent colloque ont dû travailler d’arrache-pied afin de vous proposer un tel buffet. Les commentaires que je viens de vous livrer peuvent alors faire office de hors-d’œuvre avant la dégustation des plats de résistance qui vont suivre.

¹ R. Devlin, *We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective* dans *R. v. R.D.S.* (1995) 18 Dal. L.J. 408.

² Le juge Henry Brooke, *The Administration of Justice in Multicultural Societies*, manuscrit inédit, le 21 mai 1996 (répertorié auprès de l’auteur).

³ Voir notamment les ouvrages suivants : R. Devlin et A.W. MacKay, *An Essay on Institutional Responsibility: The Indigenous Blacks and Micmac Programme at Dalhousie Law School* (1991) 14 Dal. L.J. 295; R. Devlin, *Towards Another Legal Education: Some Tentative and Speculative Proposals* (1989) 38 U.N.B.L.J. 89; C. Aylward, *Adding Colour - A Critique of: An Essay on Institutional Responsibility: The Indigenous Blacks and Micmac Programme at Dalhousie Law School* (1995) 8 C.J.W.L. 470.

⁴ Voir également le texte de B. Fraser, *The First Cut is (Not) The Deepest: Deconstructing Female Genital Mutilation and the Criminalization of the Other* (1995) - 18 Dal. L.J. 310.

⁵ L’Honorable juge David Marshall, *Judicial Conduct and Accountability* (Toronto: Carswell, 1995).

⁶ M. Friedland, *Une place à part : L’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa, Conseil canadien de la magistrature,

- (Ottawa: Canadian Communication Group, 1995).
- ⁷ For a further discussion of both books, see R. Devlin, *Book Review* (1996) 75 *Can. Bar Rev.* 398. [1991] 2 *S.C.R.* 114 at 139.
- ⁸ See e.g. B. Barry, *Justice as Impartiality* (New York: Clarendon Press, 1995).
- ⁹ E. Gallie, "Essentially Contested Concepts" (1956) 77 *Proceedings of the Aristotelian Soc.* 167.
- ¹⁰ C. Taylor, *Philosophy and The Human Sciences: Philosophical Papers*, Volume II 5 (New York: Cambridge University Press, 1985).
- ¹¹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 at 559 (1896), Harlan J., dissenting; over'd by *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 at 494 (1954).
- ¹² *McCleskey v. Kemp* 481 U.S. 279 (1987).
- ¹³ M. Hoeflich & J. Deutch, "Judicial Legitimacy and the Disinterested Judge" (1978) 6 *Hofstra L. Rev.* 769.
- ¹⁴ R. Jacob, *Images de la Justice* (Paris: Le Léopard d'Or, 1994).
- ¹⁵ J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1971).
- ¹⁶ See more generally, V. Havel, "Politics and Conscience" in J. Vladislav ed., *Vaclav Havel or Living in Truth* 136 (Boston: Faber and Faber, 1989).
- ¹⁷ Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct* 46 (Cowansville, Yvon Blais, 1991).
- ¹⁸ For a further discussion of these problems, see Devlin, *supra* note 1.
- ¹⁹ J. Resnick, "On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges" (1988) 61 *So. Cal. L. Rev.* 1877.
- ²⁰ See, for example, M. Minow, *Making all The Difference: Inclusion, Exclusion and American Law* (Ithaca: Cornell University Press, 1990); Resnick, *supra* note 20; K. Karst, "Judging and Belonging" (1988) 61 *So. Cal. L. Rev.* 1957.
- ²¹ J. Nedelsky, "The Problem of Judgment" (forthcoming *Queen's Quarterly*).
- ²² Taylor, *supra* note 11.
- ²³ "Will Women Judges Really Make A Difference?" (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 507 at 521.
- ²⁴ For a further critique of Minow's work in this regard, see my "Demanding Difference (But Doubting Discourse)" (1994) 7 *C.J.W.L.* 156.
- ²⁵ See more generally, Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System, *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (Toronto: Queen's Printer, 1995).
- ²⁶ Taylor, *supra* note 11 at 8.
- ²⁷ *R. v. Turpin* [1989] 1 *S.C.R.* 1296 at 1333.
- ²⁸ Nedelsky, *supra* note 22 (drawing on Arendt) *Ibid.*
- ²⁹ Devlin, *supra* note 1.
- ³⁰ *R. v. R.D.S.* (1995), 145 *N.S.R.* (2d) 284 at 295.
- ³¹ It is on this point that the situationalist approach differs most markedly from the relativist approach for the latter aspires to rework and reconstruct impartiality and is therefore "idealist".
- ³² As quoted in Friedland, *supra*, note 6 at 167.
- ³³ Ces deux ouvrages font l'objet d'une étude exhaustive dans R. Devlin, *Book Review* (1996) 75 *Can. Bar Rev.* 398.
- ³⁴ [1991] 2 *S.C.R.* 114, à la p. 139.
- ³⁵ Voir, par ex., B. Barry, *Justice as Impartiality* (New York: Clarendon Press, 1995).
- ³⁶ E. Gallie, *Essentially Contested Concepts* (1956) 77 *Proceedings of the Aristotelian Soc.* 167.
- ³⁷ C. Taylor, *Philosophy and The Human Sciences: Philosophical Papers*, Volume II 5 (New York: Cambridge University Press, 1985).
- ³⁸ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, p. 559 (1896), Harlan J., dissident, annulé par *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, p. 494 (1954).
- ³⁹ *McCleskey v. Kemp* 481 U.S. 279 (1987).
- ⁴⁰ M. Hoeflich et J. Deutch, *Judicial Legitimacy and the Disinterested Judge* (1978) 6 *Hofstra L. Rev.* 769.
- ⁴¹ R. Jacob, *Images de la Justice* (Paris: Le Léopard d'Or, 1994).
- ⁴² J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1971).
- ⁴³ De façon plus générale, voir V. Havel, *Politics and Conscience*, dans J. Vladislav, éd., *Vaclav Havel or Living in Truth* 136 (Boston: Faber and Faber, 1989).
- ⁴⁴ Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct* 46 (Cowansville, Yvon Blais, 1991).
- ⁴⁵ Une analyse plus complète de cette question a été publiée dans Devlin, *supra*, renvoi n° 1.
- ⁴⁶ J. Resnick, *On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges* (1988) 61 *So. Cal. L. Rev.* 1877.
- ⁴⁷ Voir par exemple M. Minow, *Making all The Difference: Inclusion, Exclusion and American Law* (Ithaca: Cornell University Press, 1990); Resnick, *supra*, note 20; K. Karst, *Judging and Belonging* (1988) 61 *So. Cal. L. Rev.* 1957.
- ⁴⁸ J. Nedelsky, *The Problem of Judgment* (à venir dans le *Queen's Quarterly*).
- ⁴⁹ Taylor, *supra*, note 11.
- ⁵⁰ *Will Women Judges Really Make A Difference?* (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 507, p. 521.
- ⁵¹ Pour une critique supplémentaire des travaux de Minow à cet égard, voir *Demanding Difference (But Doubting Discourse)* (1994) 7 *C.J.W.L.* 156.
- ⁵² Voir généralement, Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System, *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (Toronto: Imprimeur de la Reine, 1995).
- ⁵³ Taylor, *supra*, renvoi n° 11, à la p. 8.
- ⁵⁴ *R. c. Turpin* [1989] 1 *S.C.R.* 1296, à la p. 1333.
- ⁵⁵ Nedelsky, *supra*, renvoi n° 22 (référence à Arendt) *Ibid.*
- ⁵⁶ Devlin, *supra*, renvoi n° 1.
- ⁵⁷ *R. c. R.D.S.* (1995), 145 *N.S.R.* (2d) 284, à la p. 295.
- ⁵⁸ C'est précisément sur ce point que l'approche conjoncturelle diffère le plus de l'approche relativiste, cette dernière visant plutôt à retravailler et à reconstruire l'impartialité, d'où sa nature « idéaliste ».
- ⁵⁹ Tel que cité dans Friedland, *supra*, renvoi n° 6, à la p. 187.

TO "APPEAR BEFORE THE COURT WHEN REQUIRED TO DO SO BY THE COURT":

THE IMPACT OF SENTENCING REFORM

By Gilles Renaud

Ontario Court of Justice (Provincial Division)

INTRODUCTION:

Every person bound by a probation order, whether as a result of a conditional discharge, a suspended sentence, or imposed together with a fine or period of imprisonment is bound to "appear before the Court when required to do so by the Court". How has this power been applied in the past? What principles have guided sentencing judges in requiring offenders to "appear"? How might such a power be exercised in the future as a result of sentencing reform, notably the newly introduced provisions of the **Code** surrounding the imposition of a conditional sentence of imprisonment? In this article, attention is drawn to these questions and in particular to the potential resort to the power of sentencing judges to compel offenders to "appear" as a baseline for an enhanced supervisory function post-sentence.

DISCUSSION:

1) The Legislative Provisions:

Section 737(2) of the **Code** is well known and provides that all probationers "... shall appear before the court when required to do so by the court...". On September 3, 1996, reformed section 732.1(2)(b) was proclaimed, together with other provisions of what is known popularly as Bill C-41, and provides that a sentencing court shall prescribe, as a condition of a probation order, **inter alia**, that the offender "appear before the court when required to do so by the court". Of interest, the legislation also introduces a scheme for a conditional sentence of imprisonment, under s. 742.1,

and all offenders subject to such a disposition are also bound by such a condition, pursuant to s. 742.3(2)(b).

2) Should judges supervise offenders?

a) The case against judicial involvement: In answering the question whether judges ought to supervise offenders who are bound by a conditional sentence of imprisonment, it may be of assistance to consider firstly whether and to what extent they have exercised this power with respect to probationers?

One school of thought suggests that this power is quite exceptional and should be limited to compelling an offender to appear in the course of a revocation hearing under s. 738(3) or (4). In that sense, there is no supervisory function to speak of and no right to require the probationer to do anything absent an application by a party. In other words, nothing justifies the compelled attendance of the probationer, be it for reasons grounded in rehabilitation or punishment. The power to compel an offender to "... come and receive judgment when called upon ...", as it was described by the Ontario Court of Appeal in **R. v. Richards** (1979), 11 **C.R.** (3d) 193 (Ont. C.A.), at page 196, may not be applied without some intervening event and a corresponding application by one of the parties. Hence, the fact a judge has ascertained that the order of probation has been breached, beyond doubt, by presiding at the offender's trial on subsequent offences is of not moment, absent an application. As noted in **R. v. Powell** (1994), 134 **N.S.R.** (2d) 236, 383 **A.P.R.** 236 (C.A.), at para. 9: "It still would be open to the court to revisit