Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2016 Vol. 1

1er cahier, 2016 Vol. 1

Cited as [2016] 1 S.C.R. 3-272

Renvoi [2016] 1 R.C.S. 3-272

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
GENEVIÈVE DOMEY
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
STÉPHANIE MORIN
JOANNE NORMAN
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE
MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME
CHLOE MAGEE
NANCY MCCAUGHAN
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2016.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2016.

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 1, 2016

1er volume, 2016

CONTENTS

S.H. *v.* Quebec (Emploi et Solidarité sociale) 3

Civil procedure — Supreme Court of Canada — Filing of documents by applicant — Matter referred to judge by Registrar — Power of Registrar to refuse document that does not comply with Rules of Court — Documents do not comply with Rules and must be returned by Registrar — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 19(2)(a).

Canadian Pacific Railway Co. *v.* Canada (Attorney General) 6

Administrative law — Boards and tribunals — Regulatory boards — Canadian Transportation Agency — Transportation law — Railways — Regulatory process — Presumption Agency acted properly in amending rail regulations — No facts adduced rebutting presumption — Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations, SOR/2014-193.

R. *v.* Seruhungo 9

Criminal law — Evidence — Corroboration — Hearsay — Trial judge properly considering confirmatory evidence — Trial judge's error concerning test for hearsay not affecting result at trial — Accused's acquittal for manslaughter restored.

R. *v.* Spicer 11

Criminal law — Sexual assault — Charge to jury — Mistaken belief in consent — Failure of trial judge to instruct jury on need to take reasonable steps to ascertain consent having material bearing on acquittal — New trial justified.

Carter *v.* Canada (Attorney General) 13

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Judgments and orders — Court declaring, in Carter v. Canada (Attorney General), that Criminal Code prohibition on physician-assisted death is of no force or effect to specified extent, and suspending its declaration for 12 months — Attorney General of Canada applying for six-month extension of suspension of declaration of invalidity — Four-month extension justified by delay due to federal election — Exemption from extension granted to Quebec in respect of ss. 4 and 26 to 32 of Act respecting

Continued on next page

SOMMAIRE

S.H. *c.* Québec (Emploi et Solidarité sociale) 3

Procédure civile — Cour suprême du Canada — Dépôt de documents par le demandeur —Affaire renvoyée à un juge par le registraire — Pouvoir du registraire de refuser tout document non conforme aux exigences des Règles de la Cour — Les documents ne respectent pas les exigences et le registraire doit les retourner — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 19(2)a).

Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique *c.* Canada (Procureur général) 6

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Organismes de réglementation — Office des transports du Canada — Droit des transports — Chemins de fer — Processus réglementaire — Présomption que l'Office a agi correctement lors de la modification du règlement relatif aux chemins de fer — Aucun fait produit susceptible de réfuter la présomption — Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire, DORS/2014-193.

R. *c.* Seruhungo 9

Droit criminel — Preuve — Corroboration — Ouï-dire — Preuve corroborante adéquatement prise en compte par le juge du procès — Erreur du juge du procès concernant l'analyse relative au ouï-dire sans incidence sur l'issue du procès — Rétablissement de l'acquittement de l'accusé à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable.

R. *c.* Spicer 11

Droit criminel — Agression sexuelle — Exposé au jury — Croyance erronée au consentement — Incidence significative sur l'acquittement de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement — Tenue d'un nouveau procès justifiée.

Carter *c.* Canada (Procureur général) 13

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Jugements et ordonnances — Déclaration par la Cour, dans Carter c. Canada (Procureur général), selon laquelle les dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir sont inopérantes à certains égards et suspension de la prise d'effet de cette déclaration pour une période de 12 mois — Requête du procureur général du Canada sollicitant une prorogation de six mois de la suspension de la déclaration d'invalidité — Prorogation de quatre mois justifiée en raison des délais occasionnés

Suite à la page suivante

end-of-life care, CQLR, c. S-32.0001 — Exemption granted for those who wish, during extension period, to seek assistance in ending their life in accordance with criteria set out in Carter.

R. *v.* Meer 23

Criminal law — Trial — Effective assistance of counsel — Accused challenging competence of his trial counsel — Majority of Court of Appeal correct in rejecting accused's submissions of ineffective assistance — No miscarriage of justice occurred.

R. *v.* Gagnon 25

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Detention of accused by police unlawful — Weighing of relevant factors not favouring exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).

R. *v.* Newman 27

Criminal law — First degree murder — Elements of offence — Kidnapping and forcible confinement — Accused prevented victim from escaping his apartment and killed him — Act of forcible confinement distinct and independent from act of killing — Conviction for first degree murder entered by trial judge reinstated — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5)(e).

Commission scolaire de Laval *v.* Syndicat de l'enseignement de la région de Laval 29

Labour relations — Dismissal — Arbitration — Grievances — Collective agreement stipulating that decision to dismiss teacher could be made only after "thorough deliberations" by school board's executive committee — Executive committee deciding to dismiss teacher by way of resolution adopted after deliberations held in camera — Arbitrator allowing examination of members of executive committee on motives for their decision — Whether principle that motives are "unknowable" and deliberative secrecy apply to public employer that decides to take disciplinary action against employee.

Continued on next page

par la tenue d'une élection fédérale — Exemption de l'application de la prorogation accordée à la province de Québec soustraite à la prorogation quant aux art. 4 et 26 à 32 de la Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ, c. S-32.0001 — Exemption accordée à ceux qui, pour la durée de la prorogation, souhaitent demander de l'aide pour mettre fin à leurs jours sur le fondement des critères dans Carter.

R. *c.* Meer 23

Droit criminel — Procès — Assistance effective d'un avocat — Contestation par l'accusé de la compétence de l'avocat qui l'a représenté à son procès — Allégations d'assistance ineffective formulées par l'accusé rejetées à juste titre par les juges majoritaires de la Cour d'appel — Absence d'erreur judiciaire.

R. *c.* Gagnon 25

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Détention de l'accusé par les policiers illégale — Mise en balance des facteurs pertinents ne milite pas en faveur de l'exclusion de la preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2).

R. *c.* Newman 27

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Éléments de l'infraction — Enlèvement et séquestration — Victime empêchée de s'enfuir de son appartement par l'accusé et tuée par ce dernier — Acte de séquestration constituant un acte distinct et indépendant de l'acte de tuer — Rétablissement de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée par le juge du procès — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5)e).

Commission scolaire de Laval *c.* Syndicat de l'enseignement de la région de Laval 29

Relations du travail — Congédiement — Arbitrage — Griefs — Convention collective stipulant que le congédiement d'un enseignant ne peut être décidé qu'après « mûres délibérations » du comité exécutif de la commission scolaire — Comité exécutif ayant décidé d'un congédiement par voie de résolution adoptée à la suite de délibérations tenues à huis clos — Arbitre permettant l'interrogatoire des membres du comité exécutif sur les motifs de leur décision — Le principe de l'« inconnaissabilité des motifs » et le secret du délibéré s'appliquent-ils à un employeur public qui prend la décision d'imposer une mesure disciplinaire à un salarié?

Suite à la page suivante

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Arbitration — Inquiry — Interlocutory decision allowing examination of members of decision-making authority of public employer on motives for their decision to dismiss employee — Objections to examination — Whether questions related to principle that motives are "unknowable" and deliberative secrecy that were raised before arbitrator are sufficiently important to legal system that standard applicable to judicial review of interlocutory decision must be correctness.

Brine *v.* Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. 72

Civil procedure — Motion to strike affidavit in support of application for leave to appeal — Affidavit opinion evidence lacking proper foundation and therefore inadmissible — Evidence consisting largely of sworn argument addressing ultimate questions in issue on proposed appeal and improperly attacking correctness of Court of Appeal decision below — Affidavit evidence rarely relevant and useful to Court in deciding whether application for leave to appeal raises issues of public importance — Motion granted — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 89.

R. *v.* Knapczyk 78

Criminal law — Controlled drugs and substances — Trafficking — Parties to offence — Aiding and abetting — Accused provided protection to cocaine distribution business — Court of Appeal properly holding that accused aided and abetted offence of trafficking through distribution — Accused's convictions for trafficking in cocaine upheld.

R. *v.* Borowiec 80

Criminal law — Infanticide — Elements of offence — Accused found guilty of infanticide in relation to her deceased newborns — Offence provision providing that female person commits infanticide when by wilful act or omission she causes death of her newly-born child, if at time of act or omission she is not fully recovered from effects of giving birth to child and by reason thereof or of effect of lactation consequent on birth of child her mind is then disturbed — Legal meaning of expression "her mind is then disturbed" — Whether trial judge failed to apply legal standard set out by statutory language and

Continued on next page

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage — Instruction — Sentence interlocutoire permettant l'interrogatoire des membres d'un organe décisionnel d'un employeur public sur les motifs de leur décision de congédier un salarié — Objections à l'interrogatoire — Les questions relatives au principe de l'« inconnaissabilité des motifs » et au secret du délibéré soulevées devant l'arbitre sont-elles d'une importance telle pour le système juridique que le contrôle judiciaire de la sentence interlocutoire doit être assujetti à la norme de la décision correcte?

Brine *c.* Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. 72

Procédure civile — Requête en radiation d'un affidavit au soutien d'une demande d'autorisation d'appel — Témoignage d'opinion non fondé et par conséquent inadmissible — Témoignage composé en grande partie d'arguments présentés sous serment sur les questions ultimes visées par le pourvoi projeté et constituant une attaque collatérale de la décision de la Cour d'appel — Preuve par affidavit rarement pertinente et utile pour la Cour pour décider si une demande d'autorisation d'appel soulève des questions importantes pour le public — Requête accordée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 89.

R. *c.* Knapczyk 78

Droit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Trafic — Parties à l'infraction — Aide et encouragement — Protection fournie par les accusés à un réseau de distribution de cocaïne — Conclusion bien fondée de la Cour d'appel portant que les accusés ont aidé à la commission de l'infraction de trafic par voie de distribution et encouragé sa perpétration — Déclarations de culpabilité prononcées contre les accusés pour trafic de cocaïne confirmées.

R. *c.* Borowiec 80

Droit criminel — Infanticide — Éléments de l'infraction — Accusée déclarée coupable d'infanticide eu égard à ses nouveau-nés décédés — Disposition pénale portant qu'une femme commet le crime d'infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né alors qu'elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation conséquente à la naissance de l'enfant, son esprit est alors déséquilibré — Sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » — Le juge du procès a-t-il omis d'appliquer la

Suite à la page suivante

failed to appreciate evidence of accused's mental state — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 233.

Daniels *v.* Canada (Indian Affairs and Northern Development) 99

Constitutional law — Aboriginal law — Métis — Non-status Indians — Whether declaration should be issued that Métis and non-status Indians are "Indians" under s. 91(24) of Constitution Act, 1867 — Whether declaration would have practical utility — Whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to definitional criteria set out in R. v. Powley, [2003] 2 S.C.R. 207 — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Constitution Act, 1982, s. 35.

R. *v.* Lloyd 130

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Controlled substances offence — Accused convicted of possessing controlled substances for purpose of trafficking and sentenced to one year of imprisonment — Whether one-year mandatory minimum imprisonment term pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act results in cruel and unusual punishment and therefore infringes s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Whether Court of Appeal erred in increasing sentence to 18 months — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(3)(a)(i)(D).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether one-year mandatory minimum sentence pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act infringes s. 7 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Courts — Jurisdiction — Provincial court judge deciding mandatory minimum sentencing provision unconstitutional — Whether provincial court has power to determine constitutionality.

Continued on next page

norme juridique établie par le libellé de la disposition et d'apprécier la preuve de l'état d'esprit de l'accusée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 233.

Daniels *c.* Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien) 99

Droit constitutionnel — Droit des Autochtones — Métis — Indiens non inscrits — Y a-t-il lieu de rendre un jugement déclaratoire selon lequel les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés à l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867? — Un jugement déclaratoire aurait-il une utilité pratique? — Y a-t-il lieu, pour l'application de l'art. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux critères définitoires énoncés dans l'arrêt R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

R. *c.* Lloyd 130

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Infraction relative à des substances réglementées — Accusé reconnu coupable de possession de substances réglementées en vue d'en faire le trafic et condamné à un an d'emprisonnement — La peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit l'art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances équivaut-elle à une peine cruelle et inusitée de manière à contrevenir à l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle se justifier par application de l'article premier de la Charte? — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'accroître la peine et de la porter à 18 mois? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 5(3)a)(i)(D).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit l'art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux — Compétence — Décision d'un juge d'une cour provinciale selon laquelle une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est inconstitutionnelle — Une cour provinciale a-t-elle le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. *v.* Safarzadeh-Markhali 180

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Credit for pre-sentence custody — Criminal Code denying enhanced credit in certain circumstances — Whether denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail primarily because of prior conviction is overbroad in violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(9.1), 719(3.1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

World Bank Group *v.* Wallace 207

Public international law — Jurisdictional immunity — International organizations — Financial institutions — Accused in Canadian criminal proceedings applying for third party production order to compel senior investigators of international financial organization to appear before court and produce documents — International financial organization claiming archival and personnel immunities under its Articles of Agreement — Whether claimed immunities apply to international financial organization — Bretton Woods and Related Agreements Act, R.S.C. 1985, c. B-7, Sch. II, arts. I, III, s. 5(b), art. VII, ss. 1, 3, 5, 6, 8, Sch. III, arts. I, V, s. 1(g), (h), art. VIII, ss. 1, 3, 5, 6, 8.

Criminal law — Evidence — Disclosure — Interception of communications — Accused charged with bribing foreign public officials — Accused challenging wiretap authorizations on Garofoli application — Accused seeking production of documents held by third party international financial organization and validation of subpoenas to organization's personnel in support of application — Whether documents sought by accused are relevant to Garofoli

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. *c.* Safarzadeh-Markhali 180

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Crédit pour détention présentencielle — Exclusion par le Code criminel de la majoration du crédit dans certaines circonstances — L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a-t-elle une portée excessive de manière à contrevenir à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(9.1), 719(3.1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Groupe de la Banque mondiale *c.* Wallace 207

Droit international public — Immunité de juridiction — Organisations internationales — Institutions financières — Demande de communication par des tiers présentée par des inculpés dans une poursuite criminelle au Canada en vue d'obtenir que des enquêteurs seniors d'une organisation financière internationale comparaissent devant les tribunaux canadiens et communiquent des documents — Inviolabilité de ses archives et immunité de son personnel invoquées par l'organisation financière internationale en vertu de ses statuts — Les immunités invoquées s'appliquent-elles à l'organisation financière internationale? — Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes, L.R.C. 1985, c. B-7, ann. II, art. I, III, s. 5b), art. VII, s. 1, 3, 5, 6, 8, ann. III, art. I, V, s. 1g), h), art. VIII, s. 1, 3, 5, 6, 8.

Droit criminel — Preuve — Communication de la preuve — Interception de communications — Inculpés accusés d'avoir soudoyé des agents publics étrangers — Contestation par les inculpés des autorisations d'écoute électronique par voie d'une demande de type Garofoli — Communication de documents en la possession d'un tiers, une organisation financière internationale, et validation des assignations à comparaître délivrées à l'égard

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

application — Proper threshold for third party production on a Garofoli application.

R. *v.* Shaoulle 268

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Verdict of trial judge reasonable — Accused's conviction for first degree murder upheld.

R. *v.* Laliberté 270

Criminal law — Charge to jury — Defences — Alibi — Fabrication of alibi — Application of curative proviso — Trial judge's instruction to jury with respect to fabrication of alibi was erroneous, but evidence is so overwhelming that trier of fact would inevitably have entered conviction against accused — Convictions for first degree murder and attempted murder upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

SOMMAIRE (Fin)

de membres du personnel de l'organisation sollicitées par les inculpés au soutien de la demande — Les documents dont la communication était requise par les inculpés sont-ils pertinents dans le cadre d'une demande de type Garofoli? — Quel est le critère applicable à la communication par des tiers dans le cadre d'une demande de type Garofoli?

R. *c.* Shaoulle 268

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Verdict raisonnable rendu par le juge du procès — Confirmation de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé.

R. *c.* Laliberté 270

Droit criminel — Exposé au jury — Moyens de défense — Alibi — Fabrication d'un alibi — Application de la disposition réparatrice — Directive du juge du procès au jury sur la fabrication d'un alibi erronée mais preuve à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité de l'accusé — Déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et tentative de meurtre confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)b)(iii).

S.H. *Applicant*

v.

Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Centre local d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet, Johanne Dufour and Centre de formation de Québec inc. *Respondents*

S.H. *Demandeur*

c.

Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Centre local d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet, Johanne Dufour et Centre de formation de Québec inc. *Intimés*

Indexed as: S.H. *v.* Quebec (Emploi et Solidarité sociale)

2015 SCC 66

File No.: 36674.

2015: October 13.

Present: Cromwell J.

Répertorié : S.H. *c.* Québec (Emploi et Solidarité sociale)

2015 CSC 66

N° du greffe : 36674.

2015 : 13 octobre.

Présent : Le juge Cromwell.

REFERENCE OF A MATTER TO A JUDGE

Civil procedure — Supreme Court of Canada — Filing of documents by applicant — Matter referred to judge by Registrar — Power of Registrar to refuse document that does not comply with Rules of Court — Documents do not comply with Rules and must be returned by Registrar — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 19(2)(a).

RENVOI D'UNE AFFAIRE À UN JUGE

Procédure civile — Cour suprême du Canada — Dépôt de documents par le demandeur — Affaire renvoyée à un juge par le registraire — Pouvoir du registraire de refuser tout document non conforme aux exigences des Règles de la Cour — Les documents ne respectent pas les exigences et le registraire doit les retourner — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 19(2)a).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, arts. 5, 26, 54.1.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 13, 19(2)(*a*), 33(*b*).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 28, 43(1.2), 61.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 5, 26, 54.1.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 28, 43(1.2), 61.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 13, 19(2)*a*), 33*b*).

REFERENCE of a matter to a judge by the Registrar. Order directing the Registrar to return the documents filed by the applicant.

RENVOI d'une affaire à un juge par le registraire. Ordonnance enjoignant au registraire de retourner les documents déposés par le demandeur.

S.H., on his own behalf.

S.H., pour son propre compte.

Jennifer Tremblay, for the respondents ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Centre

Jennifer Tremblay, pour les intimés le ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, le Centre local

local d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet and Johanne Dufour.

Mihnea Bantoiu, for the respondent Centre de formation de Québec inc.

The following is the order delivered by

[1] Cromwell J. — On February 12, 2015, the Registry received from S.H. a document titled [translation] "Notice of Appeal as of Right" concerning four judgments in civil matters. In that document, S.H. referred to a number of statutory provisions that, according to him, authorized an appeal to the Court. He invoked, for example, ss. 28 and 61 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, arts. 5, 26 and 54.1 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12.

[2] The Registry wrote to S.H., informing him that no appeal lay to this Court from the decisions in question unless the Court were to grant him leave to appeal. It requested that he file a notice of application for leave to appeal, four copies of his documents, which were to be treated as an application for leave to appeal in the circumstances, and a copy of Form 23A. S.H. instead submitted a request for an oral hearing pursuant to s. 43(1.2) of the *Supreme Court Act*. Appended to it was a document that was purportedly a notice of application for leave to appeal.

[3] S.H.'s two documents have yet to be accepted for filing, and the matter has been referred to me by the Registrar pursuant to Rule 13 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

[4] The documents must be refused for filing pursuant to Rules 8(2) and 19(2)(*a*).

[5] The document titled "Notice of Appeal as of Right" does not comply with Rule 33(*b*), which is intended to ensure that minimum standards are met so that the Registrar may properly assist the Court

d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet et Johanne Dufour.

Mihnea Bantoiu, pour l'intimé le Centre de formation de Québec inc.

Version française de l'ordonnance rendue par

[1] Le juge Cromwell — Le 12 février 2015, le Greffe a reçu de S.H. un document intitulé « Avis d'appel de plein droit » portant sur quatre jugements rendus en matière civile. Dans ce document, S.H. énumère plusieurs dispositions législatives qui, selon lui, confèrent un droit d'appel devant la Cour. Il invoque notamment les art. 28 et 61 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, les art. 5, 26 et 54.1 du *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, c. C-25, la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, RLRQ, c. C-12.

[2] Le Greffe a écrit à S.H. pour l'aviser qu'il ne peut être interjeté appel de ces décisions à la Cour, sauf si cette dernière l'autorise. Le Greffe lui demandait dans cette lettre de déposer un avis de demande d'autorisation d'appel, quatre copies de ses documents, lesquels seraient traités comme une demande d'autorisation d'appel dans les circonstances, de même qu'un exemplaire du formulaire 23A. S.H. a plutôt présenté une demande d'audience en vertu du par. 43(1.2) de la *Loi sur la Cour suprême*. En annexe se trouvait un document demandant en toute apparence la permission d'appel.

[3] Le dépôt des deux documents de S.H. n'a pas encore été accepté et l'affaire m'a été renvoyée par le registraire en vertu de la règle 13 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

[4] Le dépôt des deux documents doit être refusé en application du par. 8(2) et de l'al. 19(2)*a*) des *Règles*.

[5] Le document intitulé « Avis d'appel de plein droit » n'est pas conforme aux exigences de l'al. 33*b*) des *Règles*. Cette règle vise à assurer le respect de normes minimales afin que le registraire

in managing its docket. To accept a notice of appeal for filing under Rule 19(2)(*a*), the Registrar must be satisfied that, at the very least, the provision or provisions mentioned in the document provide for an appeal to the Supreme Court of Canada. If they do not, the Registrar is entitled to refuse the document for filing pursuant to Rules 8(2) and 19(2)(*a*) on the basis that it does not comply with the *Rules*.

[6] As for the document titled [TRANSLATION] "Request for an Oral Hearing", given that such a request can only be made in the context of an application for leave to appeal to the Court, it too must be refused for filing. Although it includes, as Annex H, a purported notice of application for leave to appeal, the notice of application for leave to appeal does not comply with the *Rules*' requirements for applications for leave to appeal. A notice of application for leave to appeal must set out the section of the Act under which the application for leave is made; it must set out grounds for leave to appeal and it must identify the judgment from which the applicant is seeking to appeal. The notice at Annex H does not contain this required information.

[7] The Registrar shall return the materials to S.H.

Order accordingly.

S.H., on his own behalf.

Solicitors for the respondents ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Centre local d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet and Johanne Dufour: Chamberland, Gagnon, Québec.

Solicitors for the respondent Centre de formation de Québec inc.: Létourneau & Gagné, Québec.

soit en mesure d'aider adéquatement la Cour à gérer le registre des affaires dont elle est saisie. Pour accepter le dépôt d'un avis d'appel en application de l'al. 19(2)*a*), le registraire doit être à tout le moins convaincu que la ou les dispositions mentionnées dans le document accordent un droit d'appel devant la Cour suprême du Canada. Si elles n'autorisent pas un tel appel, le registraire peut refuser le dépôt du document en application du par. 8(2) et de l'al. 19(2)*a*) au motif qu'il n'est pas conforme aux *Règles*.

[6] Quant au document intitulé « Demande d'audience », comme une telle demande ne peut être présentée que dans le cadre d'une demande d'autorisation d'appel à la Cour, son dépôt doit lui aussi être refusé. Bien qu'il inclue à titre d'annexe H un soi-disant avis de demande d'autorisation d'appel, cet avis n'est pas conforme aux exigences des *Règles* en ce qui a trait à la demande d'autorisation d'appel. En effet, un avis de demande d'autorisation d'appel doit préciser la disposition législative en vertu de laquelle la demande est présentée; il doit énoncer les motifs qui justifient la demande d'autorisation d'appel et il doit indiquer de quel jugement le demandeur cherche à faire appel. Or, l'avis à l'annexe H ne contient pas ces renseignements requis.

[7] Le registraire retournera les documents à S.H.

Ordonnance en conséquence.

S.H., pour son propre compte.

Procureurs des intimés le ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, le Centre local d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet et Johanne Dufour : Chamberland, Gagnon, Québec.

Procureurs de l'intimé le Centre de formation de Québec inc. : Létourneau & Gagné, Québec.

Canadian Pacific Railway Company
Appellant

v.

Attorney General of Canada and Canadian Transportation Agency
Respondents

and

Railway Association of Canada
Intervener

Indexed as: Canadian Pacific Railway Co. *v.* Canada (Attorney General)

2016 SCC 1

File No.: 36223.

2015: December 9; 2016: January 15.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Boards and tribunals — Regulatory boards — Canadian Transportation Agency — Transportation law — Railways — Regulatory process — Presumption Agency acted properly in amending rail regulations — No facts adduced rebutting presumption — Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations, SOR/2014-193.

Held: The appeal should be dismissed.

Statutes and Regulations Cited

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10.
Fair Rail for Grain Farmers Act, S.C. 2014, c. 8.
Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations, SOR/2014-193.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël C.J. and Dawson and Webb JJ.A.),

Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique *Appelante*

c.

Procureur général du Canada et Office des transports du Canada
Intimés

et

Association des chemins de fer du Canada *Intervenante*

Répertorié : Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique *c.* Canada (Procureur général)

2016 CSC 1

N° du greffe : 36223.

2015 : 9 décembre; 2016 : 15 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Organismes de réglementation — Office des transports du Canada — Droit des transports — Chemins de fer — Processus réglementaire — Présomption que l'Office a agi correctement lors de la modification du règlement relatif aux chemins de fer — Aucun fait produit susceptible de réfuter la présomption — Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire, *DORS/2014-193.*

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lois et règlements cités

Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain, L.C. 2014, c. 8.
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, c. 10.
Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire, DORS/2014-193.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Noël et les juges Dawson et

No. 14-A-56, dated October 28, 2014, dismissing an application for leave to appeal, pursuant to s. 41 of the *Canada Transportation Act*, the *Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations* issued by the Canadian Transportation Agency. Appeal dismissed.

Douglas C. Hodson, *Q.C.*, and *Kristen A. MacDonald*, for the appellant.

Mark R. Kindrachuk, *Q.C.*, and *Alexander Pless*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Valérie Lagacé, for the respondent the Canadian Transportation Agency.

Nadia Effendi and *Guy J. Pratte*, for the intervener.

The following is the judgment delivered by

[1] The Court — On August 1, 2014, *Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations*, SOR/2014-193 (the "amending Regulations"), came into force. The amending Regulations were issued by the Canadian Transportation Agency, pursuant to its powers under the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, and following passage by Parliament of the *Fair Rail for Grain Farmers Act*, S.C. 2014, c. 8. The amending Regulations extend the interswitching distance limit from 30 km to 160 km for all commodities in the three Prairie Provinces, and prescribe new rates for interswitching rail traffic within that zone.

[2] The appellant, Canadian Pacific Railway Company, asks this Court to declare the amending Regulations to be null and void, on the ground that the Agency acted improperly in issuing them by following government directives to expand the interswitching distance limit in the Prairie Provinces. The appellant concedes that the Agency was empowered to issue the amending Regulations; its complaint is not with the content of the amending Regulations, but with the process followed by the Agency.

Webb), nº 14-A-56, daté du 28 octobre 2014, qui a rejeté une demande d'autorisation d'appel, présentée en application de l'art. 41 de la *Loi sur les transports au Canada*, du *Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire* pris par l'Office des transports du Canada. Pourvoi rejeté.

Douglas C. Hodson, *c.r.*, et *Kristen A. MacDonald*, pour l'appelante.

Mark R. Kindrachuk, *c.r.*, et *Alexander Pless*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Valérie Lagacé, pour l'intimé l'Office des transports du Canada.

Nadia Effendi et *Guy J. Pratte*, pour l'intervenante.

Version française du jugement rendu par

[1] La Cour — Le 1er août 2014, le *Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire*, DORS/2014-193 (le « Règlement modificatif »), est entré en vigueur. Ce règlement a été pris par l'Office des transports du Canada, en vertu du pouvoir qui lui est conféré par la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10, et par suite de l'adoption par le législateur de la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain*, L.C. 2014, c. 8. Le Règlement modificatif repousse de 30 à 160 kilomètres les limites des distances d'interconnexion dans les trois provinces des Prairies, et ce pour tous les types de marchandises, et prévoit de nouveaux prix pour l'interconnexion du trafic sur rail dans cette zone.

[2] L'appelante, la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique, demande à la Cour de déclarer le Règlement modificatif nul et sans effet, au motif que l'Office n'a pas agi correctement en le prenant puisqu'il a suivi les directives du gouvernement de repousser les distances d'interconnexion dans les provinces des Prairies. L'appelante concède que l'Office avait le pouvoir de prendre le Règlement modificatif; elle se plaint non pas du contenu de ce dernier, mais du processus adopté par l'Office.

[3] The appellant also concedes that the Agency is presumed to have acted properly in making its decision to issue the amending Regulations. The question, therefore, is whether the appellant has adduced facts rebutting this presumption. In our view, it has not done so.

[4] The appeal is dismissed, with costs to the Attorney General of Canada.

Appeal dismissed with costs to the Attorney General of Canada.

Solicitors for the appellant: MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon.

Solicitor for the respondent the Canadian Transportation Agency: Canadian Transportation Agency, Gatineau.

Solicitors for the intervener: Borden Ladner Gervais, Toronto.

[3] L'appelante concède également que l'Office est présumé avoir agi correctement lorsqu'il a décidé de prendre le Règlement modificatif. Ainsi, la question à trancher est celle de savoir si l'appelante a mis en preuve des faits qui renversent cette présomption. Nous sommes d'avis qu'elle ne l'a pas fait.

[4] L'appel est rejeté, avec dépens en faveur du procureur général du Canada.

Pourvoi rejeté avec dépens en faveur du procureur général du Canada.

Procureurs de l'appelante : MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon.

Procureur de l'intimé l'Office des transports du Canada : Office des transports du Canada, Gatineau.

Procureurs de l'intervenante : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Akeem Smith Seruhungo *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* SERUHUNGO

2016 SCC 2

File No.: 36523.

2016: January 15.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Corroboration — Hearsay — Trial judge properly considering confirmatory evidence — Trial judge's error concerning test for hearsay not affecting result at trial — Accused's acquittal for manslaughter restored.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Bielby, O'Ferrall and Brown JJ.A.), 2015 ABCA 189, 600 A.R. 356, 23 Alta. L.R. (6th) 318, 324 C.C.C. (3d) 491, 645 W.A.C. 356, [2015] A.J. No. 601 (QL), 2015 CarswellAlta 969 (WL Can.), setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal allowed, Moldaver and Gascon JJ. dissenting.

Deborah R. Hatch and *Morgan McClelland*, for the appellant.

Melanie Hayes-Richards, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — A majority of the Court would allow the appeal and restore the acquittal substantially for the reasons of O'Ferrall J.A. Moldaver and Gascon JJ. would dismiss the appeal substantially for the reasons of Brown J.A.

Akeem Smith Seruhungo *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SERUHUNGO

2016 CSC 2

N° du greffe : 36523.

2016 : 15 janvier.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Preuve — Corroboration — Ouï-dire — Preuve corroborante adéquatement prise en compte par le juge du procès — Erreur du juge du procès concernant l'analyse relative au ouï-dire sans incidence sur l'issue du procès — Rétablissement de l'acquittement de l'accusé à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Bielby, O'Ferrall et Brown), 2015 ABCA 189, 600 A.R. 356, 23 Alta. L.R. (6th) 318, 324 C.C.C. (3d) 491, 645 W.A.C. 356, [2015] A.J. No. 601 (QL), 2015 CarswellAlta 969 (WL Can.), qui a annulé le verdict d'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Moldaver et Gascon sont dissidents.

Deborah R. Hatch et *Morgan McClelland*, pour l'appelant.

Melanie Hayes-Richards, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Notre Cour, à la majorité, accueillerait l'appel et rétablirait l'acquittement, essentiellement pour les motifs du juge d'appel O'Ferrall. Les juges Moldaver et Gascon rejetteraient l'appel, sensiblement pour les motifs exposés par le juge d'appel Brown.

[2] In the result, the appeal is allowed and the acquittal is restored.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hatch McClelland Moore, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

[2] En définitive, l'appel est accueilli et l'acquittement est rétabli.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Hatch McClelland Moore, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Johnathan Peter Spicer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Indexed as: R. *v.* Spicer

2016 SCC 3

File No.: 36532.

2016: January 15.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Charge to jury — Mistaken belief in consent — Failure of trial judge to instruct jury on need to take reasonable steps to ascertain consent having material bearing on acquittal — New trial justified.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Slatter and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 190, 600 A.R. 397, 645 W.A.C. 397, [2015] A.J. No. 602 (QL), 2015 CarswellAlta 986 (WL Can.), setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Daryl Royer and *Akram Attia*, for the appellant.

Joanne Dartana, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] Moldaver J. — The sole issue before us is whether the trial judge's failure to instruct the jury on the need to take reasonable steps to ascertain consent might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal. A majority of the Alberta Court of Appeal found that it did. We agree.

Johnathan Peter Spicer *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

Répertorié : R. *c.* Spicer

2016 CSC 3

N° du greffe : 36532.

2016 : 15 janvier.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Agression sexuelle — Exposé au jury — Croyance erronée au consentement — Incidence significative sur l'acquittement de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement — Tenue d'un nouveau procès justifiée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Slatter et Wakeling), 2015 ABCA 190, 600 A.R. 397, 645 W.A.C. 397, [2015] A.J. No. 602 (QL), 2015 CarswellAlta 986 (WL Can.), qui a annulé le verdict d'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Daryl Royer et *Akram Attia*, pour l'appelant.

Joanne Dartana, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] Le juge Moldaver — La seule question dont nous sommes saisis est celle de savoir s'il est raisonnable de penser que l'omission du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement a pu avoir une incidence significative sur l'acquittement. La Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a conclu que oui. Nous souscrivons à cette conclusion.

[2] Accordingly, we would dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Daryl Royer, Edmonton; Akram Attia, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

[2] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter l'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Daryl Royer, Edmonton; Akram Attia, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet, British Columbia Civil Liberties Association and Gloria Taylor *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

- and -

Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet, British Columbia Civil Liberties Association and Gloria Taylor *Appellants*

v.

Attorney General of Canada and Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Council of Canadians with Disabilities, Canadian Association for Community Living, Christian Legal Fellowship, Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association for Reformed Political Action Canada, Physicians' Alliance against Euthanasia, Evangelical Fellowship of Canada, Christian Medical and Dental Society of Canada, Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies, Dying With Dignity, Canadian Medical Association, Catholic Health Alliance of Canada, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Farewell Foundation for the Right to Die, Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité, Canadian Civil Liberties Association, Catholic Civil Rights League, Faith and Freedom Alliance,

Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Gloria Taylor *Appelants*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

- et -

Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Gloria Taylor *Appelants*

c.

Procureur général du Canada et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureure générale du Québec, Conseil des Canadiens avec déficiences, Association canadienne pour l'intégration communautaire, Alliance des chrétiens en droit, Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association for Reformed Political Action Canada, Collectif des médecins contre l'euthanasie, Alliance évangélique du Canada, Christian Medical and Dental Society of Canada, Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies, Dying With Dignity, Association médicale canadienne, Alliance catholique canadienne de la santé, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Farewell Foundation for the Right to Die, Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité, Association canadienne des libertés civiles, Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance,

Protection of Conscience Project, Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society, Canadian Unitarian Council, Euthanasia Prevention Coalition and Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia *Interveners*

Indexed as: Carter *v.* Canada (Attorney General)

2016 SCC 4

File No.: 35591.

2016: January 11; 2016: January 15.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

MOTION FOR AN EXTENSION OF THE SUSPENSION OF A DECLARATION OF CONSTITUTIONAL INVALIDITY

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Judgments and orders — Court declaring, in Carter v. Canada (Attorney General), that Criminal Code prohibition on physician-assisted death is of no force or effect to specified extent, and suspending its declaration for 12 months — Attorney General of Canada applying for six-month extension of suspension of declaration of invalidity — Four-month extension justified by delay due to federal election — Exemption from extension granted to Quebec in respect of ss. 4 and 26 to 32 of Act respecting end-of-life care, CQLR, c. S-32.0001 — Exemption granted for those who wish, during extension period, to seek assistance in ending their life in accordance with criteria set out in Carter.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting end-of-life care, CQLR, c. S-32.0001, ss. 4, 26 to 32.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 14, 241(*b*).

MOTION seeking an order extending the suspension of the declaration of constitutional invalidity issued in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331. Motion granted

Protection of Conscience Project, Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society, Conseil unitarien du Canada, Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia *Intervenants*

Répertorié : Carter *c.* Canada (Procureur général)

2016 CSC 4

N° du greffe : 35591.

2016 : 11 janvier; 2016 : 15 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

REQUÊTE EN PROROGATION DE LA SUSPENSION DE LA PRISE D'EFFET D'UNE DÉCLARATION D'INVALIDITÉ CONSTITUTIONNELLE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Jugements et ordonnances — Déclaration par la Cour, dans Carter c. Canada (Procureur général), selon laquelle les dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir sont inopérantes à certains égards et suspension de la prise d'effet de cette déclaration pour une période de 12 mois — Requête du procureur général du Canada sollicitant une prorogation de six mois de la suspension de la déclaration d'invalidité — Prorogation de quatre mois justifiée en raison des délais occasionnés par la tenue d'une élection fédérale — Exemption de l'application de la prorogation accordée à la province de Québec soustraite à la prorogation quant aux art. 4 et 26 à 32 de la Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ, c. S-32.0001 — Exemption accordée à ceux qui, pour la durée de la prorogation, souhaitent demander de l'aide pour mettre fin à leurs jours sur le fondement des critères dans Carter.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 14, 241*b*).
Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ, c. S-32.0001, art. 4, 26 à 32.

REQUÊTE visant à obtenir une ordonnance prorogeant la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité constitutionnelle prononcée dans *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC

in part, McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver and Brown JJ. dissenting in part.

Robert J. Frater, *Q.C.*, and *Donnaree Nygard*, for the applicant the Attorney General of Canada.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, *Alison M. Latimer* and *Sheila M. Tucker*, for the respondents on the motion Lee Carter et al.

Written submissions only by *Jean M. Walters*, for the respondent on the motion the Attorney General of British Columbia.

Malliha Wilson and *S. Zachary Green*, for the respondent on the motion the Attorney General of Ontario.

Jean-Yves Bernard, *Mario Normandin* and *Manon Des Ormeaux*, for the respondent on the motion the Attorney General of Quebec.

David Baker, for the respondents on the motion the Council of Canadians with Disabilities and the Canadian Association for Community Living.

Jonathan Sikkema, for the respondent on the motion the Christian Legal Fellowship.

Written submissions only by *Michael Fenrick*, for the respondents on the motion the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Written submissions only by *Pierre Bienvenu*, for the respondent on the motion the Physicians' Alliance against Euthanasia.

Written submissions only by *Kelly Doctor*, for the respondent on the motion Dying With Dignity.

Jean Nelson, for the respondent on the motion the Canadian Medical Association.

Written submissions only by *Jason Gratl*, for the respondent on the motion Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité.

5, [2015] 1 R.C.S. 331. Requête accueillie en partie, la juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver et Brown sont dissidents en partie.

Robert J. Frater, *c.r.*, et *Donnaree Nygard*, pour le requérant le procureur général du Canada.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, *Alison M. Latimer* et *Sheila M. Tucker*, pour les intimés à la requête Lee Carter et autres.

Argumentation écrite seulement par *Jean M. Walters*, pour l'intimé à la requête le procureur général de la Colombie-Britannique.

Malliha Wilson et *S. Zachary Green*, pour l'intimé à la requête le procureur général de l'Ontario.

Jean-Yves Bernard, *Mario Normandin* et *Manon Des Ormeaux*, pour l'intimée à la requête la procureure générale du Québec.

David Baker, pour les intimés à la requête le Conseil des Canadiens avec déficiences et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

Jonathan Sikkema, pour l'intimée à la requête l'Alliance des chrétiens en droit.

Argumentation écrite seulement par *Michael Fenrick*, pour les intimés à la requête le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Pierre Bienvenu*, pour l'intimé à la requête le Collectif des médecins contre l'euthanasie.

Argumentation écrite seulement par *Kelly Doctor*, pour l'intimée à la requête Dying With Dignity.

Jean Nelson, pour l'intimée à la requête l'Association médicale canadienne.

Argumentation écrite seulement par *Jason Gratl*, pour l'intimée à la requête l'Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité.

Written submissions only by *Angus M. Gunn*, *Q.C.*, for the respondent on the motion the Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society.

Written submissions only by *Tim Dickson*, for the respondent on the motion the Canadian Unitarian Council.

Written submissions only by *Hugh R. Scher* and *Geoffrey Cowper*, *Q.C.*, for the respondents on the motion the Euthanasia Prevention Coalition and the Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia.

Argumentation écrite seulement par *Angus M. Gunn*, *c.r.*, pour l'intimée à la requête Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society.

Argumentation écrite seulement par *Tim Dickson*, pour l'intimé à la requête le Conseil unitarien du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Hugh R. Scher* et *Geoffrey Cowper*, *c.r.*, pour les intimées à la requête la Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia.

ORDER

[1] Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ. — The Attorney General of Canada applies for a six-month extension of the suspension of this Court's declaration that ss. 241(*b*) and 14 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, "are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition". The declaration of invalidity of ss. 241(*b*) and 14 was suspended for 12 months, until February 6, 2016. The appellants oppose the Attorney General's application. Should an extension of the suspension be granted, the Attorney General of Quebec asks that legislation regulating end-of-life assistance adopted in Quebec be exempted from the suspension, to avoid uncertainty as to whether the Quebec regime conflicts with the federal prohibition preserved by any extension of the suspension. Finally, the appellants and certain interveners ask this Court to grant a constitutional exemption for individuals who wish to seek assistance in ending their life during the period of any extension.

ORDONNANCE

[1] Les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté — Le procureur général du Canada demande la prorogation de six mois de la suspension de la prise d'effet du jugement déclaratoire de la Cour suivant lequel l'al. 241*b*) et l'art. 14 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, « sont inopérants dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition ». La prise d'effet de la déclaration d'invalidité de l'al. 241*b*) et de l'art. 14 a été suspendue pendant 12 mois, soit jusqu'au 6 février 2016. Les appelants s'opposent à la demande du procureur général. Si une prorogation de la suspension était accordée, la procureure générale du Québec demande que la loi réglementant l'assistance en fin de vie adoptée par cette province soit soustraite à la suspension. À son avis, cela permettrait d'éviter une incertitude quant à l'existence d'un conflit entre le régime québécois et la prohibition fédérale maintenue par la prorogation de la suspension. Enfin, les appelants et certains intervenants demandent à la Cour d'accorder une exemption constitutionnelle aux individus qui souhaitent demander de l'aide pour mettre fin à leurs jours durant une éventuelle prorogation.

[2] The first question is whether this Court should order an extension of the suspension of the declaration of invalidity. To suspend a declaration of the constitutional invalidity of a law is an extraordinary step, since its effect is to maintain an unconstitutional law in breach of the constitutional rights of members of Canadian society. To extend such a suspension is even more problematic. The appellants point to the severe harm caused to individuals by the extension. Extraordinary circumstances must be shown. The burden on the Attorney General who seeks an extension of a suspension of a declaration of constitutional invalidity is heavy. In this case, the length of the interruption of work on a legislative response to the Court's decision due to a federal election constitutes such a circumstance. Parliament was dissolved on August 2, 2015 and officially resumed on December 3 of that year. This four-month delay justifies granting an extension of the suspension of the declaration of invalidity, but only for four months.

[3] The next question is whether Quebec should be exempted from the four-month extension of the suspension of the declaration of invalidity. The Attorney General of Canada and the provincial Attorneys General who participated in the hearing do not oppose Quebec's request for an exemption. Quebec submits that an exemption is necessary to clarify the legal position in Quebec given its law governing end-of-life assistance, the *Act respecting end-of-life care*, CQLR, c. S-32.0001 ("*ARELC*"), which came into force on December 10, 2015. Quebec also submits an exemption would avoid the chilling effect of the threat of possible violations of the criminal prohibition or potential civil liability during the four-month extension of the suspension of the declaration of invalidity.

[4] In view of this, and having regard to the fact that the Attorneys General do not oppose the Attorney General of Quebec's request for Quebec to be exempted from the extension of the suspension

[2] La première question est celle de savoir si la Cour doit ordonner la prorogation de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité. Suspendre la prise d'effet de la déclaration d'invalidité constitutionnelle d'une loi est une mesure extraordinaire, car elle a pour effet de maintenir en vigueur une loi inconstitutionnelle, en violation des droits constitutionnels des membres de la société canadienne. Proroger une telle suspension pose encore plus problème. Les appelants soulignent d'ailleurs que la prorogation causera un tort considérable à certaines personnes. L'existence de circonstances exceptionnelles doit être démontrée. C'est donc un lourd fardeau qui incombe au procureur général sollicitant la prorogation de la suspension de la prise d'effet d'une déclaration d'invalidité constitutionnelle. En l'espèce, la durée de l'interruption des travaux sur une réponse législative à l'arrêt de la Cour en raison d'une élection fédérale constitue une circonstance de ce genre. Le Parlement a été dissous le 2 août 2015 et a repris officiellement ses travaux le 3 décembre de la même année. Cet intermède de quatre mois justifie de proroger la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité, mais seulement pour une période de quatre mois.

[3] La question suivante est celle de savoir si la province de Québec devrait être soustraite à la prorogation de quatre mois de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité. Le procureur général du Canada et les procureurs généraux provinciaux qui ont participé à l'audience ne s'opposent pas à la demande d'exemption du Québec. Selon ce dernier, une exemption est nécessaire pour clarifier l'état du droit au Québec compte tenu de sa loi régissant l'assistance en fin de vie, la *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001 (« *LCSFV* »), qui est entrée en vigueur le 10 décembre 2015. Le Québec soutient en outre que l'exemption permettrait d'éviter l'effet paralysant de la menace de possibles violations de la prohibition criminelle ou d'une possible responsabilité civile durant la prorogation de quatre mois de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité.

[4] Partant, et puisque les procureurs généraux ne s'opposent pas à la demande de la procureure générale du Québec visant à ce que le Québec soit soustrait à la prorogation de la suspension de la prise

of the declaration of invalidity, we would grant the exemption. In doing so, we should not be taken as expressing any view as to the validity of the *ARELC*.

[5] The third question is whether, during the four-month extension, the Court should grant an exemption for those who wish to seek assistance in ending their life on the bases articulated in our reasons in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331. The appellants argue that fairness and equality require this, particularly if Quebec is exempted from the extension.

[6] This is the first time the Court has been asked to consider whether to grant individual exemptions during an *extension* of a suspension of a declaration of invalidity. Parliament was given one year to determine what, if any, legislative response was appropriate. In agreeing that more time is needed, we do not at the same time see any need to unfairly prolong the suffering of those who meet the clear criteria we set out in *Carter*. An exemption can mitigate the severe harm that may be occasioned to those adults who have a grievous, intolerable and irremediable medical condition by making a remedy available now pending Parliament's response. The prejudice to the rights flowing from the four-month extension outweighs countervailing considerations. Moreover, the grant of an exemption from the extension to Quebec raises concerns of fairness and equality across the country. We would, as a result, grant the request for an exemption so that those who wish to seek assistance from a physician in accordance with the criteria set out in para. 127 of our reasons in *Carter*, may apply to the superior court of their jurisdiction for relief during the extended period of suspension. Requiring judicial authorization during that interim period ensures compliance with the rule of law and provides an effective safeguard against potential risks to vulnerable people.

d'effet de la déclaration d'invalidité, nous sommes d'avis d'accorder l'exemption. Que nous nous prononcions de la sorte ne doit toutefois pas être interprété comme l'expression d'un quelconque point de vue quant à la validité de la *LCSFV*.

[5] La troisième question est celle de savoir si, pour la durée de la prorogation de quatre mois, la Cour devrait accorder une exemption à ceux qui souhaitent demander de l'aide pour mettre fin à leurs jours sur le fondement des motifs énoncés dans *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331. Les appelants soutiennent que l'équité et l'égalité l'exigent, en particulier si le Québec est soustrait à la prorogation.

[6] C'est la première fois que la Cour est appelée à se pencher sur l'opportunité d'accorder des exemptions individuelles pendant la durée de la *prorogation* d'une suspension de la prise d'effet d'une déclaration d'invalidité. La Cour avait accordé un an au Parlement pour qu'il décide, le cas échéant, de la réponse législative qu'il convenait de donner. Tout en admettant qu'il faille plus de temps, nous ne voyons pas pour autant la nécessité de prolonger injustement la souffrance de ceux qui satisfont aux critères clairs que la Cour a énoncés dans *Carter*. Une exemption serait de nature à atténuer le tort considérable qui pourrait être causé à ces adultes qui sont affectés de problèmes de santé graves, intolérables et irrémédiables en leur donnant dès à présent accès à un recours, en attendant la réponse du Parlement. L'atteinte portée aux droits par la prorogation de quatre mois l'emporte sur les considérations qui font contrepoids. En outre, l'exemption de la prorogation accordée au Québec soulève des préoccupations relatives à l'équité et à l'égalité à l'échelle de tout le pays. Nous sommes donc d'avis de faire droit à la demande d'exemption de sorte que ceux qui souhaitent demander l'aide d'un médecin, dans le respect des critères énoncés au par. 127 des motifs de la Cour dans *Carter*, puissent, pendant la durée de la prorogation de la suspension, s'adresser à la cour supérieure de leur province ou territoire pour solliciter une ordonnance. Exiger l'obtention d'une autorisation judiciaire durant cette période intérimaire assure le respect de la primauté du droit et offre une protection efficace contre les risques que pourraient courir les personnes vulnérables.

[7] The motion is granted in part. The suspension of the declaration of invalidity is extended by four months from the date it is set to expire. In respect of ss. 4 and 26 to 32 of the *ARELC*, Quebec is exempted from the four-month extension. Finally, during the four-month extension period, we grant an exemption to those who wish to exercise their rights so that they may apply to the superior court of their jurisdiction for relief in accordance with the criteria set out in para. 127 of our reasons in *Carter*. We would award the appellants special costs of this motion on a full indemnity basis, as on the original appeal.

[7] La requête est accueillie en partie. La suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité est prorogée pour une période de quatre mois à compter de la date à laquelle il est prévu qu'elle prenne fin. Quant aux art. 4 et 26 à 32 de la *LCSFV*, le Québec est soustrait à la prorogation de quatre mois. Finalement, pour la durée de la période de suspension supplémentaire de quatre mois, nous accordons une exemption à ceux qui souhaitent exercer leurs droits, de sorte qu'ils pourront s'adresser à la cour supérieure de leur province ou territoire pour solliciter une ordonnance qui respecte les critères énoncés au par. 127 des motifs de la Cour dans *Carter*. Nous octroyons aux appelants des dépens spéciaux pour la présente requête sur la base de l'indemnisation intégrale, comme dans le pourvoi original.

[8] THE CHIEF JUSTICE AND CROMWELL, MOLDAVER AND BROWN JJ. (dissenting in part) — While we agree that a four-month extension is justified, we would not exempt Quebec from that extension or provide for individual exemptions.

[8] LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES CROMWELL, MOLDAVER ET BROWN (dissidents en partie) — Bien que nous souscrivions à la conclusion selon laquelle la prorogation de quatre mois est justifiée, nous sommes d'avis de ne pas y soustraire le Québec et de ne pas accorder d'exemptions individuelles.

[9] The Attorney General of Quebec submits that an exemption is necessary to clarify the legal position in Quebec under its law governing end-of-life assistance, the *Act respecting end-of-life care*, CQLR, c. S-32.0001 ("*ARELC*"). Canada does not oppose Quebec's request for an exemption, noting that the Quebec legislation "is the sort of complex regulatory response" contemplated by our judgment in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331: reply factum, at para. 15. The other intervening Attorneys General similarly do not oppose the exemption. The Attorney General of Canada says, however, that the exemption is unnecessary.

[9] Selon la procureure générale du Québec, une exemption est nécessaire pour clarifier l'état du droit au Québec compte tenu de sa loi régissant l'assistance en fin de vie, la *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001 (« *LCSFV* »). Le Canada ne s'oppose pas à la demande d'exemption du Québec, notant que la loi québécoise « représente le genre de mesure réglementaire complexe » envisagée dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 : mémoire en réplique, par. 15. Les autres procureurs généraux intervenants ne s'opposent pas non plus à l'exemption. Le procureur général du Canada plaide toutefois que l'exemption est inutile.

[10] We agree with the Attorney General of Canada. The *ARELC* came into force on December 10, 2015, while the initial suspension of our declaration of invalidity was in force. No exemption from the suspension of our declaration was sought at that time. We have been advised that the Minister of Justice of Quebec has issued a directive to the Director of Criminal and Penal Prosecutions not to prosecute any physician who follows the *ARELC* if the exemption to the extension of the suspension is not granted. In our view, the exemption now requested neither adds to nor takes away from whatever clarity existed in the province of Quebec when the *ARELC* came into force. We therefore would refuse Quebec's request for an exemption.

[11] The remaining question is whether, during the four-month extension, the Court should grant a constitutional exemption permitting assistance in ending life on the basis articulated in the reasons in *Carter*. The appellants request this exemption, arguing that it will alleviate suffering and, if Quebec is exempted from the extension of the suspension of the declaration of invalidity, would also serve the values of fairness and equality.

[12] We are not persuaded that the appellants have established a case for a constitutional exemption. In the unanimous judgment on the merits, the Court held that this was not an appropriate case to create a mechanism for exemptions during the period of suspended invalidity. The Court wrote that doing so "would create uncertainty, undermine the rule of law, and usurp Parliament's role. Complex regulatory regimes are better created by Parliament than by the courts": para. 125. These considerations, in our view, continue to be compelling.

[13] We would grant a four-month extension of the suspension of the declaration of invalidity, but would dismiss Quebec's request for exemption

[10] Nous sommes d'accord avec le procureur général du Canada. La *LCSFV* est entrée en vigueur le 10 décembre 2015 pendant que la suspension initiale de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité était en vigueur. Aucune exemption à cette suspension de la déclaration de la Cour n'a été sollicitée à ce moment-là. Nous avons été informés du fait que la ministre de la Justice du Québec a communiqué au directeur des poursuites criminelles et pénales la directive de ne poursuivre aucun médecin qui respecte la *LCSFV* si l'exemption à la prorogation de la suspension n'était pas accordée. À notre avis, l'exemption qui est maintenant sollicitée n'ajouterait rien à la clarté du droit qui pouvait exister dans la province lorsque la *LCSFV* est entrée en vigueur. Elle n'y enlèverait rien non plus. Nous sommes donc d'avis de rejeter la demande du Québec sollicitant une exemption.

[11] La question qu'il reste à trancher est celle de savoir si, pour la durée de la prorogation de quatre mois, la Cour devrait accorder une exemption constitutionnelle autorisant l'aide pour mettre fin à la vie sur le fondement des motifs énoncés dans *Carter*. Les appelants réclament cette exemption, faisant valoir qu'elle soulagerait la souffrance d'individus et, si le Québec était soustrait à la prorogation de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité, qu'elle contribuerait en outre au respect des valeurs d'équité et d'égalité.

[12] Nous ne sommes pas convaincus que les appelants ont établi le bien-fondé d'une exemption constitutionnelle. Dans le jugement unanime sur le fond, la Cour a jugé qu'il n'était pas opportun dans la présente affaire de créer une procédure d'exemption pour la durée de la période au cours de laquelle la prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue. La Cour a écrit que cela « serait source d'incertitude, saperait la primauté du droit et constituerait une usurpation de la fonction du législateur, qui est mieux placé que les tribunaux pour créer des régimes de réglementation complexes » : par. 125. Or, à notre avis, ces considérations restent convaincantes.

[13] Nous sommes d'avis d'accorder la prorogation de quatre mois de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité, mais de rejeter

from it and also dismiss the appellants' request for individual exemptions during the period of suspension.

[14] We add this. We do not underestimate the agony of those who continue to be denied access to the help that they need to end their suffering. That should be clear from the Court's reasons for judgment on the merits. However, neither do we underestimate the complexity of the issues that surround the fundamental question of when it should be lawful to commit acts that would otherwise constitute criminal conduct. The complexity results not only from the profound moral and ethical dimensions of the question, but also from the overlapping federal and provincial legislative competence in relation to it. The Court unanimously held in its judgment on the merits that these are matters most appropriately addressed by the legislative process. We remain of that view. That the legislative process needs more time is regrettable, but it does not undermine the point that it is the best way to address this issue.

[15] We agree with our colleagues that the Attorney General of Canada should pay the appellants' special costs of this application on a full indemnity basis.

Motion granted in part with costs, McLachlin C.J. *and* Cromwell, Moldaver *and* Brown JJ. *dissenting in part.*

Solicitor for the applicant the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondents on the motion Lee Carter et al.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; DLA Piper (Canada), Vancouver.

Solicitor for the respondent on the motion the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the respondent on the motion the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

la demande du Québec pour y être soustrait ainsi que les demandes des appelants visant l'obtention d'exemptions individuelles applicables pour la durée de la période de suspension.

[14] Nous ajoutons ceci. Nous ne sous-estimons pas la souffrance de ceux à qui l'on refuse encore l'accès à l'assistance dont ils ont besoin pour y mettre fin. Cela devrait ressortir clairement des motifs du jugement de la Cour sur le fond. Cependant, nous ne sous-estimons pas non plus la complexité des enjeux relatifs à la question fondamentale de savoir quand il devrait être légal de poser des gestes qui constitueraient autrement une conduite criminelle. La complexité des enjeux découle non seulement des dimensions morale et éthique profondes de la question, mais également du chevauchement des compétences législatives fédérale et provinciale en la matière. La Cour a conclu à l'unanimité dans son jugement sur le fond qu'il était préférable qu'il soit traité de ces enjeux par le processus législatif. Nous sommes toujours de cet avis. Que ce processus législatif ait besoin de plus de temps est regrettable, mais qu'il s'agisse du meilleur moyen pour traiter de la question n'en demeure pas moins vrai pour autant.

[15] Nous sommes d'accord avec nos collègues que le procureur général du Canada doit payer aux appelants des dépens spéciaux pour la présente requête sur la base de l'indemnisation intégrale.

Requête accueillie en partie avec dépens, la juge en chef McLachlin *et les juges* Cromwell, Moldaver *et* Brown *sont dissidents en partie.*

Procureur du requérant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimés à la requête Lee Carter et autres : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; DLA Piper (Canada), Vancouver.

Procureur de l'intimé à la requête le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intimé à la requête le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent on the motion the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the respondents on the motion the Council of Canadians with Disabilities and the Canadian Association for Community Living: Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the respondent on the motion the Christian Legal Fellowship: Miller Thomson, Calgary.

Solicitors for the respondents on the motion the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the respondent on the motion the Physicians' Alliance against Euthanasia: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the respondent on the motion Dying With Dignity: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitor for the respondent on the motion the Canadian Medical Association: Canadian Medical Association, Ottawa.

Solicitors for the respondent on the motion Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité: Gratl & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent on the motion the Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the respondent on the motion the Canadian Unitarian Council: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents on the motion the Euthanasia Prevention Coalition and the Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia: Scher Law Professional Corporation, Toronto; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureure de l'intimée à la requête la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureurs des intimés à la requête le Conseil des Canadiens avec déficiences et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire : Bakerlaw, Toronto.

Procureurs de l'intimée à la requête l'Alliance des chrétiens en droit : Miller Thomson, Calgary.

Procureurs des intimés à la requête le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intimé à la requête le Collectif des médecins contre l'euthanasie : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intimée à la requête Dying With Dignity : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureure de l'intimée à la requête l'Association médicale canadienne : Association médicale canadienne, Ottawa.

Procureurs de l'intimée à la requête l'Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité : Gratl & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée à la requête Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs de l'intimé à la requête le Conseil unitarien du Canada : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimées à la requête la Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia : Scher Law Professional Corporation, Toronto; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Jonathan David Meer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* MEER

2016 SCC 5

File No.: 36448.

2016: January 21.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Trial — Effective assistance of counsel — Accused challenging competence of his trial counsel — Majority of Court of Appeal correct in rejecting accused's submissions of ineffective assistance — No miscarriage of justice occurred.

Cases Cited

Referred to: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 141, 600 A.R. 66, 15 Alta. L.R. (6th) 291, 323 C.C.C. (3d) 98, 645 W.A.C. 66, [2015] 8 W.W.R. 24, [2015] A.J. No. 411 (QL), 2015 CarswellAlta 652 (WL Can.), affirming the convictions entered by Burrows J., 2010 ABQB 768, [2010] A.J. No. 1542 (QL), 2010 CarswellAlta 2548 (WL Can.). Appeal dismissed.

Dale M. Knisely, for the appellant.

Maureen McGuire and *Cheryl Schlecker*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This appeal as of right comes to us based on the dissent of Berger J.A. in

Jonathan David Meer *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* MEER

2016 CSC 5

N° du greffe : 36448.

2016 : 21 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Procès — Assistance effective d'un avocat — Contestation par l'accusé de la compétence de l'avocat qui l'a représenté à son procès — Allégations d'assistance ineffective formulées par l'accusé rejetées à juste titre par les juges majoritaires de la Cour d'appel — Absence d'erreur judiciaire.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Slatter et Wakeling), 2015 ABCA 141, 600 A.R. 66, 15 Alta. L.R. (6th) 291, 323 C.C.C. (3d) 98, 645 W.A.C. 66, [2015] 8 W.W.R. 24, [2015] A.J. No. 411 (QL), 2015 CarswellAlta 652 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité inscrites par le juge Burrows, 2010 ABQB 768, [2010] A.J. No. 1542 (QL), 2010 CarswellAlta 2548 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Dale M. Knisely, pour l'appelant.

Maureen McGuire et *Cheryl Schlecker*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le présent appel de plein droit prend appui sur la dissidence du juge Berger

the Court of Appeal of Alberta. The learned Justice of Appeal was of the view that trial counsel's conduct of the case (not counsel before us) was "woefully incompetent" and that "it cannot be safely concluded that the appellant received a fair trial": reasons on appeal, at para. 153 (2015 ABCA 141, 600 A.R. 66).

[2] We are all of the view that the appeal must be dismissed. To succeed in setting aside a trial verdict on the basis of the ineffective assistance of counsel, the appellant must show "first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and second, that a miscarriage of justice resulted": *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 26. Aside from finding that "[c]ounsel's ineffectiveness pertains to critical aspects of the trial", the learned dissenting Justice did not indicate how the instances which he identified of counsel's incompetence had occasioned a miscarriage of justice: reasons on appeal, at para. 153.

[3] As this Court noted in *G.D.B.*, miscarriages of justice may take many forms in the context of ineffective assistance of counsel. While the Court of Appeal addressed a wide range of issues, we need comment only on one: we are not persuaded that there was any miscarriage of justice in any of its forms in this case.

[4] The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Barr Picard Knisely, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

de la Cour d'appel de l'Alberta. Selon ce dernier, la conduite de l'affaire par l'avocat qui représentait l'appelant au procès (et non devant notre Cour) témoigne d'une [TRADUCTION] « incompétence lamentable » et « il est impossible de conclure avec certitude que l'appelant a bénéficié d'un procès équitable » : motifs de la Cour d'appel, par. 153 (2015 ABCA 141, 600 A.R. 66).

[2] Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté. Pour obtenir l'annulation du verdict de première instance en plaidant l'assistance ineffective de son avocat, l'appelant doit démontrer, « dans un premier temps, que les actes ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire en a résulté » : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 26. À l'exception de sa conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « l'assistance ineffective de l'avocat port[ait] sur des aspects cruciaux du procès », le juge dissident n'a donné aucune indication sur la manière dont les exemples d'incompétence de l'avocat qu'il a constatés ont entraîné une erreur judiciaire : motifs de la Cour d'appel, par. 153.

[3] Comme l'a souligné notre Cour dans *G.D.B.*, les erreurs judiciaires peuvent prendre de nombreuses formes en cas d'assistance ineffective de l'avocat. Bien que la Cour d'appel ait examiné un large éventail de questions, une seule requiert des commentaires de notre part : nous ne sommes pas convaincus qu'il y a eu erreur judiciaire sous quelque forme que ce soit en l'espèce.

[4] Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Barr Picard Knisely, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Frédéric Gagnon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Indexed as: R. *v.* Gagnon

2016 SCC 6

File No.: 36581.

2016: February 23.

Present: Cromwell, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Detention of accused by police unlawful — Weighing of relevant factors not favouring exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Doyon, Kasirer and Vauclair JJ.A.), 2015 QCCA 1138, [2015] AZ-51190659, [2015] J.Q. nº 6206 (QL), 2015 CarswellQue 6218 (WL Can.), affirming the accused's conviction. Appeal dismissed.

Mélanie Martel and *Denis Barrette*, for the appellant.

Simon Blais and *Benoît Lauzon*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] Cromwell J. — This is an appeal as of right. We all agree, essentially for the reasons given by Doyon J.A. of the Quebec Court of Appeal, that it should be dismissed. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Frédéric Gagnon *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

Répertorié : R. *c.* Gagnon

2016 CSC 6

Nº du greffe : 36581.

2016 : 23 février.

Présents : Les juges Cromwell, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Détention de l'accusé par les policiers illégale — Mise en balance des facteurs pertinents ne milite pas en faveur de l'exclusion de la preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Doyon, Kasirer et Vauclair), 2015 QCCA 1138, [2015] AZ-51190659, [2015] J.Q. nº 6206 (QL), 2015 CarswellQue 6218 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Mélanie Martel et *Denis Barrette*, pour l'appelant.

Simon Blais et *Benoît Lauzon*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] Le juge Cromwell — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Nous sommes tous d'avis de le rejeter, essentiellement pour les motifs formulés par le juge Doyon de la Cour d'appel du Québec. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Mélanie Martel, Joliette; Ouellet Nadon & Associées, Montréal.

Solicitor for the respondent: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Laval and Montréal.

Procureurs de l'appelant : Mélanie Martel, Joliette; Ouellet Nadon & Associées, Montréal.

Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Laval et Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Michael Bruce Newman *Respondent*

Indexed as: R. *v.* Newman

2016 SCC 7

File No.: 36524.

2016: February 25.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — First degree murder — Elements of offence — Kidnapping and forcible confinement — Accused prevented victim from escaping his apartment and killed him — Act of forcible confinement distinct and independent from act of killing — Conviction for first degree murder entered by trial judge reinstated — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5)(e).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Frankel and Smith JJ.A.), 2015 BCCA 237, 324 C.C.C. (3d) 388, 373 B.C.A.C. 58, 641 W.A.C. 58, [2015] B.C.J. No. 1069 (QL), 2015 CarswellBC 1425 (WL Can.), substituting a conviction for second degree murder to the conviction for first degree murder entered by Ehrcke J., 2013 BCSC 592, [2013] B.C.J. No. 650 (QL), 2013 CarswellBC 830 (WL Can.). Appeal allowed.

John M. Gordon, *Q.C.*, for the appellant.

Richard S. Fowler, *Q.C.*, and *Eric Purtzki*, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

[1] The Court — This is an appeal as of right. We are of the view that the appeal should be allowed. On

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Michael Bruce Newman *Intimé*

Répertorié : R. *c.* Newman

2016 CSC 7

N° du greffe : 36524.

2016 : 25 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Éléments de l'infraction — Enlèvement et séquestration — Victime empêchée de s'enfuir de son appartement par l'accusé et tuée par ce dernier — Acte de séquestration constituant un acte distinct et indépendant de l'acte de tuer — Rétablissement de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée par le juge du procès — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5)e).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Frankel et Smith), 2015 BCCA 237, 324 C.C.C. (3d) 388, 373 B.C.A.C. 58, 641 W.A.C. 58, [2015] B.C.J. No. 1069 (QL), 2015 CarswellBC 1425 (WL Can.), qui a substitué une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré à la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée par le juge Ehrcke, 2013 BCSC 592, [2013] B.C.J. No. 650 (QL), 2013 CarswellBC 830 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

John M. Gordon, *c.r.*, pour l'appelante.

Richard S. Fowler, *c.r.*, et *Eric Purtzki*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu oralement par

[1] La Cour — Il s'agit d'un appel de plein droit. Nous sommes d'avis que l'appel doit être accueilli.

the evidence, it was open to the trial judge to conclude that the act of forcible or unlawful confinement, which occurred when the respondent prevented the victim from escaping through the front door of the apartment, was distinct and independent.

[2] The trial judge's conviction for first degree murder is reinstated.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Fowler and Smith, Vancouver.

Eu égard à la preuve, il était loisible au juge du procès de conclure que l'acte de séquestration, survenu lorsque l'intimé a empêché la victime de s'échapper par la porte avant de l'appartement, constituait un acte distinct et indépendant.

[2] La déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée par le juge du procès est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Fowler and Smith, Vancouver.

Commission scolaire de Laval and Fédération des commissions scolaires du Québec *Appellants*

v.

Syndicat de l'enseignement de la région de Laval and Fédération autonome de l'enseignement *Respondents*

and

Centrale des syndicats du Québec
Intervener

Indexed as: Commission scolaire de Laval *v.* Syndicat de l'enseignement de la région de Laval

2016 SCC 8

File No.: 35898.

2015: October 14; 2016: March 18.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour relations — Dismissal — Arbitration — Grievances — Collective agreement stipulating that decision to dismiss teacher could be made only after "thorough deliberations" by school board's executive committee — Executive committee deciding to dismiss teacher by way of resolution adopted after deliberations held in camera — Arbitrator allowing examination of members of executive committee on motives for their decision — Whether principle that motives are "unknowable" and deliberative secrecy apply to public employer that decides to take disciplinary action against employee.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Arbitration — Inquiry — Interlocutory decision allowing examination of members of decision-making authority of public employer on motives for their decision to dismiss employee — Objections to examination — Whether questions related to principle that motives are "unknowable" and deliberative secrecy that were raised before arbitrator are sufficiently important to legal system

Commission scolaire de Laval et Fédération des commissions scolaires du Québec *Appelantes*

c.

Syndicat de l'enseignement de la région de Laval et Fédération autonome de l'enseignement *Intimés*

et

Centrale des syndicats du Québec
Intervenante

Répertorié : Commission scolaire de Laval *c.* Syndicat de l'enseignement de la région de Laval

2016 CSC 8

N° du greffe : 35898.

2015 : 14 octobre; 2016 : 18 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations du travail — Congédiement — Arbitrage — Griefs — Convention collective stipulant que le congédiement d'un enseignant ne peut être décidé qu'après « mûres délibérations » du comité exécutif de la commission scolaire — Comité exécutif ayant décidé d'un congédiement par voie de résolution adoptée à la suite de délibérations tenues à huis clos — Arbitre permettant l'interrogatoire des membres du comité exécutif sur les motifs de leur décision — Le principe de l'« inconnaissabilité des motifs » et le secret du délibéré s'appliquent-ils à un employeur public qui prend la décision d'imposer une mesure disciplinaire à un salarié?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage — Instruction — Sentence interlocutoire permettant l'interrogatoire des membres d'un organe décisionnel d'un employeur public sur les motifs de leur décision de congédier un salarié — Objections à l'interrogatoire — Les questions relatives au principe de l'« inconnaissabilité des motifs » et au secret du délibéré soulevées devant l'arbitre sont-elles d'une importance

that standard applicable to judicial review of interlocutory decision must be correctness.

In June 2009, B was summoned to attend a special meeting of the executive committee of the Commission scolaire de Laval ("Board"), his employer. The committee had to determine whether B's judicial record was relevant to his functions as a teacher and, if it was, decide whether to resiliate his employment contract. After hearing B in a partially in camera meeting (from which the public was excluded), the executive committee ordered a totally in camera meeting (from which the teacher and his union representative were excluded) in order to deliberate. Upon completion of these two in camera meetings, the committee, sitting in public once again, proceeded to adopt a resolution that terminated B's employment contract.

The Syndicat de l'enseignement de la région de Laval ("Union") filed a grievance with respect to B's dismissal, alleging, *inter alia*, that the procedure for dismissal provided for in the collective agreement had not been followed. The collective agreement stipulated that the employment relationship could be terminated "only after thorough deliberations at a meeting of the board's council of commissioners or executive committee called for that purpose". In the course of the inquiry into the grievance, the Union summoned as its first witnesses three members of the executive committee who had been present for the in camera deliberations of June 2009. The Board objected to having them testify, arguing that the motives of individual members of the committee were irrelevant and that deliberative secrecy shielded the members from being examined on what had been said in camera. The Board also submitted that the principle that motives are "unknowable" that had been stated in *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3, precludes the examination of the members of any collective body on the motives that underlie a decision made by way of a written resolution. The arbitrator dismissed these objections and allowed the examination of the executive committee's members.

The Superior Court, hearing a motion for judicial review of the arbitrator's interlocutory decision, applied the standard of correctness and granted the motion, barring any testimony by members of the executive committee except as regards the formal process that led to their decision that was announced at a public meeting. The majority of the Court of Appeal, also applying the standard of correctness, restored the arbitrator's decision and allowed the examination of the executive committee's members, subject to the usual limits of what is relevant.

telle pour le système juridique que le contrôle judiciaire de la sentence interlocutoire doit être assujetti à la norme de la décision correcte?

En juin 2009, B est convoqué à une séance extraordinaire du comité exécutif de la Commission scolaire de Laval (« Commission »), son employeur. Le comité exécutif doit déterminer s'il existe un lien entre les antécédents judiciaires de B et ses fonctions d'enseignant et, le cas échéant, prendre une décision sur la résiliation de son contrat de travail. Après avoir entendu B lors d'un huis clos partiel (excluant le public), le comité exécutif décrète un huis clos total (excluant l'enseignant et son représentant syndical) pour délibérer. Au terme de ces huis clos partiel et total, le comité, siégeant à nouveau de façon publique, procède à l'adoption d'une résolution qui met fin au contrat de travail de B.

Le Syndicat de l'enseignement de la région de Laval (« Syndicat ») dépose un grief contestant le congédiement de B, alléguant notamment que la procédure de congédiement prévue à la convention collective n'a pas été suivie. Selon la convention collective, la résiliation du lien d'emploi « ne peut se faire qu'après mûres délibérations à une session du conseil des commissaires ou du comité exécutif de la commission convoquée à cette fin ». Au cours de l'instruction du grief, le Syndicat assigne à titre de premiers témoins trois membres du comité exécutif présents lors des délibérations tenues à huis clos en juin 2009. La Commission s'oppose à ces témoignages, faisant valoir que les motivations individuelles des membres du comité ne sont pas pertinentes et que le secret du délibéré empêche leur interrogatoire sur ce qui s'est dit à huis clos. La Commission prétend aussi que le principe de l'« inconnaissabilité des motifs » établi dans l'arrêt *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, empêche l'interrogatoire des membres de tout organe collectif sur les motifs qui sous-tendent une décision prise par voie de résolution écrite. L'arbitre écarte ces objections et permet l'interrogatoire des membres du comité exécutif.

Saisie d'une requête en révision judiciaire de la sentence interlocutoire de l'arbitre, la Cour supérieure applique la norme de la décision correcte et accueille la requête aux fins d'interdire tout témoignage des membres du comité exécutif, sauf sur le processus formel qui a conduit à leur décision communiquée en séance publique. Les juges majoritaires de la Cour d'appel, appliquant également la norme de la décision correcte, rétablissent la décision de l'arbitre et permettent l'interrogatoire des membres du comité exécutif, dans les limites usuelles de la pertinence.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis and Gascon JJ.: The standard applicable to the arbitrator's interlocutory decision is reasonableness. Whether the examination of the members of the Board's executive committee should be allowed is ultimately an evidentiary issue. The arbitrator has exclusive jurisdiction over such matters, and he allowed the examination of the executive committee's members on the basis that their testimony would be helpful to him in determining whether the collective agreement and the legislation had been complied with. This conclusion flowed from his interpretation of the collective agreement between the parties and of the *Education Act*. The presumption that when an administrative tribunal interprets or applies its home statute, the standard of review applicable to its decision is reasonableness therefore applies in this case. This presumption is reinforced by the fact that the usual standard for judicial review of decisions of grievance arbitrators is reasonableness.

The issues in this case are not included in the narrow class of issues for which the standard is correctness. That standard can apply to questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and are outside the decision maker's area of expertise. Questions of this nature are rare and tend to be limited to situations that are detrimental to consistency in the country's fundamental legal order. In this case, in light of the arbitrator's broad jurisdiction over evidence and procedure, there is no question of law of central importance that is outside his area of expertise. The questions of evidence and procedure that arise here with respect to the principle that motives are "unknowable" and to deliberative secrecy in the context of an employer's collective decision-making authority are not outside the arbitrator's area of expertise. Nor does the application of that principle and of deliberative secrecy to a fact situation characteristic of a dismissal amount to a question that is detrimental to consistency in the country's fundamental legal order. Once this is established, maintaining that the concepts at issue do not fall solely within the arbitrator's expertise in the area or jurisdiction over the matter, or that one of them is a general principle that applies to other legal fields, is not enough to justify dispensing with the deferential standard that is required in such a case.

In light of the information available to him at the time of the summonses, and of the content of the collective agreement and the applicable legislation, the arbitrator

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis et Gascon : La sentence interlocutoire de l'arbitre est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Permettre l'interrogatoire des membres du comité exécutif de la Commission reste en définitive une question d'administration de la preuve. Une telle détermination relève de la compétence exclusive de l'arbitre, lequel a permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif au motif que leurs témoignages seront utiles à la détermination du respect de la convention collective et de la loi. Cette conclusion découle de son interprétation de la convention collective liant les parties ainsi que de la *Loi sur l'instruction publique*. La présomption voulant que la décision d'un tribunal administratif interprétant ou appliquant sa loi habilitante est assujettie au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable s'applique donc en l'espèce. Cette présomption est renforcée par le fait que la révision judiciaire des sentences rendues par les arbitres de grief est généralement assujettie à la norme de la décision raisonnable.

Les questions que soulève le litige ne font pas partie de la catégorie restreinte de questions assujetties à la norme de la décision correcte. Cette norme peut s'appliquer aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui se situent hors du domaine d'expertise du décideur. Les questions de cette nature restent rares et se limitent le plus souvent à des situations qui mettent en cause la cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. En l'espèce, il n'y a aucune question de droit d'importance capitale qui soit hors du champ d'expertise de l'arbitre étant donné sa large compétence en matière de preuve et de procédure. Les questions de preuve et de procédure qui se soulèvent ici au regard du principe de l'« inconnaissabilité des motifs » et du secret du délibéré d'un organe décisionnel collectif d'un employeur ne sont pas étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre. L'application de ce principe et de ce secret à une situation factuelle propre à un congédiement ne se qualifie pas non plus de question qui met en cause la cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. Une fois cela acquis, il ne suffit pas de soutenir que les concepts traités ne relèvent pas uniquement de l'expertise ou de la compétence de l'arbitre en la matière, ou que l'un de ceux-ci constitue un principe général applicable à d'autres domaines du droit, pour écarter la norme de déférence qui s'impose dans un tel cas.

Devant l'information à sa disposition au moment des assignations et la teneur de la convention collective et des lois applicables, l'arbitre a permis l'interrogatoire

allowed the examination of the members of the Board's executive committee in the grievance proceeding before him. It is this decision that is at issue in the judicial review proceedings, and it was reasonable. Neither the argument that the motives are "unknowable" nor that of deliberative secrecy counters this conclusion.

The principle that the motives of a legislative body are "unknowable" and deliberative secrecy do not apply to a public employer, the Board in this case, that decides to take disciplinary action against an employee, even if an in camera meeting is ordered. Any employee, whether in the public or the private sector, has a right to contest disciplinary action taken against him or her and can, in doing so, raise any relevant evidence. For this, the employee may examine the employer's representatives on the reasons for the action and on the decision-making process that led to it.

It is wrong to say that *Clearwater* established a rule of relevance that applies to every collective decision made by a decision-making body by means of an official document regardless of the nature of the decision or of the body making it. Rather, the "unknowable" motives in question are those that led a legislative body to adopt provisions of a legislative nature, that is, to carry out acts of a public nature. In this case, the executive committee's decision was made in a completely different context. Even though the Board is a legal person established in the public interest, it was acting as an employer when it decided to dismiss teacher B by way of a resolution of its executive committee. That decision had an effect on the employment contract between B and the Board and was made in the context of a process provided for in the collective agreement between the parties. It was not a decision of a legislative, regulatory, policy or discretionary nature. Rather, it was made in the specific context of a contractual relationship. A rule of relevance based on the public nature of an impugned decision therefore does not apply here. It was reasonable for the arbitrator to rule that he needed to know what had taken place in camera in order to determine whether the executive committee's deliberations had been thorough. His decision on this point was consistent with those of several grievance arbitrators who had in the past allowed the examination of school board officials regarding in camera deliberations in disciplinary matters. Given the recognized jurisdiction of arbitrators over evidence and procedure, deference must be shown.

As for deliberative secrecy, it was reasonable for the arbitrator to reject this argument, too. When the executive committee decided to dismiss B after deliberating in camera, it was not performing an adjudicative function and

des membres du comité exécutif de la Commission dans le cadre du grief dont il était saisi. C'est cette décision qui fait l'objet de la révision judiciaire au cœur du débat et elle était raisonnable. Ni l'argument de l'« inconnaissabilité des motifs », ni celui du secret du délibéré ne font échec à cette conclusion.

Le principe de l'« inconnaissabilité des motifs » d'un corps législatif et le secret du délibéré ne s'appliquent pas à un employeur public, en l'occurrence la Commission, qui prend la décision d'imposer une mesure disciplinaire à un salarié, et ce, même si un huis clos est décrété. Que son employeur soit du secteur public ou privé, un salarié est en droit de contester la mesure disciplinaire qu'on lui impose en s'appuyant sur tout élément de preuve pertinent. Cela inclut l'interrogatoire des représentants de son employeur sur les raisons à l'appui de la mesure et sur le processus décisionnel qui y a mené.

Il est inexact d'affirmer que l'arrêt *Clearwater* établit une règle de pertinence applicable à toute décision collective prise par un organe décisionnel dans un écrit officiel, peu importe la nature de la décision ou du corps qui l'adopte. Les motifs « inconnaissables » sont plutôt ceux qui sont propres à un corps législatif lorsqu'il adopte des dispositions de nature législative, c'est-à-dire lorsqu'il pose des gestes de nature publique. Or, en l'espèce, la décision du comité exécutif s'inscrit dans un tout autre contexte. Même si la Commission est une personne morale de droit public, elle agissait à titre d'employeur en prenant la décision de congédier l'enseignant B par résolution de son comité exécutif. Cette décision a eu un effet sur le contrat de travail liant B à la Commission et a été prise dans le cadre d'un processus prévu par la convention collective qui lie les parties. Elle n'est pas de nature législative, réglementaire, politique ou discrétionnaire. Elle s'inscrit plutôt précisément dans le cadre d'une relation contractuelle. Une règle de pertinence basée sur la nature publique de la décision contestée ne trouve donc pas application ici. L'arbitre a agi de manière raisonnable en statuant qu'il avait besoin de savoir ce qui s'est passé à huis clos pour déterminer s'il y a eu mûres délibérations de la part du comité exécutif. Il suivait en cela plusieurs arbitres de grief qui, par le passé, ont accepté que soient interrogés les dirigeants d'une commission scolaire au sujet de délibérations tenues à huis clos en matière disciplinaire. Vu la compétence reconnue de l'arbitre en matière de preuve et de procédure, la déférence s'impose.

Quant au secret du délibéré, l'arbitre a là encore rendu une décision raisonnable en l'écartant. En prenant la décision de congédier B après avoir délibéré à huis clos, le comité exécutif n'exerçait pas une fonction juridictionnelle

was not acting as a quasi-judicial decision maker. Rather, it was acting as an employer dismissing an employee. Its decision was therefore one of a private nature that falls under employment law, not one of a public nature to which the constitutional principles of judicial independence and separation of powers would apply. As a result, the discussions held by the committee's members in camera are not shielded by deliberative secrecy.

Finally, limits should not be placed in advance on the questions that may be asked of the executive committee's members. Assessing the relevance of evidence falls within the exclusive jurisdiction of the arbitrator. It is not open to a reviewing court to speculate about the types of questions that could be relevant before the examination has even begun. It will be up to the arbitrator to decide what is relevant on the basis of the questions that are eventually asked and to determine which of them really further the resolution of the case. If a court must intervene, it will do so after the arbitrator has ruled on a given point.

Per Wagner, Côté and Brown JJ.: There is disagreement with the majority as regards the applicable standard of judicial review. There are times when a question concerning an area over which the arbitrator generally has full authority is of such a nature as to affect the administration of justice as a whole and relates to principles in respect of which the arbitrator has no particular expertise in that they are not specific to the arbitrator's specialized role. Where the question relates not simply to the rules of evidence in general, but to the scope of such basic rules as those relating to the immunities from disclosure and deliberative secrecy, a court reviewing an arbitrator's decision in this regard must be able to go further than merely inquiring into the reasonableness of the decision. Where necessary, it must also be able, absent clear instructions to the contrary, to substitute its own view for that of the arbitrator if the arbitrator's decision is incorrect.

The applicable standard of review cannot depend on how a court will ultimately answer the question, as that could make it even more difficult to predict what the result of the analysis will be. Instead, what is important is the nature of the question being raised. In this case, despite the existence of a privative clause and even though the appeal arises in the context of the hearing of the evidence, over which the arbitrator has full authority, the questions that have been raised are general questions of law that, by their nature, are of central importance to the administration of

et n'agissait pas en tant que décideur quasi judiciaire. Le comité agissait plutôt à titre d'employeur congédiant un salarié. Il s'agit là d'une décision de nature privée relevant du droit du travail, et non d'une décision de nature publique mettant en cause les principes constitutionnels d'indépendance judiciaire et de séparation des pouvoirs. À ce titre, le comité exécutif ne bénéficie pas de la protection du secret du délibéré pour les discussions que ses membres tiennent à huis clos.

Enfin, il n'y a pas lieu de fixer d'avance des limites aux questions qui pourront être posées aux membres du comité exécutif. L'appréciation de la pertinence de la preuve relève de la compétence exclusive de l'arbitre. Il n'appartient pas aux tribunaux de révision de conjecturer sur les questions qui seront potentiellement pertinentes avant même qu'un interrogatoire ne commence. Il reviendra à l'arbitre de trancher les enjeux de pertinence selon les questions qui seront éventuellement posées et de déterminer celles qui font réellement avancer le débat. Si une intervention judiciaire est requise, elle se fera, le cas échéant, une fois que l'arbitre se sera prononcé sur un sujet précis.

Les juges Wagner, Côté et Brown : Il y a désaccord avec la majorité quant à la norme de contrôle judiciaire applicable. Il arrive qu'une question relative à un domaine dans lequel l'arbitre est généralement le maître soit de nature à affecter l'administration de la justice dans son ensemble et qu'elle se rapporte à des principes à l'égard desquels l'arbitre ne dispose d'aucune expertise particulière en ce sens que ces principes ne relèvent pas de la mission spécialisée qui est la sienne. Lorsque la question en cause ne concerne pas simplement l'administration de la preuve en général, mais plutôt la portée de règles aussi fondamentales que celles relatives aux immunités de divulgation et au secret du délibéré, une cour de justice appelée à contrôler la décision prise par un arbitre à cet égard doit pouvoir aller plus loin que d'uniquement déterminer si cette décision est raisonnable. Lorsque cela est nécessaire, elle doit aussi pouvoir substituer son opinion à celle de l'arbitre en cas de décision incorrecte, à moins d'indications claires à l'effet contraire.

La norme de contrôle applicable ne saurait dépendre de la réponse ultimement donnée par une cour de justice à la question en cause, sans risquer de rendre le résultat de l'analyse encore plus imprévisible. C'est plutôt la nature de la question soulevée qui importe. En l'espèce, malgré la présence d'une clause privative et même si le pourvoi s'inscrit dans un contexte d'administration de la preuve dont l'arbitre est maître, les questions en cause sont des questions de droit générales qui, par leur nature, revêtent une importance centrale pour l'administration de la justice

justice as a whole and in respect of which the arbitrator has no particular expertise. Such questions require uniform and consistent answers, which means that both the majority and the dissenting judges of the Court of Appeal, like the Superior Court judge, were right to hold that the applicable standard of review in this case is correctness. However, the result is the same regardless of which standard applies.

Cases Cited

By Gascon J.

Distinguished: *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3; **applied:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; **referred to:** *Montréal (City) v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage v. Morency*, 2000 SCC 62, [2000] 2 S.C.R. 913; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2014 SCC 45, [2014] 2 S.C.R. 323; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106; *Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas-St-Laurent v. Commission scolaire des Monts-et-Marées* (2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481; *Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer v. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île* (2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf C.E.Q. v. Commission scolaire de Portneuf* (1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722; *Association des enseignants de Le Royer v. Commission*

dans son ensemble et à l'égard desquelles l'arbitre ne dispose d'aucune expertise particulière. De telles questions doivent être tranchées de manière uniforme et cohérente, si bien que les juges tant majoritaires que dissident de la Cour d'appel, à l'instar du juge de la Cour supérieure, ont eu raison de conclure que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte. Toutefois, peu importe la norme qui s'applique, le résultat est le même.

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Distinction d'avec les arrêts : *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3; **arrêts appliqués :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés :** *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage c. Morency*, 2000 CSC 62, [2000] 2 R.C.S. 913; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45, [2014] 2 R.C.S. 323; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas-St-Laurent c. Commission scolaire des Monts-et-Marées* (2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481; *Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer c. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île* (2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf*

scolaire régionale Le Royer (1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43; *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), L.R. 5 H.L. 418; *O'Rourke v. Commissioner for Railways* (1890), 15 App. Cas. 371; *Ward v. Shell-Mex*, [1952] 1 K.B. 280; *Re Knight Lumber Co.* (1959), 22 D.L.R. (2d) 92; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Noble China Inc. v. Lei* (1998), 42 O.R. (3d) 69; *Comité de révision de l'aide juridique v. Denis*, 2007 QCCA 126; *Cherubini Metal Works Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale v. Ferland*, [2001] R.J.Q. 2882; *Cie minière Québec Cartier v. Quebec (Grievances arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, 2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *North Island Laurentian Teachers' Union P.A.P.T. v. Commission scolaire Laurenval* (1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262; *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)*, 2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453; *Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN v. Béton St-Hubert inc.*, 2010 QCCA 2270; *Sûreté du Québec v. Lussier*, [1994] R.D.J. 470; *Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield v. Gauthier Cashman*, [1984] R.D.J. 385; *Lethbridge Regional Police Service v. Lethbridge Police Association*, 2013 ABCA 47, 542 A.R. 252; *Canadian Nuclear Laboratories v. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772*, 2015 ONSC 3436; *Blass v. University of Regina Faculty Assn.*, 2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262.

By Côté J.

Distinguished: *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; **referred to:** *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77.

C.E.Q. c. Commission scolaire de Portneuf (1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722; *Association des enseignants de Le Royer c. Commission scolaire régionale Le Royer* (1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43; *Duke of Buccleuch c. Metropolitan Board of Works* (1872), L.R. 5 H.L. 418; *O'Rourke c. Commissioner for Railways* (1890), 15 App. Cas. 371; *Ward c. Shell-Mex*, [1952] 1 K.B. 280; *Re Knight Lumber Co.* (1959), 22 D.L.R. (2d) 92; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Noble China Inc. c. Lei* (1998), 42 O.R. (3d) 69; *Comité de révision de l'aide juridique c. Denis*, 2007 QCCA 126; *Cherubini Metal Works Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale c. Ferland*, [2001] R.J.Q. 2882; *Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *North Island Laurentian Teachers' Union P.A.P.T. c. Commission scolaire Laurenval* (1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262; *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)*, 2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453; *Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN c. Béton St-Hubert inc.*, 2010 QCCA 2270, [2011] R.J.D.T. 19; *Sûreté du Québec c. Lussier*, [1994] R.D.J. 470; *Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield c. Gauthier Cashman*, [1984] R.D.J. 385; *Lethbridge Regional Police Service c. Lethbridge Police Association*, 2013 ABCA 47, 542 A.R. 252; *Canadian Nuclear Laboratories c. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772*, 2015 ONSC 3436; *Blass c. University of Regina Faculty Assn.*, 2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262.

Citée par la juge Côté

Distinction d'avec l'arrêt : *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; **arrêts mentionnés :** *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77.

Statutes and Regulations Cited

Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, s. 18.2.
Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47.
Education Act, CQLR, c. I-13.3, ss. 34.3, 143, 179, 258.1 para. 1(1), 258.4, 261.0.1 to 261.0.6 [ad. 2005, c. 16, s. 11], 261.0.2 [*idem*], 261.0.3 [*idem*], 261.0.7 [*idem*].
Labour Code, CQLR, c. C-27, ss. 1(*f*), 100 et seq., 100.2, 100.12(*a*), (*f*), 139, 139.1, 140.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 48).
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. *Droit de l'arbitrage de grief*, 6e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2012.
Quebec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Verification of Judicial Records: Information Guide for School Boards and Private Schools in Québec*. Québec: The Ministère, 2011.
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada, 4th ed. by Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Gagnon and Savard JJ.A.), 2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95, [2014] AZ-51056975, [2014] J.Q. no 2352 (QL), 2014 CarswellQue 2355 (WL Can.), setting aside a decision of Delorme J., 2012 QCCS 248, [2012] AZ-50826061, [2012] J.Q. no 621 (QL), 2012 CarswellQue 774 (WL Can.). Appeal dismissed.

Yann Bernard, *René Paquette*, *Geneviève Beaudin* and *Kassandra Church*, for the appellants.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 18.2.
Code du travail, RLRQ, c. C-27, art. 1*f*), 100 et suiv., 100.2, 100.12*a*), *f*), 139, 139.1, 140.
Loi sur l'instruction publique, RLRQ, c. I-13.3, art. 34.3, 143, 179, 258.1 al. 1(1), 258.4, 261.0.1 à 261.0.6 [aj. 2005, c. 16, art. 11], 261.0.2 [*idem*], 261.0.3 [*idem*], 261.0.7 [*idem*].
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, c. C-47.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed., Toronto, Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 48).
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.
Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. *Droit de l'arbitrage de grief*, 6e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012.
Québec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *La vérification des antécédents judiciaires : Guide à l'intention des commissions scolaires et des établissements d'enseignement privés du Québec*, Québec, Le ministère, 2011.
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada, 4th ed. by Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich, Gagnon et Savard), 2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95, [2014] AZ-51056975, [2014] J.Q. no 2352 (QL), 2014 CarswellQue 2355 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Delorme, 2012 QCCS 248, [2012] AZ-50826061, [2012] J.Q. no 621 (QL), 2012 CarswellQue 774 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Yann Bernard, *René Paquette*, *Geneviève Beaudin* et *Kassandra Church*, pour les appelantes.

Justine Dauphinais-Sauvé and *Audrey Limoges-Gobeil*, for the respondent Syndicat de l'enseignement de la région de Laval.

Stéphane Forest and *Gaétan Lévesque*, for the respondent Fédération autonome de l'enseignement.

Claudine Morin, *Nathalie Léger* and *Amy Nguyen*, for the intervener.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis and Gascon JJ. delivered by

Gascon J. —

I. Introduction

[1] Any employee, whether in the public or the private sector, has a right to contest disciplinary action taken against him or her and can, in doing so, raise any relevant evidence. For this, the employee may examine the employer's representatives on the reasons for the action and on the decision-making process that led to it.

[2] However, public law immunities protect decisions of an adjudicative, legislative, regulatory, policy or purely discretionary nature made by public bodies. As a result, there are sometimes limits on the right to examine members of the decision-making authorities of such bodies on the considerations on which their decisions are based.

[3] The interplay of these rights and immunities can lead to conflict. This appeal involves one such conflict. At issue is the right of a public body's employee to examine members of a decision-making authority of his or her employer on the motives for their decision to dismiss the employee after deliberations held in camera.

[4] The respondent Syndicat de l'enseignement de la région de Laval ("Union") filed a grievance with respect to the dismissal of a teacher. In the course of the inquiry into the grievance, the appellant Commission scolaire de Laval ("Board") objected to the examination of three commissioners who were

Justine Dauphinais-Sauvé et *Audrey Limoges-Gobeil*, pour l'intimé le Syndicat de l'enseignement de la région de Laval.

Stéphane Forest et *Gaétan Lévesque*, pour l'intimée la Fédération autonome de l'enseignement.

Claudine Morin, *Nathalie Léger* et *Amy Nguyen*, pour l'intervenante.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis et Gascon a été rendu par

Le juge Gascon —

I. Introduction

[1] Que son employeur soit du secteur public ou privé, un salarié est en droit de contester la mesure disciplinaire qu'on lui impose en s'appuyant sur tout élément de preuve pertinent. Cela inclut l'interrogatoire des représentants de son employeur sur les raisons à l'appui de la mesure et sur le processus décisionnel qui y a mené.

[2] En droit public, des immunités protègent par contre les décisions de nature juridictionnelle, législative, réglementaire, politique ou purement discrétionnaire des corps publics. Ainsi, des limites balisent parfois le droit d'interroger les membres de leurs organes décisionnels sur les considérations qui sous-tendent leurs décisions.

[3] L'interaction entre ces droits et ces immunités peut mener à des conflits. Ce pourvoi l'illustre. Il porte sur le droit d'un salarié d'un corps public d'interroger les membres d'un organe décisionnel de son employeur sur les motifs de leur décision de le congédier à la suite de délibérations tenues à huis clos.

[4] L'intimé Syndicat de l'enseignement de la région de Laval (« Syndicat ») a déposé un grief contestant le congédiement d'un enseignant. Lors de l'instruction du grief, l'appelante Commission scolaire de Laval (« Commission ») s'est opposée à l'interrogatoire de trois commissaires membres de

members of its executive committee, which had decided in camera to dismiss the teacher. In the Board's view, the motives of individual members of a collective body that underlie a decision thus made by the body by way of a resolution are "unknowable", and therefore irrelevant. In addition, the executive committee's members were shielded by deliberative secrecy from being compelled to testify regarding their in camera deliberations.

[5] The arbitrator dismissed the Board's objections and allowed the examination of the executive committee's members regarding their deliberations and their decision to dismiss the teacher. On a motion for judicial review, the Superior Court quashed the arbitrator's decision and barred any testimony by members of the executive committee except as regards the formal process that led to their decision that was announced at a public meeting. The majority of the Court of Appeal restored the arbitrator's decision and allowed the examination of the executive committee's members, subject to the usual limits of what is relevant.

[6] I would dismiss the appeal. The principle that the motives of a legislative body are "unknowable" and deliberative secrecy do not apply to a public employer, the Board in this case, that decides to take disciplinary action against an employee, even if an in camera meeting is ordered. The three members of the Board's executive committee can be examined, subject to the limits of what is relevant and to the other rules applicable to the inquiry into the grievance. The arbitrator has exclusive jurisdiction to determine whether any questions that may be asked are relevant.

II. Facts

[7] The Board is a legal person established in the public interest under the *Education Act*, CQLR, c. I-13.3 ("*EA*"). The Union, which is certified under the *Labour Code*, CQLR, c. C-27 ("*L.C.*"), represents a number of the Board's employees, including B, a vocational training instructor employed by the Board since March 2000.

son comité exécutif qui a pris à huis clos la décision de congédier l'enseignant. Selon la Commission, les motifs individuels qui sous-tendent une décision prise ainsi par un organe collectif par voie de résolution seraient « inconnaissables », et donc non pertinents. En outre, le secret du délibéré rendrait les membres du comité exécutif non contraignables pour témoigner sur le contenu de leurs délibérations à huis clos.

[5] L'arbitre a rejeté les objections de la Commission et permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif sur leurs délibérations et sur leur décision de congédier l'enseignant. Saisie d'une requête en révision judiciaire, la Cour supérieure a cassé la décision de l'arbitre et interdit tout témoignage des membres du comité exécutif, sauf sur le processus formel qui a conduit à leur décision communiquée en séance publique. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rétabli la décision de l'arbitre et permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif, dans les limites usuelles de la pertinence.

[6] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Le principe de l'« inconnaissabilité des motifs » d'un corps législatif et le secret du délibéré ne s'appliquent pas à un employeur public, en l'occurrence la Commission, qui prend la décision d'imposer une mesure disciplinaire à un salarié, et ce, même si un huis clos est décrété. L'interrogatoire des trois membres du comité exécutif de la Commission peut avoir lieu, dans les limites de la pertinence et des autres règles applicables à l'instruction du grief. La compétence de juger de la pertinence des questions qui seront éventuellement posées appartient exclusivement à l'arbitre.

II. Les faits

[7] La Commission est une personne morale de droit public constituée en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c. I-13.3 (« *LIP* »). Le Syndicat est accrédité en vertu du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27 (« *C.t.* »), et représente plusieurs salariés de la Commission, dont B, un enseignant en formation professionnelle à son emploi depuis mars 2000.

[8] In the winter of 2009, B's principal asked him to send a declaration concerning his judicial record to the Board's human resources unit. As a result of amendments made to the *EA* in 2006 (S.Q. 2005, c. 16), a school board must "ensure" that "persons who work with minor students and persons who are regularly in contact with minor students . . . have no judicial record relevant to their functions within that . . . board" (s. 261.0.2). The *EA* provides for a mechanism enabling the board to require a job applicant or an employee to send it a declaration concerning his or her judicial record (ss. 261.0.1 to 261.0.6). Where a school board notes that a person holding a teaching licence has a record it considers relevant to that person's functions, it must notably inform the Minister of that fact (s. 261.0.7), and the Minister may refuse to renew the licence or may suspend or revoke it or attach conditions to it (s. 34.3).

[9] The *EA*'s scheme for verifying records provides an exception for an offence for which a "pardon" has been obtained (s. 34.3 para. 1(1) and s. 258.1 para. 1(1)). The *EA* thus reflects the protection provided for in s. 18.2 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 ("*Quebec Charter*"):

18.2. No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

[10] The word "pardon" as used in s. 18.2 of the *Quebec Charter* includes the "pardon" provided for at the time in the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47 ("*CRA*"): *Montréal (City) v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698, at para. 14. Moreover, as is authorized by s. 258.4 *EA*, the Minister prepared a guide entitled *Verification of Judicial Records: Information Guide for School Boards and Private Schools in Québec* (2011), to which the appellants refer in their factum. This guide deals, among other subjects, with pardons (p. 13).

[8] À l'hiver 2009, le directeur de B lui demande de transmettre au service des ressources humaines de la Commission une déclaration relative à ses antécédents judiciaires. En vertu de modifications apportées à la *LIP* en 2006 (L.Q. 2005, c. 16), une commission scolaire doit « s'assure[r] » que « les personnes qui œuvrent auprès de ses élèves mineurs et celles régulièrement en contact avec eux [. . .] n'ont pas d'antécédents judiciaires en lien avec leurs fonctions au sein de cette commission » (art. 261.0.2). La *LIP* prévoit un mécanisme de demande d'une déclaration du candidat à l'embauche ou du salarié quant à l'existence d'antécédents judiciaires (art. 261.0.1 à 261.0.6). Dès qu'une commission scolaire constate que le titulaire d'une autorisation d'enseigner possède des antécédents qui, selon elle, sont en lien avec ses fonctions, elle doit notamment en informer le ministre (art. 261.0.7), qui peut refuser de renouveler, suspendre, révoquer ou maintenir sous conditions l'autorisation d'enseigner (art. 34.3).

[9] Le régime de vérification des antécédents de la *LIP* prévoit des exceptions pour les infractions ayant fait l'objet d'un « pardon » (art. 34.3 al. 1(1) et art. 258.1 al. 1(1)). La *LIP* reflète ainsi la protection prévue à l'art. 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* ») :

18.2. Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

[10] Le mot « pardon » utilisé à l'art. 18.2 de la *Charte québécoise* comprend la « réhabilitation » prévue à l'époque par la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, c. C-47 (« *LCJ* ») : *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698, par. 14. Comme l'autorise l'art. 258.4 *LIP*, le ministre a d'ailleurs élaboré un guide intitulé *La vérification des antécédents judiciaires : Guide à l'intention des commissions scolaires et des établissements d'enseignement privés du Québec* (2011), auquel les appelantes renvoient dans leur mémoire.

Thus, under the *EA*, a teacher who obtained a pardon under the *CRA* is exempted from application of the provisions on the verification of judicial records and on notifying the Minister of the existence of such a record.

[11] In March 2009, in response to his principal's request, B indicated that he had been convicted of possession of a prohibited weapon in March 1980, possession of narcotics for the purpose of trafficking in December 1980 and July 1995, and possession of proceeds of crime in June 1996. It is also alleged that B informed the Board's human resources unit that he had applied for a pardon under the *CRA* and that he expected to obtain one in about June 2009. Moreover, the Union submitted that the principal of the training centre at which B taught had been aware of B's record on hiring him nine years earlier.

[12] After examining the declaration with respect to B's judicial record, the director of the human resources unit expressed the opinion that B's record was relevant to his functions as a teacher. A review committee reached the same conclusion. Under the *EA* (s. 261.0.3), however, the final decision on whether an employee's record is relevant to his or her functions must be made by the Board's authorities, that is, by its council of commissioners or its executive committee (ss. 143 and 179).

[13] On June 29, 2009, B was summoned to attend a special meeting of the Board's executive committee. The committee had to determine whether B's judicial record was relevant to his functions and, if it was, decide whether to resiliate his employment contract. B attended the meeting with a union representative. After hearing B in a [TRANSLATION] "partially in camera meeting" (from which the public was excluded), the executive committee ordered a "totally in camera meeting" (from which the teacher and his representative were excluded) in order to deliberate. Upon completion of these two in camera meetings

Ce guide traite entre autres de la réhabilitation, « communément appelée "pardon" » (p. 13). Ainsi, sous le régime de la *LIP*, l'obtention d'une réhabilitation en vertu de la *LCJ* exempte l'enseignant de l'application des dispositions portant sur la vérification des antécédents judiciaires et sur la notification au ministre de leur existence.

[11] En mars 2009, en réponse à la demande de son directeur, B indique avoir été reconnu coupable de possession d'une arme prohibée en mars 1980, de possession de stupéfiants en vue d'un trafic en décembre 1980 et juillet 1995, ainsi que de possession des produits de la criminalité en juin 1996. B aurait aussi avisé le service des ressources humaines de la Commission qu'il avait présenté une demande de réhabilitation en vertu de la *LCJ* et qu'il pensait l'obtenir vers juin 2009. Selon le Syndicat, le directeur du centre de formation où B enseignait était en outre au courant de l'existence de ces antécédents lors de l'embauche de ce dernier, neuf ans auparavant.

[12] Après examen de la déclaration faisant état de ces antécédents judiciaires, le directeur du service des ressources humaines se dit d'avis qu'il existe un lien entre ceux-ci et les fonctions d'enseignant de B. Un comité de réévaluation qui se penche sur la question conclut dans le même sens. Selon la *LIP* (art. 261.0.3), la décision finale sur l'existence d'un lien entre les antécédents d'un employé et les fonctions qu'il occupe appartient cependant aux instances de la Commission, soit le conseil des commissaires ou son comité exécutif (art. 143 et 179).

[13] Le 29 juin 2009, B est convoqué à une séance extraordinaire du comité exécutif de la Commission. Celui-ci doit déterminer s'il existe un lien entre les antécédents de B et ses fonctions et, le cas échéant, prendre une décision sur la résiliation de son contrat de travail. B se présente à la séance accompagné d'un représentant syndical. Après avoir entendu B lors d'un « huis clos partiel » (excluant le public), le comité exécutif décrète un « huis clos total » (excluant l'enseignant et son représentant) pour délibérer. Au terme de ces huis clos partiel et total d'une durée globale de 27 minutes, le comité, siégeant à nouveau de

that lasted a total of 27 minutes, the committee, sitting in public once again, proceeded to adopt resolution No. 238, which terminated B's employment contract.

[14] This resolution listed the offences of which B had been convicted, noted [TRANSLATION] "the provisions of the [*EA*] concerning judicial records of persons who work with minors" and mentioned the recommendations of the human resources unit and the director general that B's record was relevant to his functions. The executive committee unanimously decided that "the employment relationship between the teacher [B] and the Board [is] resiliated as of this day on the ground of incapacity". In the Board's view, the fact that a teacher has a judicial record that is relevant to his or her functions makes the teacher legally incapable of performing those functions.

[15] On July 2, the Union filed a grievance on B's behalf to contest his dismissal. It alleged that [TRANSLATION] "[t]he procedure for dismissal provided for in the collective agreement was not followed" and that "[t]he board has contravened . . . the [*EA*] and the Quebec Charter". The Board and the Union are bound by both provincial and local collective agreements. The local agreement provides that the Board may dismiss a teacher for one of the following reasons only: [TRANSLATION] ". . . incapacity, failure to discharge his or her duties, insubordination, misconduct or immorality" (clause 5-7.02). It adds that the employment relationship may be terminated "only after thorough deliberations at a meeting of the board's council of commissioners or executive committee called for that purpose" (clause 5-7.06).

[16] On July 3, the day after the grievance was filed and four days after the employment relationship was terminated, the National Parole Board granted B a pardon under the *CRA*.

[17] The inquiry into the grievance began before arbitrator Jacques Doré on May 12, 2010 and on November 3 and 24 of that same year. After the Board had completed its evidence, the Union began

façon publique, procède à l'adoption de la résolution n^{o} 238 qui met fin au contrat de travail de B.

[14] Cette résolution fait état des condamnations de B, souligne « les dispositions de la [*LIP*] portant sur les antécédents judiciaires des personnes œuvrant auprès des mineurs » et mentionne les recommandations du service des ressources humaines et de la direction générale voulant que les antécédents judiciaires de B soient en lien avec ses fonctions. Le comité exécutif décide à l'unanimité que « le lien d'emploi de l'enseignant [B] auprès de la Commission [est] résilié à compter de ce jour au motif d'incapacité ». Selon la Commission, le fait pour un enseignant d'avoir des antécédents judiciaires en lien avec ses fonctions le rend juridiquement incapable d'assumer celles-ci.

[15] Dès le 2 juillet, le Syndicat dépose un grief pour le compte de B contestant son congédiement. Le Syndicat allègue que « [l]a procédure de congédiement prévue à la convention collective n'a pas été suivie » et que « [l]a commission contrevient [. . .] à la [*LIP*] ainsi qu'à la Charte québécoise ». La Commission et le Syndicat sont liés par une convention collective négociée au niveau provincial et par une convention collective locale. Selon cette dernière, la Commission peut congédier un enseignant uniquement pour une des causes suivantes : « . . . incapacité, négligence à remplir ses devoirs, insubordination, inconduite ou immoralité » (clause 5-7.02). De plus, la résiliation du lien d'emploi « ne peut se faire qu'après mûres délibérations à une session du conseil des commissaires ou du comité exécutif de la commission convoquée à cette fin » (clause 5-7.06).

[16] Le 3 juillet, soit le lendemain du dépôt du grief et quatre jours après la résiliation du lien d'emploi, la Commission nationale des libérations conditionnelles octroie à B une réhabilitation en vertu de la *LCJ*.

[17] L'instruction du grief débute devant l'arbitre Jacques Doré le 12 mai 2010 et les 3 et 24 novembre de la même année. Une fois la preuve de la Commission close, le Syndicat commence la présentation

its own by summoning as its first witnesses three members of the executive committee who had been present for the in camera deliberations of June 29, 2009. The Board objected to having them testify, arguing that the motives of individual members of the committee were irrelevant and that deliberative secrecy shielded the members from being examined on what had been said in camera. It asked the arbitrator to limit the scope of the three members' testimony such that they would not be questioned about the in camera deliberations. The Union countered that this testimony would be relevant, admissible and necessary, given that it intended to [TRANSLATION] "contes[t] both the procedure followed and the ground relied on by the employer". The respondent Fédération autonome de l'enseignement ("FAE") intervened in support of the Union's position. The appellant Fédération des commissions scolaires du Québec ("FCSQ") also intervened, asking that the summonses be quashed.

de la sienne en assignant à titre de premiers témoins trois membres du comité exécutif présents lors des délibérations tenues à huis clos du 29 juin 2009. La Commission s'oppose à ces témoignages, faisant valoir que les motivations individuelles des membres du comité ne sont pas pertinentes et que le secret du délibéré empêche leur interrogatoire sur ce qui s'est dit à huis clos. Elle demande à l'arbitre de restreindre les témoignages des trois membres du comité afin qu'aucune question ne leur soit posée sur les délibérations tenues à huis clos. Le Syndicat rétorque que ces témoignages sont pertinents, admissibles et nécessaires compte tenu de son intention de « conteste[r] tant la procédure suivie que le motif invoqué par l'employeur ». L'intimée Fédération autonome de l'enseignement (« FAE ») intervient pour appuyer la position du Syndicat. L'appelante Fédération des commissions scolaires du Québec (« FCSQ ») intervient aussi et demande pour sa part que les assignations soient cassées.

III. Judicial History

III. Historique judiciaire

A. *Arbitrator's Interlocutory Decision*

A. *Sentence interlocutoire de l'arbitre*

[18] The arbitrator rejected the arguments of the Board and the FCSQ and allowed the examination of the members of the executive committee on what had been said in camera. In order to determine in particular whether the committee's deliberations had been [TRANSLATION] "thorough" as required by the collective agreement, he considered it necessary to know their substance, including what had "happened in camera in terms of the information transmitted orally and in writing in the discussions between the members, as well as any objections that were raised, etc." (para. 17). This was especially true given his observation that according to the parties' submissions, the "thorough deliberations" had taken place in camera (para. 14). He noted that "[t]he adjective 'thorough' was not added by the parties to the agreement solely to 'make things look nice'", that it "means something" and that it "adds a dimension to the deliberations" (para. 16).

[18] L'arbitre rejette les arguments de la Commission et de la FCSQ et permet l'interrogatoire des membres du comité exécutif sur ce qui s'est dit à huis clos. Afin de déterminer notamment si les délibérations du comité ont été « mûres » comme l'exige la convention collective, il estime qu'il faut en connaître la teneur, y compris ce qui « s'est passé à huis-clos en regard des informations transmises de vive voix et par écrit, aux discussions qui ont eu lieu entre les membres, voire aux objections qui ont été soulevées, etc. » (par. 17). Cela est d'autant plus vrai que, selon l'arbitre, il ressort des prétentions des parties que les « mûres délibérations » ont eu lieu à huis clos (par. 14). Il note que « [l']adjectif "mûres" n'a pas été ajouté par les parties à l'entente uniquement pour "faire joli" », qu'il « a un sens » et qu'il « ajoute une dimension aux délibérations » (par. 16).

[19] In the arbitrator's opinion, the fact that a body deliberates in camera does not necessarily mean that it benefits from deliberative secrecy. As well, the fact

[19] Pour l'arbitre, délibérer à huis clos ne signifie pas forcément bénéficier du secret du délibéré. Aussi, la possibilité pour le comité exécutif de décider de

that the executive committee can decide unilaterally to sit in camera should not enable its members to shield themselves from scrutiny by a grievance arbitrator (paras. 18-21). However, he said that he would be prepared to hear the testimony of the executive committee's members in camera, if he received a request to that effect, to ensure that they would be able to speak as freely as in their deliberations (para. 22).

B. *Quebec Superior Court (2012 QCCS 248)*

[20] Delorme J., hearing a motion for judicial review of the arbitrator's interlocutory decision, found that the application of deliberative secrecy is a [TRANSLATION] "question of law that is outside the arbitrator's particular area of expertise and is of interest to all school boards" (para. 19 (CanLII)). He accordingly applied the standard of review of correctness (paras. 17-21).

[21] Delorme J. cited *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, to the effect that deliberative secrecy is the rule for administrative tribunals, but that it can be lifted if a litigant presents valid reasons for believing that the tribunal's process was tainted by procedural errors (paras. 27-28 and 31). He added that this Court had held in *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3, that the intentions of members of a municipal council are irrelevant to the determination of whether a resolution adopted by the council is valid. In Delorme J.'s opinion, these principles apply to a school board's decision to resiliate an employment contract (paras. 30-31). He found that the executive committee's decision to deliberate in camera had rendered its deliberations confidential, adding that, although the committee is not required to hold its meetings in public, it has provided in its rules of procedure that they are to be open to the public [TRANSLATION] "unless it decides otherwise" (para. 24). Because the committee chose to deliberate in camera pursuant to its rules of procedure, that choice must be respected (para. 26).

[22] Delorme J. concluded that the examination could not concern [TRANSLATION] "the underlying

façon unilatérale de siéger à huis clos ne devrait pas permettre à ses membres de se soustraire au contrôle des arbitres de grief (par. 18-21). Il se dit toutefois disposé à entendre les témoignages des membres du comité exécutif à huis clos si on le lui demande, afin que ceux-ci puissent jouir de la même liberté de parole que lors de leurs délibérations (par. 22).

B. *Cour supérieure du Québec (2012 QCCS 248)*

[20] Saisi d'une requête en révision judiciaire de la sentence interlocutoire de l'arbitre, le juge Delorme considère que l'application du secret du délibéré constitue une « question de droit qui est étrangère au domaine d'expertise particulier de l'arbitre et qui présente un intérêt pour l'ensemble des commissions scolaires » (par. 19 (CanLII)). Il applique donc la norme de contrôle de la décision correcte (par. 17-21).

[21] Le juge cite l'arrêt *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, selon lequel le secret du délibéré des tribunaux administratifs serait la règle, bien que ce secret puisse être levé si un justiciable démontre l'existence de raisons sérieuses de croire que le processus suivi est entaché de vices de procédure (par. 27-28 et 31). Il ajoute que, selon l'arrêt *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, les intentions des membres d'un conseil municipal ne sont pas pertinentes pour juger de la validité d'une résolution adoptée par le conseil. Pour le juge, ces principes s'appliquent à la décision d'une commission scolaire de résilier un contrat de travail (par. 30-31). Il estime que la décision du comité exécutif de délibérer à huis clos rend les délibérations confidentielles. Le juge souligne que même si les séances du comité exécutif n'ont pas à être tenues publiquement, ce comité a adopté des règles de procédure qui prévoient que ses séances se tiennent en public, « à moins qu'il n'en décide autrement » (par. 24). Puisque le comité a choisi de délibérer à huis clos en vertu de ses règles de procédure, ce choix doit être respecté (par. 26).

[22] Le juge conclut que l'interrogatoire ne peut porter sur « les motifs au fond ou leur élaboration

reasons or the development of those reasons in the minds of the executive committee's members" (para. 44). The latter could be compelled to testify only about the "formal process that led to the decision made in the public meeting" (*ibid.*).

C. *Quebec Court of Appeal (2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95)*

[23] The majority of the Court of Appeal, per Bich J.A., allowed the appeals of the Union and the FAE and restored the arbitrator's interlocutory decision. They, like Delorme J., applied the standard of correctness. In their view, the principle that motives are "unknowable" and deliberative secrecy, on which the Board and the FCSQ relied, are questions of central importance to the legal system as a whole that are outside the arbitrator's specialized area of expertise and require a uniform and consistent answer to ensure legal order (paras. 39-53).

[24] This being said, Bich J.A. held in light of *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, and *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, that a decision with respect to employment, and more specifically with respect to dismissal, made by a public body falls under employment law, whether individual or collective, and not under public law (para. 76). In her opinion, the rule from *Clearwater* does not apply in the case at bar. According to that rule, which is merely a restatement of the principle of relevance, the motives of the members of a public body's decision-making authority in performing functions of a legislative, regulatory, policy or purely discretionary nature are irrelevant to the determination of whether a decision made in such a context is valid (para. 89). However, the Board is not performing such functions in deciding, as in B's case, to dismiss an employee (para. 92).

[25] Furthermore, Bich J.A. held that deliberative secrecy does not apply in the instant case, since the executive committee is not an authority that performs adjudicative functions (para. 124). Also, the fact that the executive committee decided unilaterally to meet

dans la pensée des membres du comité exécutif » (par. 44). Ils ne sont contraignables que pour témoigner sur le « processus formel qui a conduit à la décision prise en séance publique » (*ibid.*).

C. *Cour d'appel du Québec (2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95)*

[23] Les juges majoritaires de la Cour d'appel, sous la plume de la juge Bich, accueillent les appels du Syndicat et de la FAE et rétablissent la sentence interlocutoire de l'arbitre. Comme le premier juge, elles appliquent la norme de la décision correcte. Le principe de l'« inconnaissabilité des motifs » et le secret du délibéré qu'invoquent la Commission et la FCSQ seraient des sujets d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, étrangers au domaine d'expertise spécialisé de l'arbitre et exigeant une réponse uniforme et cohérente afin d'assurer l'ordre juridique (par. 39-53).

[24] Cela dit, à la lumière des arrêts *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la juge Bich estime que la décision d'un corps public en matière d'emploi, et plus spécifiquement en matière de congédiement, relève du droit du travail individuel ou collectif, et non du droit public (par. 76). Elle considère que la règle de l'arrêt *Clearwater* ne s'applique pas en l'espèce. Cette règle, qui ne fait que reprendre le principe de la pertinence, veut que les motifs des membres d'un organe décisionnel d'un corps public, dans l'exercice de ses fonctions législatives, réglementaires, politiques ou purement discrétionnaires, ne sont pas pertinents pour déterminer la validité d'une décision prise dans ce cadre (par. 89). Or, quand la Commission prend la décision de congédier un salarié comme dans le cas de B, elle n'exerce pas de telles fonctions (par. 92).

[25] Par ailleurs, selon la juge Bich, le secret du délibéré ne s'applique guère plus au cas à l'étude, car le comité exécutif n'est pas ici une instance qui exerce des fonctions juridictionnelles (par. 124). En outre, la décision unilatérale du comité exécutif de

in camera is not in itself sufficient to shield its members from being compellable (paras. 102-19).

[26] Bich J.A. noted that the rule of relevance is of general application, including in a proceeding before a grievance arbitrator (para. 59). It is settled law that [TRANSLATION] "the circumstances of and grounds for" a dismissal are relevant to a challenge to the dismissal (paras. 64 and 67). Moreover, clause 5-7.13 of the local collective agreement gives the arbitrator a very broad power to examine the dismissal "from every angle, having regard both to procedure and to substance" (para. 129). This does not, in Bich J.A.'s view, mean "that there are no limits to the questions that can be put to the commissioners who have been summoned" (para. 142). What each decision maker thought at each minute of the deliberations will undoubtedly not be relevant. But it is the arbitrator who must decide whether particular questions are relevant and will further the inquiry into the grievance (para. 143). Bich J.A. noted that if an appellate court were to determine the exact meaning of the expression "thorough deliberations", it would usurp the grievance arbitrator's exclusive jurisdiction to interpret the collective agreement (para. 133).

[27] Gagnon J.A., dissenting, would have dismissed the appeals and affirmed Delorme J.'s judgment. Unlike Delorme J., however, he would have quashed the summonses of the executive committee's members rather than limiting their testimony to the formal process (para. 214). Applying the standard of correctness, Gagnon J.A. concluded that *Clearwater* applies to the decisions of any public collective decision maker, whether acting in a private or public capacity, provided that the communicated decision officially expresses the public body's will (paras. 172-73). Resolution No. 238 of the Board's executive committee is one such decision. It speaks for itself and sets out the grounds for dismissal (paras. 177-79). Thus, although the executive committee's members are in principle compellable (para. 152), given the absence of any allegation of bad faith, examining them would be irrelevant to the determination of whether the dismissal was valid (paras. 174 and 180).

tenir sa séance à huis clos n'est pas en elle-même suffisante pour rendre ses membres incontraignables (par. 102-119).

[26] La juge Bich rappelle que la règle de la pertinence est d'application générale, y compris devant les arbitres de grief (par. 59). Or, il est établi que « les circonstances et les motifs » d'un congédiement sont pertinents pour contester celui-ci (par. 64 et 67). D'ailleurs, la clause 5-7.13 de la convention collective locale confère à l'arbitre le pouvoir très large d'examiner le congédiement « sous toutes ses coutures, tant au regard de la procédure que du fond » (par. 129). Cela ne signifie pas, selon la juge Bich, « que l'on peut adresser n'importe quelle question aux commissaires qui ont été assignés » (par. 142). Ce que chacun des décideurs pensait à chaque minute des échanges ne sera sans doute pas pertinent. C'est cependant l'arbitre qui devra décider si les questions posées sont pertinentes et font avancer le débat (par. 143). La juge Bich note qu'un tribunal d'appel qui déterminerait le sens précis à donner à l'expression « mûres délibérations » empiéterait sur la compétence exclusive de l'arbitre de grief d'interpréter la convention collective (par. 133).

[27] Le juge Gagnon, dissident, aurait pour sa part rejeté les appels et confirmé le jugement du juge Delorme. Contrairement à ce dernier, il aurait toutefois cassé les assignations des membres du comité exécutif plutôt que de restreindre leurs témoignages au processus formel suivi (par. 214). Appliquant la norme de la décision correcte, le juge Gagnon conclut que l'arrêt *Clearwater* régit les décisions de tout organe décisionnel collectif public, qu'il agisse à titre privé ou public, dès lors que la décision communiquée exprime officiellement la volonté du corps public (par. 172-173). La résolution n^{o} 238 du comité exécutif de la Commission constitue une telle décision. Elle parle d'elle-même et fait état des causes du congédiement (par. 177-179). Partant, bien que les membres du comité exécutif soient en principe contraignables (par. 152), en l'absence de toute allégation de mauvaise foi, il n'est pas pertinent de les interroger pour statuer sur le bien-fondé du congédiement (par. 174 et 180).

[28] Gagnon J.A. stressed that the employer is not required to show that the deliberations leading up to the adoption of a resolution for dismissal were adequate (para. 162). In his view, the expression [TRANSLATION] "thorough deliberations" is not "a formal qualitative standard" that will, if it is not met, cause a dismissal to be invalid (para. 188). At any rate, he observed, it can be seen from the evidence that the decision to dismiss "was not made lightly" (para. 206).

IV. Issues

[29] The central issue of the appeal is whether the Union may examine the three commissioners, members of the Board's executive committee, and what the scope of such examinations would be. It will require the Court to determine whether the principle that the motives of a legislative body are "unknowable" and deliberative secrecy are applicable to the facts of this case. It will also be necessary to establish, if the examinations are allowed, what limits will apply to them as a result of the rule of relevance. Before doing this, I must begin by identifying the standard of review that applies to the arbitrator's decision.

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[30] Unlike the judges of the Court of Appeal and the Superior Court, I find that the standard applicable to the arbitrator's interlocutory decision is reasonableness. Whether the examination of the members of the Board's executive committee should be allowed is ultimately an evidentiary issue. The arbitrator has exclusive jurisdiction over such matters. In my opinion, a desire, like that of the appellants, to attribute an excessive scope to this Court's decisions in *Clearwater* and *Tremblay* does not transform this determination into a question of law that is of central importance to the legal system and is outside the arbitrator's area of expertise, such that the standard of correctness should apply.

[28] Le juge Gagnon souligne que l'employeur n'a pas le fardeau de démontrer le caractère adéquat des délibérations qui ont précédé l'adoption d'une résolution de congédiement (par. 162). Selon lui, l'expression « mûres délibérations » ne constitue pas « une norme formelle de nature qualitative » dont le non-respect invaliderait un congédiement (par. 188). De toute façon, à ses yeux, la preuve démontre que la décision de congédier « ne s'est pas prise à la légère » (par. 206).

IV. Les questions en litige

[29] La question centrale du pourvoi est celle de savoir si et dans quelle mesure les trois commissaires membres du comité exécutif de la Commission peuvent être interrogés par le Syndicat. Cela nécessite de statuer sur l'applicabilité du principe de l'« inconnaissabilité des motifs » d'un corps législatif et du secret du délibéré aux faits de l'espèce. Il faut également cerner, le cas échéant, les contraintes que la règle de la pertinence impose à ces interrogatoires. Avant de m'y attarder, je dois d'abord déterminer quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre.

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[30] Contrairement aux juges de la Cour d'appel et de la Cour supérieure, j'estime que la sentence interlocutoire de l'arbitre est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Permettre l'interrogatoire des membres du comité exécutif de la Commission reste en définitive une question d'administration de la preuve. Une telle détermination relève de la compétence exclusive de l'arbitre. À mon avis, le fait de vouloir conférer, à l'instar des appelantes, une portée démesurée aux arrêts de la Cour dans *Clearwater* et *Tremblay* ne transforme pas cette détermination en une question de droit d'importance capitale pour le système juridique, étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, au point de devoir l'assujettir à la norme de la décision correcte.

[31] By virtue of the powers conferred on him or her by s. 100.2 *L.C.*, a grievance arbitrator has full authority and exclusive jurisdiction over evidence and procedure in the arbitration process: *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471, at pp. 487 and 491. In disciplinary matters, the arbitrator has jurisdiction to rule both on the procedure followed and on the substance of the impugned measure: s. 100.12(*f*) *L.C.*; F. Morin and R. Blouin, with the assistance of J.-Y. Brière and J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6th ed. 2012), at pp. 587-88; D. J. M. Brown and D. M. Beatty, with the assistance of C. E. Deacon, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 7-162 to 7-163. He or she also has exclusive jurisdiction to interpret the collective agreement between the parties: ss. 100 and 1(*f*) *L.C.*; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at paras. 50 and 58; *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, at p. 552. The arbitrator in the instant case was asked to interpret, in particular, the expression [TRANSLATION] "thorough deliberations" used in clause 5-7.06 of the agreement between the Board and the Union. In his decision, he concluded that he would have to hear the testimony of the executive committee's members in order to determine whether clauses 5-7.02 and 5-7.06 of that agreement had been complied with when B was dismissed. Clause 5-7.13 provides that he "may annul the . . . decision if the prescribed procedure was not followed or if the grounds for dismissal were unfounded or did not constitute a sufficient basis for dismissal".

[31] En vertu des pouvoirs qui lui sont dévolus par l'art. 100.2 *C.t.*, l'arbitre de grief est maître de la preuve et de la procédure lors de l'arbitrage et il a compétence exclusive à cet égard : *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, p. 487 et 491. En matière disciplinaire, il est compétent pour statuer tant sur la procédure suivie que sur le fond de la mesure attaquée : al. 100.12*f*) *C.t.*; F. Morin et R. Blouin, avec la collaboration de J.-Y. Brière et J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6e éd. 2012), p. 587-588; D. J. M. Brown et D. M. Beatty, avec la collaboration de C. E. Deacon, *Canadian Labour Arbitration* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 7-162 à 7-163. Il a également compétence exclusive pour interpréter la convention collective liant les parties : art. 100 et al. 1*f*) *C.t.*; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 50 et 58; *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, p. 552. Ici, l'arbitre était notamment appelé à interpréter l'expression « mûres délibérations » de la clause 5-7.06 de la convention liant la Commission et le Syndicat. Dans sa sentence, il a conclu qu'il était nécessaire d'entendre les témoignages des membres du comité exécutif afin de statuer sur le respect des clauses 5-7.02 et 5-7.06 de cette convention lors du congédiement de B. Aux termes de la clause 5-7.13, il « peut annuler la décision [. . .] si la procédure prescrite n'a pas été suivie ou si les motifs de renvoi ne sont pas fondés ou ne constituent pas une raison suffisante de renvoi ».

[32] In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, the Court stated that when an administrative tribunal interprets or applies its home statute, there is a presumption that the standard of review applicable to its decision is reasonableness: paras. 39 and 41; see also *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 35; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paras. 26 et 28; *Dunsmuir*, at para. 54. That presumption applies in the case at bar. The arbitrator's decision to allow the Union to examine the executive committee's members was based on his conclusion

[32] Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, la Cour indique qu'il existe une présomption voulant que la décision d'un tribunal administratif interprétant ou appliquant sa loi habilitante est assujettie au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable : par. 39 et 41; voir aussi *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26 et 28; *Dunsmuir*, par. 54. Cette présomption s'applique en l'espèce. La décision de l'arbitre de permettre l'interrogatoire des membres du comité exécutif par le

that their testimony would be helpful to him in determining whether the collective agreement and the legislation had been complied with. This conclusion flowed from his interpretation of the local agreement between the parties and of the *EA*. His home statute, the *Labour Code*, provides that an arbitrator may "interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance" (s. 100.12(*a*)). The Court has held that a reviewing court owes the greatest possible deference to an interpretation of provisions of the *EA* by a grievance arbitrator in an educational setting: *Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage v. Morency*, 2000 SCC 62, [2000] 2 S.C.R. 913, at para. 1.

[33] The presumption is reinforced by the fact that the Court has held that the usual standard for judicial review of decisions of grievance arbitrators is reasonableness: *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 7; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 8; *Dunsmuir*, at para. 68. The Court added in *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, that this standard is equally appropriate where the arbitrator applies or adapts, for example, common law and equitable doctrines that emanate from the courts (paras. 5-6, 31 and 44-45). This is because the grievance arbitrator is part of a discrete and special administrative scheme under which the decision maker has specialized expertise. In Quebec, moreover, the grievance arbitrator is protected by general full privative clauses: ss. 139, 139.1 and 140 *L.C.*; *United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2014 SCC 45, [2014] 2 S.C.R. 323, at para. 89.

[34] The presumption from *Alberta Teachers* has not been rebutted in the instant case. The issues in this case are not included in the narrow class of issues identified in *Dunsmuir* for which the applicable

Syndicat est basée sur sa conclusion que leurs témoignages seront utiles à la détermination du respect de la convention collective et de la loi. Cette conclusion découle de son interprétation de la convention locale liant les parties ainsi que de la *LIP*. Sa loi habilitante, le *Code du travail*, prévoit que l'arbitre peut « interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief » (al. 100.12*a*)). La Cour a établi que l'interprétation faite par un arbitre de grief en milieu scolaire de dispositions de la *LIP* doit recevoir le plus haut degré de déférence des tribunaux de révision : *Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage c. Morency*, 2000 CSC 62, [2000] 2 R.C.S. 913, par. 1.

[33] Cette présomption est renforcée par le fait que, selon la jurisprudence, la révision judiciaire des sentences rendues par les arbitres de grief est généralement assujettie à la norme de la décision raisonnable : *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 7; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 8; *Dunsmuir*, par. 68. Dans *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, la Cour précise que cette norme de contrôle prévaut tout autant lorsque l'arbitre applique ou adapte par exemple des doctrines de common law et d'equity émanant des tribunaux (par. 5-6, 31 et 44-45). Cela s'explique par le fait que l'arbitrage de grief constitue un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spécialisée. Au Québec, les arbitres de grief bénéficient du reste de clauses privatives générales intégrales : art. 139, 139.1 et 140 *C.t.*; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45, [2014] 2 R.C.S. 323, par. 89.

[34] La présomption établie par l'arrêt *Alberta Teachers* n'est pas réfutée ici. Les questions que soulève le litige ne font pas partie de la catégorie restreinte de questions pour lesquelles l'arrêt *Dunsmuir*

standard is correctness. As the Court explained in *Dunsmuir*, that standard can apply to questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and are outside the decision maker's area of expertise (paras. 55 and 60). Such questions must sometimes be dealt with uniformly by courts and administrative tribunals "[b]ecause of their impact on the administration of justice as a whole" (para. 60). However, questions of this nature are rare and tend to be limited to situations that are detrimental to "consistency in the fundamental legal order of our country": *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ("*Mowat*"), at para. 22; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paras. 26-27; see also *Dunsmuir*, at para. 55.

[35] Bich J.A. maintained that the questions related to the principle that motives are "unknowable" and deliberative secrecy are of central importance to the legal system because they concern [TRANSLATION] "all decisions made by public (or even private) bodies that act through collective decision-making authorities" (para. 49). In her opinion, they are questions that could be raised not only before arbitrators or administrative tribunals, but also in any court of law. She stressed that these questions do not form part of "the arbitrator's specialized area of adjudicative expertise" (para. 51). With respect, this characterization seems to disregard what the appellants are actually asking for and what the arbitrator ultimately decided.

[36] The arbitrator was asked, in the context of his interpretation of the *Labour Code*, the *EA* and the collective agreement between the parties, to decide on the application of well-known and uncontroversial rules and principles. On the one hand, while it is true that this Court has never applied *Clearwater* to facts like the ones in the case at bar, the scope of that case was clearly defined by Binnie J., who stated that the "rule" in question related to whether the testimony of members of a legislative body would be relevant (para. 45). In their respective reasons, both

prévoit l'application de la norme de la décision correcte. Selon *Dunsmuir*, cette norme peut s'appliquer aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui se situent hors du domaine d'expertise du décideur (par. 55 et 60). De telles questions doivent parfois être traitées de façon uniforme par les tribunaux judiciaires et administratifs, « étant donné [leurs] répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble » (par. 60). Cependant, les questions de cette nature restent rares et se limitent le plus souvent à des situations qui mettent en cause la « cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays » : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 22; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 26-27; voir aussi *Dunsmuir*, par. 55.

[35] La juge Bich soutient que les questions relatives au principe de l'« inconnaissabilité des motifs » et au secret du délibéré revêtent une importance capitale pour le système juridique parce qu'elles touchent « l'ensemble des décisions prises par les corps publics (voire même privés) agissant par l'entremise d'organes décisionnels collectifs » (par. 49). Elle opine que ce sont des questions susceptibles d'être soulevées non seulement devant des arbitres ou des tribunaux administratifs, mais aussi devant toute cour de justice. Elle souligne que ces questions ne font pas partie du « champ spécialisé de l'expertise juridictionnelle de l'arbitre » (par. 51). Avec égards, j'estime que cette qualification fait abstraction de ce que les appelantes demandent en réalité et de ce que l'arbitre a en définitive décidé.

[36] Dans le contexte de son interprétation du *Code du travail*, de la *LIP* et de la convention collective liant les parties, l'arbitre était appelé à statuer sur l'application de règles et de principes bien connus et non controversés. D'une part, même si la Cour n'a jamais appliqué l'arrêt *Clearwater* à des faits semblables à ceux de l'espèce, la portée de cette décision est clairement délimitée par les propos du juge Binnie qui indiquent que la « règle » en cause vise la pertinence des témoignages des membres d'un corps législatif (par. 45). Dans leurs

Delorme J. (at para. 29) and Bich J.A. (at para. 46) referred to "relevance" to characterize what must be considered as a result of *Clearwater*. Because the arbitrator has full authority over evidence and procedure in an inquiry into a grievance, it is up to the arbitrator to apply the rule of relevance to the facts of the case in such a way as he or she deems helpful for the purpose of ruling on the grievance. This is exactly what the arbitrator did in the instant case in concluding that what took place in the executive committee's in camera deliberations was relevant. A reviewing court owes deference to the arbitrator's decision. Moreover, the appellants themselves recognize in this Court that their arguments against allowing the commissioners to be called to testify about those deliberations are based on the question whether that testimony would be relevant. With this in mind, applying the standard of correctness cannot be justified.

[37] On the other hand, as regards deliberative secrecy, its scope is well known. The appellants are not asking that this scope be expanded. Bich J.A. agreed on this point when she wrote that the appellants [TRANSLATION] "are employing a concept here that does not apply in the circumstances" (para. 123). As a result, all the arbitrator had to do in this regard was to apply a known rule in order to decide whether deliberative secrecy shielded the executive committee's deliberations in the context of B's dismissal. In light of the arbitrator's broad jurisdiction over evidence and procedure, this does not amount to a question of law of central importance that is outside his area of expertise.

[38] Although my colleague Côté J. does not call the reasonableness of the arbitrator's decision into question, she finds that the standard of correctness should apply to it instead. On this point, her concurring reasons stray, in my humble opinion, from the Court's decisions in *Nor-Man*, *Alberta Teachers* and *Dunsmuir*, among others. The questions of evidence and procedure that arise here with respect to the principle that motives are "unknowable" and to deliberative secrecy in the context of an employer's collective decision-making authority are not outside the arbitrator's area of expertise. Nor does the application of that principle and of deliberative secrecy to

motifs respectifs, tant le juge Delorme (par. 29) que la juge Bich (par. 46) renvoient à cette notion de pertinence pour qualifier le débat qui découle de cet arrêt. Puisque l'arbitre est maître de la preuve et de la procédure lors de l'instruction d'un grief, il lui appartient d'appliquer la règle de la pertinence aux faits du dossier selon ce qu'il considère utile pour trancher le grief. C'est précisément ce que l'arbitre a fait ici en concluant à la pertinence du contenu des délibérations tenues à huis clos par le comité exécutif. Cette décision bénéficie de la déférence du tribunal siégeant en révision. D'ailleurs, les appelantes reconnaissent elles-mêmes devant nous que leurs arguments sur l'inadmissibilité des témoignages relatifs à ces délibérations sont fondés sur une évaluation de la pertinence de ces témoignages. Dans ce contexte, une révision selon la norme de la décision correcte ne se justifie pas.

[37] D'autre part, quant au secret du délibéré cette fois, les balises de son champ d'application sont bien connues. Les appelantes ne demandent pas de les élargir. La juge Bich en convient quand elle écrit à ce sujet que ces dernières « usent ici d'un concept qui ne s'applique pas aux circonstances » (par. 123). Aussi, à ce chapitre, l'arbitre n'avait qu'à appliquer une règle connue pour décider si le secret du délibéré protégeait ou non les délibérations du comité exécutif dans le cadre du congédiement de B. Il n'y a là aucune question de droit d'importance capitale qui soit hors du champ d'expertise de l'arbitre étant donné sa large compétence en matière de preuve et de procédure.

[38] Tout en ne remettant pas en question le caractère raisonnable de la décision de l'arbitre, ma collègue, la juge Côté, estime que la norme de la décision correcte devrait plutôt s'y appliquer. Sous ce rapport, ses motifs concordants s'inscrivent à mon humble avis à contre-courant des arrêts de la Cour dans *Nor-Man*, *Alberta Teachers* et *Dunsmuir* notamment. Les questions de preuve et de procédure qui se soulèvent ici au regard du principe de l'« inconnaissabilité des motifs » et du secret du délibéré d'un organe décisionnel collectif d'un employeur ne sont pas étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre. L'application de ce principe et de ce secret

a fact situation characteristic of a dismissal amount to a question that is detrimental to consistency in the country's fundamental legal order. Once this is established, maintaining that the concepts at issue do not fall solely within the arbitrator's expertise in the area or jurisdiction over the matter (paras. 82 and 84 of my colleague's reasons), or that one of them is a general principle of law that applies to other legal fields (para. 82 of her reasons), is not in my opinion enough to justify dispensing with the deferential standard that is required in such a case: *Nor-Man*, at para. 55, citing the majority in *Smith*, at para. 26, and *Dunsmuir*, at para. 60; *Mowat*, at para. 23.

[39] In the instant case, in light of the information available to him at the time of the summonses, and of the content of the collective agreement and the applicable legislation, the arbitrator allowed the examination of the members of the Board's executive committee in the grievance proceeding before him. It is this decision that is at issue in the judicial review proceedings, and it was reasonable. The reasons for the arbitrator's decision are transparent and intelligible, and the justification given for it is sufficient; it falls within a range of possible acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law (*Dunsmuir*, at para. 47). Neither the argument that the motives were "unknowable" nor that of deliberative secrecy, on which the appellants rely, counters this conclusion. At this point, all the arbitrator has done is to allow the examination of the members of the executive committee to begin. He has not yet ruled on the relevance of specific questions, as none had been asked yet when the Board objected to the witnesses being called.

B. *Motives are "Unknowable"*

[40] The appellants submit that the arbitrator erred in not applying the principle that motives are "unknowable" when he allowed the examination of the executive committee's members. In the appellants' opinion, the Court held in *Clearwater* that a rule to this effect applies to any collective decision-making body that makes a decision in writing. The motives of such a body are never relevant to a review by a court, arbitrator or administrative tribunal of the validity of an impugned decision. Thus, the appellants

à une situation factuelle propre à un congédiement ne se qualifie pas non plus de question qui met en cause la cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. Une fois cela acquis, il ne suffit pas selon moi de soutenir que les concepts traités ne relèvent pas uniquement de l'expertise ou de la compétence de l'arbitre en la matière (par. 82 et 84 des motifs de ma collègue), ou que l'un de ceux-ci constitue un principe de droit général applicable à d'autres domaines du droit (par. 82 de ses motifs), pour écarter la norme de déférence qui s'impose dans un tel cas : *Nor-Man*, par. 55, citant la majorité dans *Smith*, par. 26, et *Dunsmuir*, par. 60; *Mowat*, par. 23.

[39] En l'espèce, devant l'information à sa disposition au moment des assignations et la teneur de la convention collective et des lois applicables, l'arbitre a permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif de la Commission dans le cadre du grief dont il était saisi. C'est cette décision qui fait l'objet de la révision judiciaire au cœur du débat et elle était raisonnable. Les motifs de la sentence rendue sont transparents et intelligibles et sa justification, bien étayée; elle appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, par. 47). Ni l'argument de l'« inconnaissabilité des motifs », ni celui du secret du délibéré qu'invoquent les appelantes ne font échec à cette conclusion. À ce stade, l'arbitre a simplement permis que débute le témoignage des membres du comité exécutif. Il n'a pas encore statué sur la pertinence de questions particulières puisqu'aucune n'avait encore été posée quand la Commission s'est opposée aux témoignages.

B. *L'« inconnaissabilité des motifs »*

[40] Les appelantes reprochent à l'arbitre d'avoir écarté le principe de l'« inconnaissabilité des motifs » en permettant l'interrogatoire des membres du comité exécutif. Selon elles, l'arrêt *Clearwater* de la Cour reconnaîtrait un tel principe d'« inconnaissabilité des motifs » à tout organe décisionnel collectif qui prend une décision par écrit. Ces motifs ne seraient jamais pertinents pour procéder à l'examen judiciaire, arbitral ou administratif du bien-fondé de la décision attaquée. Ainsi, toujours selon les

argue, because the Board's executive committee recorded the result of its decision-making process in a resolution, that resolution sets out everything that is needed to explain the decision to dismiss teacher B. The motives of the individual committee members are not relevant, as the resolution is proof of its content.

[41] To the appellants, the principle that motives are "unknowable" must apply to every public body, regardless of whether its acts are public or private in nature, as well as to every private body. The sole criterion for finding that the motives of such a body are "unknowable" is the requirement that it act collectively and speak by way of a resolution or other official document, such that the decision is made by no individual member.

[42] In my opinion, the appellants are wrong. Their argument attributes an excessive scope to *Clearwater*. It was reasonable for the arbitrator to choose not to apply that case to the decision of the Board's executive committee to dismiss its teacher.

[43] In *Clearwater*, a land developer was contesting the validity (in the sense of legality or *vires*) of a resolution adopted by a municipal council. The developer wanted to show that the council had acted unlawfully in authorizing, by way of resolution, a judicial inquiry into transactions involving the developer. To prove this, it sought to summon as witnesses certain members of the municipal council who had voted for the resolution.

[44] This Court rejected this attempt to summon the municipal council members. In the key passage quoted by the appellants, Binnie J. wrote the following:

> The motives of a legislative body composed of numerous persons are "unknowable" except by what it enacts. Here the municipal Council possessed the [power under s. 100 of its enabling legislation] and exercised it in the form of a resolution which speaks for itself. While some members of the present or previous Sarnia Council may have made statements which suggest a desire to unmask

appelantes, puisque le comité exécutif de la Commission a consigné le fruit de son processus décisionnel dans une résolution, cette dernière exprimerait tout ce qui est nécessaire pour expliquer la décision de congédier l'enseignant B. Les motifs individuels des membres de ce comité ne seraient pas pertinents, la résolution faisant foi de son contenu.

[41] Pour les appelantes, le principe de l'« inconnaissabilité des motifs » devrait s'appliquer à tout organe public, qu'il pose des actes de nature publique ou privée, ainsi qu'à tout organe privé. Le seul critère qui rendrait les motifs d'un tel organe « inconnaissables » est l'exigence qu'il agisse collectivement et s'exprime par voie de résolution ou d'écrit officiel, de sorte que la décision n'appartiendrait à aucun de ses membres pris individuellement.

[42] J'estime que les appelantes se trompent. Leur argument donne une portée démesurée à l'arrêt *Clearwater*. L'arbitre a agi de façon raisonnable en choisissant de ne pas y adhérer dans le contexte de la décision du comité exécutif de la Commission de congédier son enseignant.

[43] L'arrêt *Clearwater* concernait la contestation par un promoteur immobilier de la validité (dans le sens de légalité ou *vires*) d'une résolution adoptée par un conseil municipal. Le promoteur souhaitait démontrer que le conseil avait agi de manière illégale en autorisant par voie de résolution une enquête judiciaire sur ses opérations. Afin d'en faire la preuve, il cherchait à faire témoigner des membres du conseil municipal qui avaient voté pour l'adoption de la résolution.

[44] La Cour a rejeté cette tentative d'assigner les membres du conseil municipal. Dans le passage clé cité par les appelantes, le juge Binnie écrit ceci :

> Les motifs d'un corps législatif composé de nombreuses personnes sont « inconnaissables », à l'exception de ce qui ressort des dispositions qu'il adopte. En l'espèce, le conseil municipal avait le pouvoir prévu à l'art. 100 [de sa loi habilitante], et l'a exercé sous forme de résolution qui parle d'elle-même. Même si certains membres de l'ancien ou de l'actuel conseil municipal de Sarnia ont

alleged misconduct, the inquiry will not be run by city councillors but by . . . a Superior Court judge, who will take his direction from the s. 100 Resolution, not from press reports of comments of some of the city politicians. Accordingly the courts below were correct to quash the summonses and strike from the record certain other evidence. While courts should be slow to interfere with a party's effort to build its case, they should set aside summonses where, as here, the evidence sought to be elicited has no relevance to a live issue in the judicial review applications . . . . [Emphasis added; para. 45.]

[45] It is true that *Clearwater* concerned the relevance of a legislative body's motives and that, in that case, the summonses were quashed on the basis that they were not relevant. But it is wrong to say that *Clearwater* established a rule of relevance that applies to every collective decision made by a decision-making body by means of an official document regardless of the nature of the decision or of the body making it. Rather, the "unknowable" motives in question are those that led a legislative body to adopt provisions of a legislative nature, that is, to carry out acts of a public nature. There is nothing in Binnie J.'s analysis to support extending his conclusion respecting irrelevance in the manner suggested by the appellants.

[46] In *Clearwater*, Binnie J. relied, *inter alia*, on *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, noting that "[t]his case provides a good illustration of why the rule in *Thorne's Hardware* . . . is salutary" (para. 44). However, the claim in *Thorne's Hardware* had been that an order in council made by the Governor in Council that extended the limits of a port was unlawful and discriminatory. The parties contesting the decision wished to adduce the Governor in Council's motives in evidence. Dickson J. (as he then was) wrote that "[d]ecisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and not reviewable in legal proceedings" (p. 111). Because of this, "[i]t is neither our duty nor our right to investigate the motives which impelled the federal Cabinet to pass the [impugned] Order in

pu faire des déclarations qui traduisent une volonté d'exposer au grand jour une prétendue inconduite, l'enquête sera menée non pas par des conseillers municipaux, mais par [. . .] un juge de cour supérieure, qui s'en remettra aux directives prévues dans la résolution fondée sur l'art. 100, et non aux commentaires de certains politiciens municipaux relatés dans la presse. En conséquence, les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison d'annuler les assignations et de radier du dossier certains autres éléments de preuve. Bien que les tribunaux doivent hésiter à entraver les efforts déployés par une partie pour établir sa preuve, ils devraient annuler les assignations si, comme en l'espèce, la preuve que l'on cherche à obtenir n'a rien à voir avec une question soulevée dans les demandes de contrôle judiciaire . . . [Je souligne; par. 45.]

[45] Il est vrai que l'arrêt *Clearwater* traite de la pertinence des motifs d'un corps législatif et que, dans cet arrêt, les assignations ont été annulées en raison de leur non-pertinence. Cependant, il est inexact d'affirmer que l'arrêt *Clearwater* établit une règle de pertinence applicable à toute décision collective prise par un organe décisionnel dans un écrit officiel, peu importe la nature de la décision ou du corps qui l'adopte. Les motifs « inconnaissables » sont plutôt ceux qui sont propres à un corps législatif lorsqu'il adopte des dispositions de nature législative, c'est-à-dire lorsqu'il pose des gestes de nature publique. Rien dans l'analyse du juge Binnie ne permet d'étendre sa conclusion sur la non-pertinence comme le suggèrent les appelantes.

[46] Dans *Clearwater*, le juge Binnie s'appuie entre autres sur l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, et fait remarquer que « [l]a présente affaire illustre bien la raison pour laquelle la règle de l'arrêt *Thorne's Hardware* [. . .] est salutaire » (par. 44). Or, dans *Thorne's Hardware*, on contestait comme illégal et discriminatoire un décret pris par le gouverneur en conseil qui étendait les limites d'un port. Les parties qui contestaient la décision voulaient mettre en preuve les motifs du gouverneur en conseil. Dans cette affaire, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrit que « [l]es décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires » (p. 111). Par conséquent, « [n]ous n'avons ni le droit

Council" (*Thorne's Hardware*, at p. 112). Given that the Governor in Council's decision was purely one of policy and was discretionary in nature, the motives behind it were not relevant to the determination of whether it was lawful. In that case, too, whether the motives of the body that had made the decision were relevant depended on the nature of the decision itself.

[47] In my opinion, Bich J.A. was right that the rule from *Clearwater*, to the extent that it can in fact be regarded as distinct from the simple rule of relevance, applies only to decisions of a legislative, regulatory, policy or purely discretionary nature made by public bodies (para. 95). In other words, it applies to decisions made by a public body when it carries out acts of a public nature. In the case at bar, the executive committee's decision was made in a completely different context. Resolution No. 238 concerned a decision to dismiss one of the Board's teachers under the procedure provided for in the collective agreement.

[48] In *Dunsmuir*, this Court held that in the context of an employment contract, the dismissal of a public sector employee is as a general rule governed by the law of contracts and employment law, and not by public law principles. Bastarache and LeBel JJ., writing for the majority, stated that "the existence of a contract of employment, not the public employee's status as an office holder, is the crucial consideration" (para. 102). Thus, where a contractual relationship exists between an employee and a public employer, "disputes relating to dismissal should be resolved according to the express or implied terms of the contract of employment and any applicable statutes and regulations" (para. 113).

[49] In that case, the Court relied on its earlier decision in *Wells*, in which it had rejected the argument that the principles of public law (namely those of administrative law) are applicable to a dispute concerning the employment of a public servant:

While the terms and conditions of the contract may be dictated, in whole or in part, by statute, the employment

ni l'obligation de mener une enquête sur les motifs qui ont pu inciter le cabinet fédéral à prendre le décret [contesté] » (*Thorne's Hardware*, p. 112). La décision du gouverneur en conseil étant de nature purement politique et discrétionnaire, les motifs qui la sous-tendent étaient non pertinents pour juger de la légalité de la décision. Là encore, la nature particulière de la décision déterminait la pertinence des motifs du corps qui l'avait prise.

[47] À mon avis, la juge Bich a raison d'affirmer que la règle de *Clearwater*, dans la mesure où on peut effectivement la considérer comme distincte de la simple règle de la pertinence, ne concerne que les décisions de nature législative, réglementaire, politique ou purement discrétionnaire des organes publics (par. 95). Autrement dit, la règle s'applique lorsqu'il s'agit de décisions prises par un organe public qui pose des actes de nature publique. Or, en l'espèce, la décision du comité exécutif s'inscrit dans un tout autre contexte. La résolution n^{o} 238 concerne la décision de congédier un enseignant de la Commission en vertu de la procédure prévue à la convention collective.

[48] Dans *Dunsmuir*, la Cour a conclu que, en présence d'un contrat de travail, le congédiement d'un employé du secteur public est en règle générale régi par le droit des contrats et le droit du travail, et non par les principes du droit public. Dans leurs motifs majoritaires, les juges Bastarache et LeBel indiquent que « c'est l'existence d'un contrat d'emploi, et non la qualité de titulaire de charge publique de l'employé, qui est déterminante » (par. 102). Par conséquent, en présence d'un lien contractuel entre un salarié et son employeur public, « tout différend relatif au congédiement doit être réglé comme le prévoit expressément ou implicitement le contrat d'emploi et conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables » (par. 113).

[49] Dans cet arrêt, la Cour s'appuyait sur son arrêt antérieur *Wells*, où elle avait rejeté l'argument selon lequel les principes du droit public (en l'occurrence, du droit administratif) sont applicables à un différend relatif à l'emploi d'un fonctionnaire :

Bien que les conditions d'un contrat puissent être prévues, en totalité ou en partie, par une loi, la relation du

relationship remains a contract in substance and the general law of contract will apply unless specifically superseded by explicit terms in the statute or the agreement. [para. 30]

Since *Wells*, it is established that the principles of contract law are presumed to apply to the majority of public sector jobs, the exception being where there is an express statutory provision to the contrary: P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 336. The Court held that this rule applied in a context in which "[t]he majority of civil servants . . . are unionized and employed under collective agreements which define the terms of their work as well as the Crown's obligations towards them": *Wells*, at para. 23; Hogg, Monahan and Wright, at p. 336. The fact that relationships between employees and public employers are often governed by collective agreements has no impact on the application of the conclusions reached by the Court in *Dunsmuir*.

[50] In the instant case, even though the Board is a legal person established in the public interest under the *EA*, it was acting as an employer when it decided to dismiss teacher B by way of a resolution of its executive committee. That decision had an effect on the employment contract between B and the Board and was made in the context of a process provided for in the collective agreement between the parties. It was not a decision of a legislative, regulatory, policy or discretionary nature. Rather, it was made in the context of the very type of contractual relationship that was at issue in *Dunsmuir* and *Wells*. In reviewing such a decision, a grievance arbitrator applies the principles of employment law that are applicable to any dismissal. As a result, this case is clearly distinguishable from *Clearwater*. A rule of relevance based on the public nature of an impugned decision does not apply here.

[51] This conclusion is further strengthened by the appellants' acknowledgment that the executive committee's members can at the very least be compelled to testify on certain aspects of the in camera deliberations and on the grounds for the dismissal. They conceded at the hearing before us that the Union can, among other things, ask the members if, in

travail demeure fondamentalement un contrat et le droit général en matière de contrat s'applique, à moins que des termes explicites dans la loi ou l'entente ne le remplacent expressément. [par. 30]

Depuis *Wells*, il est acquis que la majorité des emplois dans le secteur public sont présumés être régis par les règles du droit des contrats, à moins d'une disposition législative expresse au contraire : P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4e éd. 2011), p. 336. La Cour a reconnu que cette règle s'applique dans un contexte où « la majorité des fonctionnaires sont syndiqués et bénéficient de conventions collectives qui définissent leurs conditions de travail ainsi que les obligations de la Couronne à leur égard » : *Wells*, par. 23; Hogg, Monahan et Wright, p. 336. Le fait que, dans plusieurs cas, la relation entre un salarié et son employeur public soit régie par une convention collective n'a aucune incidence sur l'application des conclusions de la Cour dans *Dunsmuir*.

[50] Dans le cas présent, même si la Commission est une personne morale de droit public constituée en application de la *LIP*, elle agissait à titre d'employeur en prenant la décision de congédier l'enseignant B par résolution de son comité exécutif. Cette décision a eu un effet sur le contrat de travail liant B à la Commission et a été prise dans le cadre d'un processus prévu par la convention collective qui lie les parties. Elle n'est pas de nature législative, réglementaire, politique ou discrétionnaire. Elle s'inscrit plutôt précisément dans le cadre d'une relation contractuelle telle que celles visées par *Dunsmuir* et *Wells*. Le contrôle ou la révision d'une telle décision par l'arbitre de grief se fait en application des principes du droit du travail applicables à tout congédiement. Par conséquent, la présente affaire se distingue nettement de l'arrêt *Clearwater*. Une règle de pertinence basée sur la nature publique de la décision contestée ne trouve pas application ici.

[51] Cette conclusion s'impose d'autant plus en raison de la reconnaissance par les appelantes du fait que les membres du comité exécutif sont contraignables pour, à tout le moins, témoigner sur certains aspects des délibérations tenues à huis clos et sur le fond du congédiement. À l'audience devant nous, elles concèdent en effet que le Syndicat peut entre

their deliberations, they considered the possibility of B's being pardoned or if they thought that the *EA* requires an automatic dismissal as soon as the executive committee concludes that an employee's judicial record is relevant to his or her functions. This concession is poles apart from Binnie J.'s conclusion in *Clearwater* that the members of the municipal council could in no way be called to testify on the motives behind their decision to adopt a resolution.

autres demander aux membres du comité exécutif s'ils ont considéré l'éventuelle réhabilitation de B dans leur réflexion ou s'ils pensaient que la *LIP* exige automatiquement le congédiement dès lors que le comité exécutif conclut à l'existence d'un lien entre les antécédents judiciaires d'un salarié et ses fonctions. Cette concession est aux antipodes de la conclusion du juge Binnie dans *Clearwater* selon laquelle les membres du conseil municipal ne pouvaient en aucune manière être appelés à témoigner sur les motifs sous-tendant leur décision d'adopter une résolution.

[52] Furthermore, it is quite hard to distinguish questions concerning the process that led to a decision from questions concerning the motives behind the decision. A single question could be useful for determining both whether the process was lawful and whether the disciplinary sanction satisfies the substantive requirements provided for in the collective agreement and in labour legislation. For example, the question whether the members of the executive committee considered the existence of B's application for a pardon might be relevant to the assessment of the process followed by the committee. The same question might also be relevant to the assessment of the validity of the committee's substantive decision.

[52] Du reste, il est plutôt ardu de distinguer les questions portant sur le processus menant à une décision et celles portant sur les motifs sous-tendant la décision. Une même question pourrait être utile à la fois pour juger de la légalité du processus suivi et pour déterminer si la sanction disciplinaire est conforme aux exigences de fond prévues par la convention collective et les lois du travail. Par exemple, la question de savoir si les membres du comité exécutif ont considéré l'existence de la demande de réhabilitation faite par B peut être pertinente pour l'évaluation du processus suivi par le comité. La question peut également viser l'évaluation du bien-fondé de la décision du comité sur le fond.

[53] This leads me to conclude that it was reasonable for the arbitrator to rule that he needed to know what had taken place in camera in order to determine whether the executive committee's deliberations had been thorough. His decision on this point was consistent with those of several grievance arbitrators who had in the past allowed the examination of school board officials regarding in camera deliberations in disciplinary matters: *Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas-St-Laurent v. Commission scolaire des Monts-et-Marées* (2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481, at paras. 59-60 and 66-69; *Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer v. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île* (2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049, at pp. 1051-52; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf C.E.Q. v. Commission scolaire de Portneuf* (1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722; *Association des enseignants*

[53] J'en conclus que l'arbitre a agi de manière raisonnable en statuant qu'il avait besoin de savoir ce qui s'est passé à huis clos pour déterminer s'il y a eu mûres délibérations de la part du comité exécutif. Il suivait en cela plusieurs arbitres de grief qui, par le passé, ont accepté que soient interrogés les dirigeants d'une commission scolaire au sujet de délibérations tenues à huis clos en matière disciplinaire : *Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas-St-Laurent c. Commission scolaire des Monts-et-Marées* (2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481, par. 59-60 et 66-69; *Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer c. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île* (2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049, p. 1051-1052; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf C.E.Q. c. Commission scolaire de Portneuf* (1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722; *Association des enseignants de Le Royer c. Commission scolaire régionale Le*

de Le Royer v. Commission scolaire régionale Le Royer (1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43, at p. 45. Given the recognized jurisdiction of arbitrators over evidence and procedure, deference must be shown.

[54] The other decisions cited by the appellants in support of their argument that the executive committee's motives are "unknowable" are of no assistance to them. In *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), L.R. 5 H.L. 418, the House of Lords ruled on an action for enforcement of an arbitral award in which one of the parties was trying to summon the arbitrator himself to testify. Similar situations were considered in *O'Rourke v. Commissioner for Railways* (1890), 15 App. Cas. 371, *Ward v. Shell-Mex*, [1952] 1 K.B. 280, and *Re Knight Lumber Co.* (1959), 22 D.L.R. (2d) 92 (B.C.S.C.). All these cases involved adjudicative decisions in which the decision makers' motives were not allowed to be adduced in evidence, not because they were irrelevant, but on the basis of deliberative secrecy.

[55] Finally, extending the conclusions reached by this Court in *Clearwater* to every decision made by a public or private collective decision-making body, as the appellants propose, would have unfortunate consequences in spheres that are unrelated to the context of the instant case. In the appellants' submission, *Clearwater* would apply not only to public bodies like school boards, but also to Crown corporations, all of which make their decisions known through resolutions adopted collectively by their decision-making authorities. And the same rule would apply to private corporations that operate in the same way. If that were the case, the makers of a wide range of decisions made collectively would be shielded from ever testifying about their motives or their deliberations, even in cases in which such testimony would be of particular relevance to the dispute. It would not be desirable to attribute such a scope and such effects to the reasons of narrow scope given by Binnie J. in *Clearwater*.

C. *Deliberative Secrecy*

[56] The appellants' other argument regarding deliberative secrecy is no more persuasive. Once

Royer (1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43, p. 45. Vu la compétence reconnue de l'arbitre en matière de preuve et de procédure, la déférence s'impose.

[54] Les autres décisions que citent les appelantes au soutien de leur argument sur l'« inconnaissabilité des motifs » du comité exécutif ne leur sont d'aucun secours. Dans *Duke of Buccleuch c. Metropolitan Board of Works* (1872), L.R. 5 H.L. 418, la Chambre des lords statuait sur une action en exécution d'une sentence arbitrale dans le cadre de laquelle une des parties tentait d'assigner l'arbitre lui-même. Une situation analogue prévalait dans *O'Rourke c. Commissioner for Railways* (1890), 15 App. Cas. 371, *Ward c. Shell-Mex*, [1952] 1 K.B. 280, et *Re Knight Lumber Co.* (1959), 22 D.L.R. (2d) 92 (C.S. C.-B.). Toutes ces affaires impliquaient des décisions de nature juridictionnelle, où les motifs des décideurs ne pouvaient être mis en preuve non pas en raison de leur non-pertinence, mais plutôt à cause de l'application du secret du délibéré.

[55] Enfin, étendre les conclusions de la Cour dans *Clearwater* à toute décision prise par un organe décisionnel collectif public ou privé, comme le proposent les appelantes, aurait des conséquences regrettables qui iraient bien au-delà du seul contexte de la présente affaire. En effet, selon leurs prétentions, l'arrêt *Clearwater* s'appliquerait non seulement aux corps publics comme les commissions scolaires, mais aussi aux sociétés d'État qui s'expriment toutes à travers des résolutions adoptées collectivement par leurs organes décisionnels. Cette règle s'appliquerait également aux sociétés privées qui fonctionnent de la même manière. Si tel devait être le cas, les auteurs d'une vaste gamme de décisions prises collectivement seraient mis à l'abri de tout témoignage sur leurs motivations ou délibérations, et ce, même dans des situations où ces témoignages seraient hautement pertinents pour trancher le litige. Il n'est pas souhaitable de donner une telle portée et de tels effets aux motifs circonscrits du juge Binnie dans *Clearwater*.

C. *Le secret du délibéré*

[56] L'autre argument des appelantes sur le secret du délibéré n'est pas plus concluant. Là encore, je

again, I find that it was reasonable for the arbitrator to reject this argument. It is wrong to say that the members of the executive committee are shielded by deliberative secrecy here and that they cannot be called to testify about their deliberations during the "total" in camera portion of the meeting of June 29, 2009.

[57] The scope of deliberative secrecy is clearly defined in the case law. In *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, the Court, per McLachlin J. (as she then was), stressed that the protection of the process by which judges reach their decisions is a core component of the constitutional principle of judicial independence:

> The judge's right to refuse to answer to the executive or legislative branches of government or their appointees as to how and why the judge arrived at a particular judicial conclusion is essential to the personal independence of the judge, one of the two main aspects of judicial independence . . . . As stated by Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada*, [[1986] 2 S.C.R. 56,] the judiciary, if it is to play the proper constitutional role, must be completely separate in authority and function from the other arms of government. It is implicit in that separation that a judge cannot be required by the executive or legislative branches of government to explain and account for his or her judgment. To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how and why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence. [Emphasis added; pp. 830-31.]

The need to shield the judicial decision-making process from review by the other branches of government flows from the principle of separation of powers that is reflected in the constitutional requirement of judicial independence.

[58] It is true that, as the appellants point out, the Court has held, since its decision in *MacKeigan*, that deliberative secrecy also protects the deliberations of administrative tribunals (*Tremblay*, at p. 966). For such decision makers, however, the protection is not watertight. Although secrecy remains

considère que l'arbitre a rendu une décision raisonnable en l'écartant. En effet, il est inexact d'affirmer que les membres du comité exécutif bénéficient ici de la protection du secret du délibéré et qu'ils ne peuvent être assignés pour témoigner sur les délibérations tenues durant le huis clos « total » du 29 juin 2009.

[57] Les contours du secret du délibéré sont bien définis en jurisprudence. Dans *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, la Cour, sous la plume de la juge McLachlin (plus tard Juge en chef), souligne que la protection du processus décisionnel des juges est une composante centrale du principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire :

> Le droit du juge de refuser de répondre aux organes exécutif ou législatif du gouvernement ou à leurs représentants quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à une conclusion judiciaire donnée, est essentiel à l'indépendance personnelle de ce juge, qui constitue l'un des deux aspects principaux de l'indépendance judiciaire [. . .] Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [[1986] 2 R.C.S. 56,] pour jouer le bon rôle constitutionnel, le pouvoir judiciaire doit être complètement séparé, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, des autres organes du gouvernement. Cette séparation signifie implicitement que les organes exécutif ou législatif du gouvernement ne peuvent pas exiger d'un juge qu'il explique son jugement et en rende compte. Donner suite à l'exigence qu'un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l'élément le plus sacro-saint de l'indépendance judiciaire. [Je souligne; p. 830-831.]

La nécessité de tenir le processus décisionnel judiciaire à l'abri du contrôle ou de la révision des autres organes de l'État découle du principe de la séparation des pouvoirs qui se manifeste à travers l'exigence constitutionnelle de l'indépendance judiciaire.

[58] Certes, comme le soulignent les appelantes, depuis qu'elle a rendu l'arrêt *MacKeigan*, la Cour a reconnu que le secret du délibéré protège aussi les délibérations des tribunaux administratifs (*Tremblay*, p. 966). Cela dit, ces décideurs ne jouissent pas pour autant d'une protection étanche. Même si le secret

the rule, it can be lifted, for example, "when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice" (*Tremblay*, at p. 966). Nonetheless, in the absence of procedural defects, deliberative secrecy continues to shield such decision makers from having to testify if their decisions are contested.

[59] The appellants argue on the basis of *Tremblay* that this principle resolves the question whether the members of the executive committee must testify. Because its members were officers of the Board, a public body that holds its powers and makes its decisions under the *EA*, the committee must, the appellants submit, be considered to be one of the administrative decision-making authorities to which *Tremblay* applies. In the appellants' submission, given that the Union has made no allegation of bad faith or of a procedural defect, deliberative secrecy should not be lifted to allow the members to be examined about their in camera deliberations.

[60] I disagree. *Tremblay* does not apply to every administrative organization required to perform [TRANSLATION] "decision-making functions", to borrow the expression the appellants use to characterize a type of administrative act that is not limited to adjudicative functions (A.F., at para. 108). Once again, *Tremblay* is clear and does not have the scope the appellants seek to attribute to it. That case concerns the deliberative secrecy that applies to administrative tribunals, that is, to bodies that perform adjudicative functions. Moreover, the cases the appellants cite to illustrate the application of deliberative secrecy support this view. In *Duke of Buccleuch*, *O'Rourke*, *Ward* and *Knight Lumber*, the arbitrators and administrative tribunal members the parties wished to call to testify had exercised powers of an adjudicative nature. The same is true of *Noble China Inc. v. Lei* (1998), 42 O.R. (3d) 69, in which the Ontario Court (General Division) held that the deliberations of an arbitrator in a commercial arbitration process were protected by deliberative secrecy as a result of *Tremblay*. Deliberative secrecy was also found to apply to deliberations of administrative tribunals performing adjudicative functions in *Comité de révision de l'aide juridique v. Denis*, 2007 QCCA 126, and

demeure la règle, il peut par exemple être levé « lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n'a pas respecté les règles de justice naturelle » (*Tremblay*, p. 966). Cependant, en l'absence de lacunes procédurales, le secret du délibéré continue de soustraire ces décideurs à l'obligation de témoigner lors de la contestation de leurs décisions.

[59] Se fondant sur l'arrêt *Tremblay*, les appelantes soutiennent que l'application de ce principe règle la question du témoignage des membres du comité exécutif. Ces derniers étant les administrateurs de la Commission, un organe public détenant ses pouvoirs et prenant ses décisions en vertu de la *LIP*, ils devraient être considérés comme faisant partie des corps décisionnels administratifs auxquels s'applique l'arrêt *Tremblay*. Sans allégation de mauvaise foi ou de lacune procédurale par le Syndicat, il n'y aurait donc pas lieu de lever le secret du délibéré pour les interroger sur les délibérations tenues à huis clos.

[60] Je suis en désaccord. L'arrêt *Tremblay* ne s'étend pas à tous les organismes administratifs titulaires de « fonctions décisionnelles », selon l'expression utilisée par les appelantes pour désigner un ensemble d'actes administratifs ne se limitant pas aux fonctions de nature juridictionnelle (m.a., par. 108). Encore une fois, l'arrêt *Tremblay* est clair et n'a pas la portée que les appelantes cherchent à lui attribuer. Cet arrêt traite du secret du délibéré qui s'applique aux tribunaux administratifs, c'est-à-dire à des organes exerçant des fonctions juridictionnelles. Les décisions citées par les appelantes à titre d'exemple d'application du secret du délibéré appuient d'ailleurs cette constatation. Dans *Duke of Buccleuch*, *O'Rourke*, *Ward* et *Knight Lumber*, les pouvoirs exercés par les arbitres et les membres des tribunaux administratifs qu'on cherchait à faire témoigner étaient de nature juridictionnelle. Il en va de même de l'affaire *Noble China Inc. c. Lei* (1998), 42 O.R. (3d) 69, où la Cour de l'Ontario (Division générale) a indiqué que les délibérations d'un arbitre en matière commerciale étaient protégées par le secret du délibéré en vertu de l'arrêt *Tremblay*. Dans *Comité de révision de l'aide juridique c. Denis*, 2007 QCCA 126, et dans *Cherubini Metal Works Ltd. c.*

Cherubini Metal Works Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General), 2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134.

[61] But when the executive committee decided to dismiss B after deliberating in camera, it was not performing an adjudicative function and was not acting as a quasi-judicial decision maker. Rather, it was acting as an employer dismissing an employee. Its decision was therefore one of a private nature that falls under employment law, not one of a public nature to which the constitutional principles of judicial independence and separation of powers would apply. No valid analogy can be drawn between the administrative tribunal in *Tremblay*, whose quasi-judicial decision was final and could not be appealed, and the decision-making authority of a public employer — even where the authority in question is the employer's executive committee — that decides to resiliate an employee's employment contract.

[62] I am also unable to accept the appellants' argument that, because the executive committee was applying a statutory rule (namely the Board's obligation to ensure that the teacher had no judicial record relevant to his functions), its decision was adjudicative in nature. An employer's decision to dismiss an employee cannot be characterized as adjudicative merely because the employer is required to apply statutory rules. The dismissal of teacher B resulted from the exercise of the Board's right of management. This right is defined by the *Labour Code*, the *EA* and the collective agreement. The dismissal did not result simply from the application of substantive rules provided for in the *EA* to the facts found by the executive committee, as is the case with adjudicative decisions: *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at p. 504.

[63] Furthermore, to hold that the application of deliberative secrecy depends on whether the executive committee applied statutory provisions in deciding whether to dismiss a teacher would lead to absurd results. According to this reasoning, if the

Nova Scotia (Attorney General), 2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134, on a aussi appliqué le secret du délibéré à des tribunaux administratifs exerçant des fonctions juridictionnelles.

[61] Or, en prenant la décision de congédier B après avoir délibéré à huis clos, le comité exécutif n'exerçait pas une fonction juridictionnelle et n'agissait pas en tant que décideur quasi judiciaire. Le comité agissait plutôt à titre d'employeur congédiant un salarié. Il s'agit là d'une décision de nature privée relevant du droit du travail, et non d'une décision de nature publique mettant en cause les principes constitutionnels d'indépendance judiciaire et de séparation des pouvoirs. Il n'y a pas d'analogie valable entre le tribunal administratif de l'arrêt *Tremblay* qui rend une décision quasi judiciaire finale et sans appel et l'organe décisionnel d'un employeur public, fût-il son comité exécutif, qui décide de résilier le contrat de travail d'un salarié.

[62] J'estime tout aussi mal fondée la prétention des appelantes selon laquelle le fait d'appliquer une norme établie par une loi (en l'occurrence, l'obligation de la Commission de s'assurer que l'enseignant n'a pas d'antécédent judiciaire en lien avec ses fonctions) confère à la décision du comité exécutif une nature juridictionnelle. Le seul fait que l'on soit en présence d'un employeur tenu d'appliquer des normes législatives ne permet pas de qualifier de juridictionnelle sa décision de congédier un employé. Le renvoi de l'enseignant B est le résultat de l'exercice du droit de gérance de la Commission. Ce droit est circonscrit par le *Code du travail*, la *LIP* et la convention collective. Le congédiement n'est pas le résultat d'une simple application des règles de fond de la *LIP* aux faits constatés par le comité exécutif, comme c'est le cas lorsqu'il s'agit d'une décision de nature juridictionnelle : *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, p. 504.

[63] D'ailleurs, si l'application du secret du délibéré dépendait du fait que le comité exécutif applique des dispositions législatives afin d'arriver à une conclusion sur un congédiement, cela mènerait à des résultats absurdes. Selon cette logique, si le

executive committee dismissed a teacher for theft, a dismissal that would not involve the provisions of the *EA*, its in camera deliberations would not be protected by deliberative secrecy. Yet its decision would be of the same nature as the one made in this case. Moreover, if every decision to dismiss an employee were considered to be an adjudicative decision, the only remedy available to the employee would be to go straight to a motion for judicial review. But in the context of a collective agreement, the way to contest a dismissal is obviously to instead file a grievance under the *Labour Code* (ss. 100 et seq.).

[64] Finally, I note that the appellants have acknowledged that holding a meeting in camera is optional and may be imposed at the sole discretion of the executive committee. The rules of procedure for the meetings of the Board's executive committee provide that deliberations held in public are the rule and those held in camera the exception (art. 8). According to the appellants' submissions, deliberative secrecy shields only in camera deliberations from examination. This argument, too, leads to a strange result. The members of the executive committee could thus choose whether or not they can be compelled to testify about their deliberations. To give a party the possibility of shielding its deliberations from judicial review as it sees fit would not be desirable. The consequence of accepting this argument is that the application of deliberative secrecy would become optional despite the fact that it is an imperative rule that flows from the constitutional principle of the separation of powers: H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 871, citing *Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale v. Ferland*, [2001] R.J.Q. 2882 (Sup. Ct.). Judges cannot of course choose to lift deliberative secrecy to explain the reasoning behind their conclusions whenever it suits them to do so.

[65] In sum, regardless of the perspective from which the appellants' argument on deliberative secrecy is considered, the only possible conclusion is that the executive committee was not performing an adjudicative function when it decided to dismiss

comité exécutif congédiait un enseignant pour vol, une situation qui n'entraîne pas l'application des dispositions de la *LIP*, ses délibérations à huis clos ne seraient pas protégées par le secret du délibéré. Pourtant, sa décision serait alors de même nature que celle prise en l'espèce. Qui plus est, si la simple décision de renvoyer un employé se voulait une décision de nature juridictionnelle, le recours qui s'imposerait à l'employé serait de se pourvoir directement en révision judiciaire. Or, dans le contexte d'une convention collective, il va de soi que la contestation d'un congédiement se fait plutôt par le dépôt d'un grief en application du *Code du travail* (art. 100 et suiv.).

[64] Enfin, je note que les appelantes ont reconnu le caractère facultatif du huis clos et la possibilité de l'imposer à la seule discrétion du comité exécutif. Selon les règles de procédure des séances du comité exécutif de la Commission, la délibération publique est la règle et le huis clos l'exception (art. 8). Or, selon les prétentions des appelantes, le secret du délibéré ne mettrait à l'abri de tout interrogatoire que les délibérations tenues à huis clos. Cet argument mène là encore à un résultat incongru. Les membres du comité exécutif pourraient ainsi choisir s'ils sont contraignables ou non pour témoigner sur leurs délibérations. Il n'est pas souhaitable d'accorder à une partie la possibilité de soustraire à sa guise ses délibérations à tout contrôle judiciaire. Accepter cette prétention aurait pour conséquence de rendre l'application du secret du délibéré facultative, alors qu'il s'agit d'une règle impérative découlant du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs : H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6e éd. 2014), p. 871, citant *Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale c. Ferland*, [2001] R.J.Q. 2882 (C.S.). Un juge ne peut certes choisir de se soustraire à l'application du secret du délibéré pour expliquer le raisonnement qui a mené à ses conclusions lorsque cela lui convient.

[65] Somme toute, peu importe l'angle sous lequel on aborde l'argument des appelantes sur le secret du délibéré, force est de conclure que le comité exécutif n'exerçait pas une fonction de nature juridictionnelle lorsqu'il a pris la décision de congédier

teacher B. Rather, it was acting as an employer in the context of a contractual relationship to which the principles of employment law applied. As a result, the discussions held by its members in camera are not shielded by deliberative secrecy. It was reasonable for the arbitrator to reject this argument.

D. *Relevance*

[66] The majority of the Court of Appeal were thus right to reject the appellants' arguments regarding the principle that motives are "unknowable" and deliberative secrecy, to restore the impugned decision, and to allow the examination of the executive committee's members, subject to the usual limits of what is relevant. However, an additional question was raised at the hearing in this Court: If the Court reaches this decision, should limits be placed in advance on the questions that may be asked of the executive committee's members? In my opinion, the answer is no.

[67] Assessing the relevance of evidence falls within the exclusive jurisdiction of the arbitrator. In this case, given that the employer applied for judicial review of the interlocutory decision allowing the examination of the executive committee's members, they have yet to be asked any questions. It is not open to a reviewing court to speculate about the types of questions that could be relevant before the examination has even begun. This conclusion is justified both by the arbitrator's powers under the legislation and the collective agreement and by the nature of a grievance arbitration proceeding.

[68] First, s. 100.2 *L.C.* provides that the grievance arbitrator has full authority over evidence and procedure in the arbitration process. The Court has on many occasions reiterated that in a grievance arbitration proceeding, the arbitrator has exclusive jurisdiction over evidence and procedure, which includes the assessment of relevance: *Larocque*, at pp. 485 and 491; *Cie minière Québec Cartier v. Quebec (Grievances arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095, at para. 11; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco*

l'enseignant B. Il agissait plutôt comme employeur dans le contexte d'une relation contractuelle régie par le droit du travail. À ce titre, il ne bénéficie pas de la protection du secret du délibéré pour les discussions que ses membres tiennent à huis clos. L'arbitre a agi de manière raisonnable en écartant cet argument.

D. *La pertinence*

[66] Il s'ensuit que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de rejeter les arguments des appelantes sur l'« inconnaissabilité des motifs » et sur le secret du délibéré, de rétablir la sentence attaquée et de permettre l'interrogatoire des membres du comité exécutif dans les limites usuelles de la règle de la pertinence. À l'audience devant nous, une question additionnelle s'est toutefois soulevée : advenant que la Cour statue en ce sens, des limites devraient-elles être fixées d'avance aux questions qui pourront être posées aux membres du comité exécutif? À mon avis, la réponse est non.

[67] L'appréciation de la pertinence de la preuve relève de la compétence exclusive de l'arbitre. En l'espèce, l'employeur s'étant pourvu en révision judiciaire de la sentence interlocutoire qui a permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif, aucune question ne leur a encore été posée. Or, il n'appartient pas aux tribunaux de révision de conjecturer sur les questions qui seront potentiellement pertinentes avant même qu'un interrogatoire ne commence. Tant les pouvoirs dévolus à l'arbitre par la loi et la convention collective que la nature des procédures en matière d'arbitrage de grief justifient de conclure ainsi.

[68] D'abord, l'art. 100.2 *C.t.* rend l'arbitre de grief maître de la preuve et de la procédure lors de l'arbitrage. La Cour a maintes fois réitéré que la preuve et la procédure en matière d'arbitrage de grief, y compris l'appréciation de la pertinence, relèvent de la compétence exclusive de l'arbitre : *Larocque*, p. 485 et 491; *Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095, par. 11; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 343-344.

Construction Ltd., [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 343-44. It has also stressed the importance of the deference that must be shown to arbitrators in order to preserve the "expeditious, effective and specialized dispute settlement method" represented by grievance arbitration: *Wal-Mart*, at para. 85; see also *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, at paras. 24-25; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, 2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727, at paras. 40-41; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at paras. 16 et seq. This deference and maintaining grievance arbitration as an expeditious, effective and specialized process constitute "a basic requirement for peace in industrial relations": *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 36.

[69] Next, the context in which relevance is assessed includes the fact that in disciplinary matters, the arbitrator has a broad power to replace the sanction imposed by the employer with one he or she deems fair and reasonable having regard to "the circumstances concerning the matter" (s. 100.12(*f*) *L.C.*). These circumstances might include substantive and procedural issues. Clause 5-7.13 of the collective agreement authorizes the arbitrator to annul the dismissal [TRANSLATION] "if the prescribed procedure was not followed or if the grounds for dismissal were unfounded or did not constitute a sufficient basis for dismissal". This means that he can consider both the validity and the appropriateness of the dismissal and can also examine the resolution that was adopted and the process that was followed to arrive at its adoption.

[70] Moreover, the grievance filed by the Union concerns the expression [TRANSLATION] "thorough deliberations" found in clause 5-7.06. The arbitrator thus had to consider this provision of the collective agreement, which he was responsible for enforcing, in determining whether the evidence was relevant. The requirement of thorough deliberations where an employee is dismissed can be found in many agreements in Quebec's education sector. As long ago as 1985, Arbitrator Frumkin noted that this concept had

La Cour a également insisté sur l'importance de la déférence qu'il faut accorder aux arbitres au nom de la préservation de la « méthode expéditive, efficace et spécialisée de règlement des différends » que constitue l'arbitrage de grief : *Wal-Mart*, par. 85; voir aussi *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, par. 24-25; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727, par. 40-41; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 16 et suiv. Cette déférence et le maintien du caractère expéditif, efficace et spécialisé du système d'arbitrage de grief constituent « une exigence fondamentale de la paix dans le domaine des relations industrielles » : *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 36.

[69] Ensuite, le contexte dans lequel l'appréciation de la pertinence s'effectue est influencé par le constat que, en matière disciplinaire, l'arbitre est investi du large pouvoir de substituer la décision qui lui paraît juste et raisonnable à la sanction imposée par l'employeur à la lumière de « toutes les circonstances de l'affaire » (al. 100.12*f*) *C.t.*). Cela peut comprendre des considérations de fond et de procédure. La clause 5-7.13 de la convention collective permet de fait à l'arbitre d'annuler le congédiement « si la procédure prescrite n'a pas été suivie ou si les motifs de renvoi ne sont pas fondés ou ne constituent pas une raison suffisante de renvoi ». Sous ce rapport, il peut soupeser tant la validité que l'opportunité du congédiement et scruter le contenu de la résolution adoptée ainsi que le processus suivi pour y arriver.

[70] En outre, le grief déposé par le Syndicat porte sur la notion de « mûres délibérations » incluse à la clause 5-7.06. L'arbitre doit donc juger de la pertinence de la preuve à la lumière de cette disposition de la convention collective, dont il a pour mission d'assurer le respect. L'exigence de mûres délibérations en cas de renvoi figure dans plusieurs conventions du secteur de l'éducation au Québec. L'arbitre Frumkin notait déjà en 1985 que cette expression avait « été l'objet d'un grand nombre de

[TRANSLATION] "been considered in a large number of decisions" by arbitrators: *North Island Laurentian Teachers' Union P.A.P.T. v. Commission scolaire Laurenval* (1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262, at p. 1274. The case law in this regard was summarized in a recent award, in which the arbitrator noted that before dismissing an employee, a school board must [TRANSLATION] "act after careful consideration" and must also "respect the rights of the complainant and his or her Union and . . . act reasonably and responsibly": *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)*, 2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453, at para. 493; see also paras. 494-95. In short, grievance arbitrators have been interpreting and applying the concept of thorough deliberations in the education sector for many years, and continue to do so today. It would be inappropriate for a reviewing court to specify as of now what meaning should be given to that expression for the purpose of ruling on the relevance of evidence that has yet to be heard.

[71] Finally, it seems to me self-evident that the nature of arbitration proceedings would be unsuited to an advance assessment of testimony that has not yet been heard. Relevance is established on the basis of the legal framework, the factual context and the circumstances of the particular case: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at p. 854; S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at pp. 54-55. Owing to certain features specific to grievance arbitration, the legal framework and factual context often become known only as the proceedings and the examination of witnesses unfold. This is because most decisions that might be grieved, including decisions to take disciplinary action, are made by the employer, for reasons that it often knows better than the union and the employee: F. Morin et al., *Le droit de l'emploi au Québec* (4th ed. 2010), at pp. 1293 and 1315. To the above must be added the informal nature of the pleadings that lead to arbitration and the absence of applications with detailed allegations that would be available to a court of law to help it determine what is relevant on the basis of the facts alleged in support of a proceeding. In this context, it

décisions » en jurisprudence arbitrale : *North Island Laurentian Teachers' Union P.A.P.T. c. Commission scolaire Laurenval* (1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262, p. 1274. Une sentence arbitrale récente résume cette jurisprudence en indiquant qu'avant de procéder à un congédiement, une commission scolaire doit « agi[r] de façon réfléchie », « respecter les droits conférés au plaignant et à son Syndicat et [. . .] agir de façon raisonnable et responsable » : *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)*, 2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453, par. 493; voir aussi par. 494-495. Bref, la notion de mûres délibérations est interprétée et appliquée par les arbitres de grief du milieu de l'éducation depuis plusieurs années et continue de l'être encore aujourd'hui. Il serait inapproprié pour un tribunal de révision de préciser dès à présent le sens à donner à cette expression aux fins de statuer sur la pertinence d'une preuve future.

[71] Finalement, il me semble aller de soi que la nature des procédures en matière d'arbitrage s'accommoderait mal d'une évaluation anticipée de la pertinence d'un témoignage à venir. La pertinence s'établit en fonction du cadre juridique, du contexte factuel et des circonstances propres à chaque dossier : J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4e éd. 2008), p. 854; S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (4e éd. 2014), p. 54-55. L'arbitrage de grief présente des particularités qui font en sorte que le cadre juridique et le contexte factuel ne sont souvent connus qu'au fur et à mesure des procédures et de l'interrogatoire des témoins. Cela tient au fait que c'est l'employeur qui prend la majorité des décisions susceptibles de faire l'objet d'un grief, y compris les mesures disciplinaires, pour des raisons qu'il connaît souvent mieux que le syndicat et le salarié : F. Morin et autres, *Le droit de l'emploi au Québec* (4e éd. 2010), p. 1293 et 1315. S'ajoutent à cela l'informalité des procédures écrites menant à l'arbitrage et l'absence de requêtes avec allégations détaillées permettant d'établir ce qui est pertinent en fonction des faits invoqués au soutien d'une procédure,

would be risky to rule in advance on the relevance of evidence that could depend on what will be revealed in the course of the examination of the employer's representatives.

[72] For example, the arbitrator in the case at bar has already mentioned that it would be relevant for the Union to examine the executive committee's members about what [TRANSLATION] "happened in camera in terms of the information transmitted orally and in writing in the discussions between the members, as well as any objections that were raised, etc." (para. 17). Given the broad powers conferred on the arbitrator to consider both the procedure followed and the appropriateness of the substantive disciplinary action, this does not seem, as Bich J.A. rightly observed, to be open to question (paras. 68-69). An employee is clearly entitled to examine and confront those who decided to dismiss him about the circumstances of their decision and the details of the process that led up to it. Likewise, it would be inappropriate to preclude in advance all questions about the motives behind the dismissal. As I have mentioned in para. 51 of these reasons, the appellants have themselves conceded that certain questions about the in camera deliberations and the grounds for dismissal would be relevant.

[73] Of course, as Bich J.A. rightly points out (at paras. 142-43), this does not amount to an authorization to survey the states of mind of the decision makers to find out how each one's individual thoughts evolved over the course of their deliberations. Nor does it authorize a fishing expedition or redundant examinations of all of them. Indeed, the grievance's legal framework and factual context are clearly identified. It will be up to the arbitrator to take them into account in order to decide what is relevant in this context on the basis of the questions that are eventually asked and to determine which of them really further the resolution of the case. If a court must intervene, it will do so after the arbitrator has ruled on a given point.

comme c'est le cas devant les tribunaux judiciaires. Dans ce contexte, il serait hasardeux de se prononcer d'avance sur la pertinence d'une preuve qui peut dépendre de ce que les interrogatoires des représentants de l'employeur révéleront au fil de leur progression.

[72] En l'espèce, l'arbitre a déjà indiqué qu'il serait par exemple pertinent pour le Syndicat d'interroger les membres du comité exécutif sur ce qui « s'est passé à huis-clos en regard des informations transmises de vive voix et par écrit, aux discussions qui ont eu lieu entre les membres, voire aux objections qui ont été soulevées, etc. » (par. 17). Au vu des larges pouvoirs qui lui sont dévolus de considérer à la fois la procédure suivie et le caractère approprié de la mesure disciplinaire sur le fond, cela semble inattaquable comme le remarque à juste titre la juge Bich (par. 68-69). Un salarié est certes en droit d'interroger et de confronter les personnes qui ont décidé de son renvoi sur les circonstances qui entourent leur décision et sur les détails du processus qui y a mené. De la même manière, il n'y a pas lieu d'empêcher d'avance toute question portant sur les motifs au fond du congédiement. Tel que je l'indique au par. 51 des présents motifs, les appelantes ont elles-mêmes concédé que certaines questions portant sur les délibérations à huis clos et le fond du congédiement seraient pertinentes.

[73] Bien sûr, la juge Bich le souligne à bon droit (par. 142-143), tout cela n'équivaut pas à une autorisation de sonder les âmes des décideurs pour connaître l'évolution de leur pensée individuelle au fil du déroulement de leurs délibérations. Cela ne permet guère plus de procéder à une recherche à l'aveuglette ou à des interrogatoires redondants de tout un chacun. En définitive, le cadre juridique et le contexte factuel du grief sont bien identifiés. Il reviendra à l'arbitre d'en tenir compte afin de trancher les enjeux de pertinence selon les questions qui seront éventuellement posées et de déterminer celles qui font réellement avancer le débat. Si une intervention judiciaire est requise, elle se fera, le cas échéant, une fois que l'arbitre se sera prononcé sur un sujet précis.

[74] In concluding, I must make one final comment. In my humble opinion, it is most unfortunate that, more than six years after filing a grievance with respect to a dismissal, the Union has not yet been able to begin presenting its evidence. The mission of the grievance arbitration system, that is, to provide employers and employees with justice that is accessible, expeditious and effective, has been forgotten. I would note the importance of the sensible rule that, with only a few exceptions, a grievance arbitrator's interlocutory decision, in particular one concerning evidence and procedure, is not subject to judicial review: *Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN v. Béton St-Hubert inc.*, 2010 QCCA 2270, at para. 23 (CanLII); *Sûreté du Québec v. Lussier*, [1994] R.D.J. 470 (C.A.); *Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield v. Gauthier Cashman*, [1984] R.D.J. 385 (C.A.). The courts of several provinces have taken a similar deferential approach to interlocutory decisions of arbitrators: *Lethbridge Regional Police Service v. Lethbridge Police Association*, 2013 ABCA 47, 542 A.R. 252, at para. 21; *Canadian Nuclear Laboratories v. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772*, 2015 ONSC 3436, at paras. 5-7 and 11 (CanLII); *Blass v. University of Regina Faculty Assn.*, 2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262, at para. 82. In the instant case, the arbitrator had offered to hear the testimony of the executive committee's members in camera (para. 22).That would in all probability have obviated any risk of consequences that would be impossible to correct at the time of the final award. The lengthy judicial review proceedings at the stage of an interlocutory decision that are now drawing to a close could then have been avoided.

VI. Disposition

[75] I would therefore dismiss the appeal with costs throughout and remand the case to the arbitrator in order that the inquiry into the grievance may at long last proceed.

English version of the reasons of Wagner, Côté and Brown JJ. delivered by

[76] Côté J. — I agree that the appeal should be dismissed. However, I find that the Superior Court

[74] Un dernier commentaire s'impose en terminant. À mon humble avis, il est fort regrettable que, plus de six ans après le dépôt d'un grief contestant un renvoi, le Syndicat n'ait pas encore été en mesure de commencer la présentation de sa preuve. La mission du système d'arbitrage de grief de fournir aux employeurs et aux salariés une justice accessible, expéditive et efficace a été oubliée. Il convient de rappeler l'importance de la sage règle selon laquelle, sauf rares exceptions, la sentence interlocutoire d'un arbitre de grief, notamment en matière de preuve et de procédure, n'est pas sujette à révision judiciaire : *Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN c. Béton St-Hubert inc.*, 2010 QCCA 2270, [2011] R.J.D.T. 19, par. 23; *Sûreté du Québec c. Lussier*, [1994] R.D.J. 470 (C.A.); *Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield c. Gauthier Cashman*, [1984] R.D.J. 385 (C.A.). Les tribunaux de plusieurs provinces adoptent une semblable approche empreinte de déférence à l'endroit des sentences arbitrales interlocutoires : *Lethbridge Regional Police Service c. Lethbridge Police Association*, 2013 ABCA 47, 542 A.R. 252, par. 21; *Canadian Nuclear Laboratories c. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772*, 2015 ONSC 3436, par. 5-7 et 11 (CanLII); *Blass c. University of Regina Faculty Assn.*, 2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262, par. 82. Ici, l'arbitre avait offert d'entendre le témoignage des membres du comité exécutif à huis clos (par. 22). Cela aurait vraisemblablement éliminé tout risque de conséquences impossibles à corriger au moment de la décision finale. Les longues procédures en révision judiciaire qui s'achèvent ici auraient ainsi pu être évitées au stade d'une sentence interlocutoire.

VI. Dispositif

[75] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de retourner le dossier devant l'arbitre pour que l'instruction du grief puisse, enfin, se poursuivre.

Les motifs des juges Wagner, Côté et Brown ont été rendus par

[76] La juge Côté — Je suis également d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi. Néanmoins,

and both the majority and the dissenting judges of the Court of Appeal were right to hold that the applicable standard of review in this case is correctness.

[77] My colleague Gascon J. writes that "[w]hether the examination of the members of the Board's executive committee should be allowed is ultimately an evidentiary issue" and that "a desire, like that of the appellants, to attribute an excessive scope to this Court's decisions in [*Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3,] and [*Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952,] does not transform this determination into a question of law that is of central importance to the legal system and is outside the arbitrator's area of expertise, such that the standard of correctness should apply" (para. 30). It is true that the arbitrator has jurisdiction over evidentiary issues and that deference is usually owed in this regard. There are times, however, when a question concerning an area over which the arbitrator generally has full authority is of such a nature as to affect the administration of justice as a whole and relates to principles in respect of which the arbitrator has no particular expertise in that they are not specific to the arbitrator's specialized role. According to the principles stated by the Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 55 and 60, and as the Court of Appeal noted at para. 33 of its reasons in the case at bar, [TRANSLATION] "the standard of correctness will apply to decisions of arbitrators (as to those of any administrative tribunal) in which they rule on general questions of law that are, first, of central importance to the legal system and, second, outside their specialized area of expertise in the sense of not being specific to their specialized role" (2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95 (emphasis added)).

[78] Although such questions are rare — as the majority of the Court of Appeal acknowledged — I consider it necessary to refrain from giving too narrow an interpretation to the category of general questions of law that was established in *Toronto*

j'estime que la Cour supérieure ainsi que les juges tant majoritaires que dissident de la Cour d'appel ont eu raison de conclure que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte.

[77] Mon collègue, le juge Gascon, écrit que « [p]ermettre l'interrogatoire des membres du comité exécutif de la Commission reste en définitive une question d'administration de la preuve » et que « le fait de vouloir conférer, à l'instar des appelantes, une portée démesurée aux arrêts de la Cour dans [*Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3,] et [*Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952,] ne transforme pas cette détermination en une question de droit d'importance capitale pour le système juridique, étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, au point de devoir l'assujettir à la norme de la décision correcte » (par. 30). Certes, les questions relatives à l'administration de la preuve relèvent de la compétence de l'arbitre et commandent normalement la déférence. Il arrive toutefois qu'une question relative à un domaine dans lequel l'arbitre est généralement le maître soit de nature à affecter l'administration de la justice dans son ensemble et qu'elle se rapporte à des principes à l'égard desquels l'arbitre ne dispose d'aucune expertise particulière en ce sens que ces principes ne relèvent pas de la mission spécialisée qui est la sienne. En effet, selon les enseignements de la Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 55 et 60, et tel que le rappelle la Cour d'appel en l'espèce au par. 33 de son jugement, « la norme de la décision correcte s'appliquera aux décisions des arbitres (comme à celles de tout tribunal administratif) statuant sur une question de droit générale qui, d'une part, revêt une importance capitale pour le système juridique et, d'autre part, qui est étrangère à leur domaine d'expertise au sens où elle ne relève pas de leur mission spécialisée » (2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95 (je souligne)).

[78] Bien que les questions de ce genre soient rares — ce que reconnaissent les juges majoritaires de la Cour d'appel —, j'estime qu'il faut se garder de donner une interprétation trop restrictive à la catégorie de questions de droit générales établie

(City) v. C.U.P.E., Local 79, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, and reiterated in *Dunsmuir*. Where the question relates not simply to the rules of evidence in general, but to the scope of such basic rules as those relating to the immunities from disclosure and deliberative secrecy, a court reviewing an arbitrator's decision in this regard must be able to go further than merely inquiring into the reasonableness of the decision. Where necessary, it must also be able, absent clear instructions to the contrary, to substitute its own view for that of the arbitrator if the arbitrator's decision is incorrect. But my colleague's reasoning leads to the conclusion that judicial review on a question related to the scope of professional secrecy, for example, would also be subject to the reasonableness standard. Given the importance of such questions and the fact that an arbitrator has no particular expertise or expertise unique to his or her specialized role with respect to such matters, I am of the opinion that, despite the privative clause in the instant case, the legislature could not have intended such an outcome.

[79] Even more importantly, I find that the applicable standard of review cannot depend on how a court will ultimately answer the question, as that could make it even more difficult to predict what the result of the analysis will be. Instead, what is important is the nature of the question being raised. In the case at bar, the appellants submit that the effect of *Clearwater* is that any collective decision-making body that makes a decision in writing is shielded by a form of immunity from disclosure. They also argue that deliberative secrecy, as recognized in *Tremblay*, applies to every administrative body with adjudicative functions. Although the cases on which the appellants rely do not have the scope the appellants would give them — I agree with my colleague in this regard — the questions of law raised in their submissions are nonetheless general in nature and must be applied uniformly and consistently. Gascon J. seems in fact to acknowledge this, at least in part, in writing that "extending the conclusions reached by this Court in *Clearwater* to every decision made by a public

dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, et reprise dans l'arrêt *Dunsmuir*. Lorsque la question en cause ne concerne pas simplement l'administration de la preuve en général, mais plutôt la portée de règles aussi fondamentales que celles relatives aux immunités de divulgation et au secret du délibéré, une cour de justice appelée à contrôler la décision prise par un arbitre à cet égard doit pouvoir aller plus loin que d'uniquement déterminer si cette décision est raisonnable. Lorsque cela est nécessaire, elle doit aussi pouvoir substituer son opinion à celle de l'arbitre en cas de décision incorrecte, à moins d'indications claires à l'effet contraire. Or, suivant le raisonnement de mon collègue, le contrôle judiciaire dans le cadre d'une question relative à la portée du secret professionnel, par exemple, tomberait également sous le coup de la norme de la décision raisonnable. Vu l'importance de telles questions et l'absence d'expertise particulière de l'arbitre ou d'expertise propre à la mission spécialisée qui est la sienne sur ces questions, je suis d'avis que nonobstant la clause privative en l'espèce, le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat.

[79] Plus important encore, j'estime que la norme de contrôle applicable ne saurait dépendre de la réponse ultimement donnée par une cour de justice à la question en cause, sans risquer de rendre le résultat de l'analyse encore plus imprévisible. C'est plutôt la nature de la question soulevée qui importe. En l'espèce, les appelantes soutiennent que, selon l'arrêt *Clearwater*, tout organe décisionnel collectif prenant une décision sous forme écrite bénéficie d'une forme d'immunité de divulgation. Elles prétendent également que le secret du délibéré, tel qu'il est reconnu dans l'arrêt *Tremblay*, s'étend à tous les organismes administratifs ayant des fonctions décisionnelles. Bien que les arrêts sur lesquels s'appuient les appelantes n'aient pas la portée qu'elles cherchent à leur donner — ce sur quoi je suis d'accord avec mon collègue —, il n'en demeure pas moins que les questions de droit soulevées par les prétentions des appelantes sont de nature générale et doivent recevoir une application uniforme et cohérente. Le juge Gascon semble d'ailleurs le reconnaître, à tout le moins en partie,

or private collective decision-making body, as the appellants propose, would have unfortunate consequences in spheres that are unrelated to the context of the instant case" (para. 55 (emphasis added)). What the appellants want the Court to accept in the case at bar is, first and foremost, a principle that motives are "unknowable" that applies to every collective decision-making body that makes a decision in writing.

[80] This being said, it must be acknowledged that the application of the principles stated by this Court, at least those from *Clearwater*, does not lead to a clear result in the instant case, as can be seen from the conclusions reached by the Superior Court judge and the dissenting judge of the Court of Appeal on the merits of the case. In short, although I agree that the appellants are trying to attribute an excessive scope to *Clearwater* and *Tremblay*, their arguments are not entirely unfounded. As I mentioned above, when all is said and done, what is important is the nature of the question being raised, not how a court will answer it.

[81] The foregoing is what led all the judges of the Court of Appeal and the Superior Court judge to find that the applicable standard of review is correctness. In this regard, Bich J.A. wrote that [TRANSLATION] "the questions submitted to the arbitrator, as drafted, are limited neither to the context of the grievance before him nor to that of the collective agreement on which the grievance is based, and they engage principles that apply generally to the administration of justice as a whole and are not entirely dependent on the particular facts of the case" (para. 44 (emphasis added)). It would be hard to put it better.

[82] Furthermore, if the Court were to decide in the instant case to accept the appellants' argument regarding the principle that motives are unknowable and to hold that the commissioners cannot be examined, that decision would be based not on circumstances specific to this case, but on a general

lorsqu'il écrit qu'« étendre les conclusions de la Cour dans *Clearwater* à toute décision prise par un organe décisionnel collectif public ou privé, comme le proposent les appelantes, aurait des conséquences regrettables qui iraient bien au-delà du seul contexte de la présente affaire » (par. 55 (je souligne)). En l'espèce, c'est d'abord et avant tout un principe d'« inconnaissabilité des motifs » applicable à tout organe décisionnel collectif prenant une décision sous forme écrite que les appelantes souhaitent voir reconnaître.

[80] Cela dit, force est d'admettre que l'application des enseignements de la Cour, à tout le moins de ceux formulés dans l'arrêt *Clearwater*, n'apporte pas de réponse claire en l'espèce vu les conclusions auxquelles en sont venus le juge de la Cour supérieure et le juge dissident de la Cour d'appel quant au fond de l'affaire. Bref, bien que j'estime moi aussi que les appelantes tentent de donner une portée démesurée aux arrêts *Clearwater* et *Tremblay*, leurs arguments ne sont pas dénués de tout fondement. Tel que je l'ai mentionné précédemment, en définitive, c'est la nature de la question soulevée qui importe, et non la réponse qui y sera donnée.

[81] Ce sont ces éléments qui ont amené tous les juges de la Cour d'appel ainsi que le juge de la Cour supérieure à conclure que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. À cet égard, la juge Bich écrit que « les questions portées à l'attention de l'arbitre, telles qu'elles ont été formulées, dépassent le cadre du grief dont il [était] saisi, dépassent également le cadre de la convention collective sur laquelle repose le grief et mettent en cause des principes qui touchent de manière générale l'administration de la justice dans son ensemble, sans être entièrement tributaires des faits particuliers de l'espèce » (par. 44 (je souligne)). Il est difficile de dire mieux.

[82] D'ailleurs, en l'espèce, si la Cour décidait d'accueillir l'argument des appelantes sur l'inconnaissabilité des motifs et refusait que les commissaires soient interrogés, cette décision ne serait aucunement motivée par les circonstances propres à l'espèce, mais serait plutôt fondée sur un principe de

principle of law that applies in every legal field and to proceedings in every court and administrative tribunal. Thus, even if the examination of the commissioners were not authorized on the basis that it would be irrelevant, the conclusion that it would be irrelevant would not flow from the assessment intrinsically linked to the facts of the case that is traditionally made by an arbitrator, but would instead be based on a principle that is not specific to the arbitration context and that has not yet been clearly defined by the courts.

[83] This case can therefore be distinguished from *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, to which my colleague refers (at paras. 33 and 38). First of all, what was at issue in that case was the *application to the facts* of a principle — estoppel — whose scope was well known and clearly defined. Moreover, Fish J. stated that arbitrators are well equipped to adapt and fashion that principle as they see fit (para. 45). The same cannot be said with respect to the immunities from disclosure and deliberative secrecy. These principles, which relate to the administration of justice as a whole, must be applied uniformly and consistently. In addition, the principle at issue in *Nor-Man* was closely linked to the arbitrator's discretion to order the remedy he or she considers just and appropriate in the circumstances of the case before him or her. Finally, and most importantly, the application of the principle of estoppel was not of central importance to the legal system in such circumstances.

[84] It is true that the existence of a privative clause indicates that the legislature intended to limit the review of an arbitrator's decision to a minimum. Deference to the legislature's intention is important in employment law matters. Nevertheless, the existence of a privative clause is not in itself determinative (*Dunsmuir*, at para. 52), nor can it preclude intervention by a court on every question over which an arbitrator has jurisdiction or that relates to the arbitrator's general jurisdiction as a decision maker (as opposed to his or her particular expertise). Section 139 of the

droit général applicable à l'ensemble des domaines de droit et devant l'ensemble des tribunaux judiciaires et administratifs. Ainsi, même si l'interrogatoire des commissaires n'était pas autorisé parce qu'il serait jugé non pertinent, cette conclusion sur l'absence de pertinence ne résulterait pas de l'examen intrinsèquement lié aux faits de l'affaire auquel se livre traditionnellement un arbitre, mais reposerait plutôt sur un principe qui n'est pas spécifique au contexte arbitral, et dont les contours jusqu'alors n'étaient pas clairement définis par la jurisprudence.

[83] La présente affaire se distingue donc de l'arrêt *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, citée par mon collègue (aux par. 33 et 38). D'une part, la question en litige dans cette affaire concernait *l'application factuelle* d'un principe dont les paramètres étaient bien connus et clairement définis, à savoir la préclusion. Le juge Fish a d'ailleurs précisé que l'arbitre dispose des outils nécessaires pour adapter et façonner ce principe à sa guise (par. 45). On ne saurait en dire autant des immunités de divulgation et du secret du délibéré. En effet, ces principes, relatifs à l'administration de la justice dans son ensemble, doivent être appliqués de façon uniforme et cohérente. De plus, le principe en cause dans *Nor-Man* était étroitement lié au pouvoir discrétionnaire dont dispose l'arbitre d'ordonner la réparation qu'il estime juste et appropriée selon les circonstances de l'affaire dont il est saisi. Enfin, et surtout, l'application du principe de préclusion n'était pas, dans de telles circonstances, d'une importance capitale pour le système juridique.

[84] Certes, l'existence d'une clause privative dénote la volonté du législateur d'assujettir les décisions de l'arbitre à un contrôle minimal. Le respect de cette volonté est important en droit de l'emploi. L'existence d'une telle clause n'est cependant pas déterminante en soi (*Dunsmuir*, par. 52) et ne saurait empêcher l'intervention d'une cour de justice quant à toute question à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence ou qui touche sa compétence générale comme décideur (par opposition à son expertise particulière). L'article 139 du *Code du travail*,

Labour Code, CQLR, c. C-27, cannot preclude a court from intervening in respect of [TRANSLATION] "issues of a general nature that might be raised in the same terms before any arbitrator and any administrative tribunal, but also in any court of law, and that cannot be resolved differently from one forum to the next" (per Bich J.A., at para. 39 (emphasis added)).

[85] In short, despite the existence of a privative clause and even though the appeal arises in the context of the hearing of the evidence, over which the arbitrator has full authority, the specific questions that are raised in this case are general questions of law that, by their nature, are of central importance to the administration of justice as a whole and in respect of which the arbitrator has no particular expertise or expertise that is unique to his or her specialized role. As Bastarache and LeBel JJ. wrote, for the majority, in *Dunsmuir*, "[b]ecause of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers" (para. 60).

[86] Finally, I note that, in the instant case, the result is the same regardless of whether the applicable standard is correctness or reasonableness.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitor for the respondent Syndicat de l'enseignement de la région de Laval: Syndicat de l'enseignement de la région de Laval, Laval.

Solicitors for the respondent Fédération autonome de l'enseignement: Rivest, Schmidt, Montréal.

Solicitors for the intervener: Barabé Casavant, Montréal.

RLRQ, c. C-27, ne peut empêcher une cour de justice d'intervenir quant à des « sujets d'ordre général, qui sont de nature à se soulever, dans les mêmes termes, devant tout arbitre et tout tribunal administratif, mais aussi devant toute cour de justice et qui ne peuvent pas être résolus de manière différente selon le forum » (la juge Bich, par. 39 (je souligne)).

[85] Bref, malgré la présence d'une clause privative et même si le pourvoi s'inscrit dans un contexte d'administration de la preuve dont l'arbitre est maître, les questions particulières soulevées en l'espèce sont des questions de droit générales qui, par leur nature, revêtent une importance centrale pour l'administration de la justice dans son ensemble et à l'égard desquelles l'arbitre ne dispose d'aucune expertise particulière ou unique à la mission spécialisée qui est la sienne. Comme le soulignaient les juges Bastarache et LeBel dans l'arrêt *Dunsmuir*, au nom des juges majoritaires : « Pareille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble » (par. 60).

[86] Je précise enfin que, dans le cas présent, que ce soit la norme de la décision correcte qui s'applique ou celle de la décision raisonnable, le résultat est le même.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Procureur de l'intimé le Syndicat de l'enseignement de la région de Laval : Syndicat de l'enseignement de la région de Laval, Laval.

Procureurs de l'intimée la Fédération autonome de l'enseignement : Rivest, Schmidt, Montréal.

Procureurs de l'intervenante : Barabé Casavant, Montréal.

Bruce Brine *Applicant/Respondent on the motion*

v.

Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. *Respondent/Applicant*

Indexed as: Brine *v.* Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.

2016 SCC 9

File No.: 36809.

2016: February 25.

Present: Côté J.

MOTION TO STRIKE

Civil procedure — Motion to strike affidavit in support of application for leave to appeal — Affidavit opinion evidence lacking proper foundation and therefore inadmissible — Evidence consisting largely of sworn argument addressing ultimate questions in issue on proposed appeal and improperly attacking correctness of Court of Appeal decision below — Affidavit evidence rarely relevant and useful to Court in deciding whether application for leave to appeal raises issues of public importance — Motion granted — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 89.

Cases Cited

Applied: *Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 SCC 33, [2011] 2 S.C.R. 560; **referred to:** *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Ballard Estate v. Ballard Estate*, S.C.C., No. 22499, July 2, 1991 (reproduced in *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1991, p. 1998).

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 89.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

MOTION to strike an affidavit in support of the application for leave to appeal and to strike portions

Bruce Brine *Demandeur/Intimé à la requête*

c.

Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. *Intimée/Requérante*

Répertorié : Brine *c.* Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc.

2016 CSC 9

N° du greffe : 36809.

2016 : 25 février.

Présente : La juge Côté.

REQUÊTE EN RADIATION

Procédure civile — Requête en radiation d'un affidavit au soutien d'une demande d'autorisation d'appel — Témoignage d'opinion non fondé et par conséquent inadmissible — Témoignage composé en grande partie d'arguments présentés sous serment sur les questions ultimes visées par le pourvoi projeté et constituant une attaque collatérale de la décision de la Cour d'appel — Preuve par affidavit rarement pertinente et utile pour la Cour pour décider si une demande d'autorisation d'appel soulève des questions importantes pour le public — Requête accordée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 89.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 CSC 33, [2011] 2 R.C.S. 560; **arrêts mentionnés :** *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Ballard Estate c. Ballard Estate*, C.S.C., n° 22499, 2 juillet 1991 (reproduit dans *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1991, p. 1998).

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 89.

REQUÊTE en radiation d'un affidavit déposé au soutien de la demande d'autorisation d'appel et en

of the applicant's memorandum of argument. Motion granted.

Written submissions by *Barry J. Mason*, *Q.C.*, and *Glenn E. Jones*, for the applicant/respondent on the motion.

Written submissions by *Michelle Awad*, *Q.C.*, and *Kevin Gibson*, for the respondent/applicant.

The following order was delivered by

[1] Côté J. — The respondent, Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. ("Industrial"), has brought a motion for an order striking the affidavit of Professor Bruce Feldthusen, which has been filed by the applicant, Bruce Brine, in support of his application for leave to appeal in this Court.

[2] The application seeks leave to appeal from a decision of the Nova Scotia Court of Appeal concerning a dispute over disability insurance between an insured, Mr. Brine, and an insurer, Industrial. The trial judge found Industrial had breached its contractual obligations and duty of good faith, awarding Mr. Brine contractual damages, $30,000 for mental distress, $150,000 in aggravated damages and $500,000 in punitive damages (2014 NSSC 219, 346 N.S.R. (2d) 315). The Court of Appeal allowed Industrial's appeal, in part, reducing the combined mental distress and aggravated damages to $90,000, and the punitive damages to $60,000 (2015 NSCA 104).

[3] Mr. Brine contends there is an issue of public importance raised by this case warranting the granting of leave by this Court, namely whether Canadian courts should be awarding higher punitive damage awards in order to adequately deter insurers from acting in bad faith. In particular, he asserts that the Court of Appeal's reduced punitive damages award in this case is grossly inadequate and will do little to deter future misconduct by Industrial or other insurers. He

radiation de certaines parties du mémoire du demandeur. Requête accordée.

Argumentation écrite par *Barry J. Mason*, *c.r.*, et *Glenn E. Jones*, pour le demandeur/intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Michelle Awad*, *c.r.*, et *Kevin Gibson*, pour l'intimée/requérante.

Version française de l'ordonnance rendue par

[1] La juge Côté — L'intimée, Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. (« Industrielle »), a présenté une requête en radiation de l'affidavit souscrit par le professeur Bruce Feldthusen et déposé par le demandeur, Bruce Brine, au soutien de sa demande d'autorisation d'appel devant la Cour.

[2] Le demandeur sollicite l'autorisation d'interjeter appel d'une décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse relative à un litige en matière d'assurance invalidité qui l'oppose à son assureur, Industrielle. Le juge du procès a conclu qu'Industrielle avait manqué à ses obligations contractuelles et son devoir de bonne foi. Il a accordé au demandeur des dommages-intérêts de nature contractuelle, 30 000 $ à titre de dommages moraux, 150 000 $ à titre de dommages-intérêts majorés et 500 000 $ à titre de dommages-intérêts punitifs (2014 NSSC 219, 346 N.S.R. (2d) 315). La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel d'Industrielle et réduit le montant total des dommages-intérêts majorés et à titre de dommages moraux à 90 000 $ et celui à titre de dommages-intérêts punitifs à 60 000 $ (2015 NSCA 104).

[3] Selon le demandeur, la présente affaire soulève une question d'importance pour le public qui justifie que la Cour autorise l'appel, soit la question de savoir si les tribunaux canadiens devraient condamner les assureurs à payer des dommages-intérêts punitifs plus élevés afin de les dissuader d'agir de mauvaise foi. Plus particulièrement, il soutient que le montant réduit de dommages-intérêts punitifs accordé par la Cour d'appel dans la présente affaire

includes the impugned affidavit of Prof. Feldthusen in his application to support his contentions.

[4] Industrial requests that the affidavit be struck, along with portions of the applicant's memorandum of argument that make reference to it, on the following basis: the affidavit is irrelevant to the issue of whether leave to appeal should be granted pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and the contents of the affidavit are argument and inadmissible evidence contrary to Rule 89 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

[5] Rule 89 sets out the requirements for affidavits filed in support of a proceeding in this Court, including applications for leave to appeal:

89 (1) An affidavit shall be filed to substantiate any fact that is not a matter of record in the Court.

(2) An affidavit to be used in a proceeding shall be limited to the statement of facts within the knowledge of the deponent, but statements based on information or belief that state the source of the information or the grounds for the belief may be admitted by the Court, a judge or the Registrar.

[6] In his affidavit, Prof. Feldthusen makes a number of statements about alleged misconduct by insurers that, in his view, is exacerbated by inordinately low punitive damages awards. He lists the names of 12 cases in which he says punitive damages were awarded against insurers since this Court's decision in *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, as well as the amount of punitive damages awarded in those cases. He then concludes on that basis that misconduct is "very common in Canada" and that insurers consider low punitive damages awards to be a "mere license fee and a low cost of doing business". Prof. Feldthusen sets out no further facts or analysis in respect of the

est nettement insuffisant et fera bien peu pour dissuader Industrielle ou d'autres assureurs d'adopter une conduite répréhensible. Au soutien de ses prétentions, le demandeur joint à sa demande l'affidavit contesté du professeur Feldthusen.

[4] Industrielle sollicite la radiation de l'affidavit, de même que des extraits du mémoire du demandeur qui y font référence. Pour justifier sa demande, elle soutient que l'affidavit n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder l'autorisation d'interjeter appel en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, et que son contenu comporte des arguments et constitue une preuve inadmissible aux termes de la règle 89 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

[5] La règle 89 énonce les exigences auxquelles doivent satisfaire les affidavits déposés au soutien d'une procédure devant la Cour, y compris les demandes d'autorisation d'appel :

89 (1) Les faits dont la preuve n'est pas au dossier de la Cour doivent être attestés par affidavit.

(2) L'affidavit présenté dans le cadre d'une procédure se limite à l'énoncé des faits dont le déposant a connaissance. Toutefois, la Cour, un juge ou le registraire peut admettre une déclaration fondée sur des renseignements ou une opinion pourvu que le déposant y indique la source des renseignements ou les motifs à l'appui de son opinion.

[6] Dans son affidavit, le professeur Feldthusen fait un certain nombre de déclarations relatives à des actes répréhensibles qu'auraient commis des assureurs et il affirme que le problème est exacerbé du fait de l'octroi par les tribunaux de montants de dommages-intérêts punitifs excessivement bas. Il dresse la liste de 12 causes dans lesquelles des assureurs ont été condamnés à payer des dommages-intérêts punitifs depuis la décision de la Cour dans *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, et il précise le montant de ces dommages-intérêts. Il conclut, sur ce fondement, que les assureurs adoptent [TRADUCTION] « très fréquemment au Canada » une conduite répréhensible

cases cited. Neither does he provide additional statistics or other corroborating evidence to support his belief that bad faith and misconduct by insurers is related to the "modest and conservative" punitive damages awards that have failed to deter insurers "from engaging in 'malicious' and 'high handed' conduct". This opinion evidence is inadmissible because it is lacking in proper foundation.

et qu'ils considèrent les montants modestes de dommages-intérêts punitifs comme « de simples redevances qui constituent un faible prix à payer pour poursuivre leurs activités ». Le professeur Feldthusen ne présente aucun autre fait ou analyse quant aux causes auxquelles il renvoie. Il ne fournit pas non plus d'autres statistiques ou éléments de preuve qui pourraient corroborer sa croyance que la mauvaise foi et la conduite répréhensible des assureurs sont liées aux montants de dommages-intérêts punitifs « modestes et conservateurs » auxquels ils sont condamnés et qui n'ont pas pour effet de les dissuader « d'adopter une conduite "malveillante" et "abusive" ». Ce témoignage d'opinion est inadmissible, car il n'est pas fondé.

[7] Moreover, the affidavit is not helpful to the Court in deciding whether or not leave to appeal should be granted, per the principles in *Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 SCC 33, [2011] 2 S.C.R. 560. While that decision concerned a motion to adduce fresh evidence and not a motion to strike, Binnie J.'s observations on when affidavits will be useful to the Court in considering whether or not to grant leave have application in the present circumstances:

[7] En outre, l'affidavit n'est aucunement utile pour permettre à la Cour de décider si l'autorisation devrait ou non être accordée suivant les principes établis dans l'arrêt *Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 CSC 33, [2011] 2 R.C.S. 560. Même si cette décision portait sur une requête pour permission de produire une nouvelle preuve et non sur une requête en radiation, les observations du juge Binnie quant aux situations dans lesquelles les affidavits sont utiles pour permettre à la Cour de trancher une demande d'autorisation d'appel trouvent application en l'espèce :

> Generally speaking, our Court takes the view that the question whether a legal issue is of public importance within the meaning of s. 43 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, is not a matter on which affidavit evidence is helpful. The practice is not invariable however. In some cases it may not be apparent from the rest of the leave materials why, for example, the decision sought to be appealed is alleged to establish a precedent that is unworkable in practice, or otherwise is likely to have a problematic impact or jurisprudential importance not apparent on its face. Here, however, the issues are straightforward. . . .
>
> . . . The [evidence sought to be filed] does not indicate any conflict in the authorities or suggest that there are good reasons, policy or jurisprudential, not readily apparent from the material already filed, for finding that the application raises a legal issue of public importance. [paras. 4-5]

> Règle générale, notre Cour considère que l'importance d'une question de droit pour le public au sens de l'art. 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, n'est pas une question à l'égard de laquelle une preuve par affidavit peut être utile. Cette règle n'est toutefois pas immuable. Dans certains cas, il se peut que les autres éléments de la demande d'autorisation ne révèlent pas pourquoi, par exemple, la décision visée par la demande d'autorisation d'appel créerait un précédent inapplicable en pratique, ou risquerait d'avoir des répercussions négatives ou des conséquences jurisprudentielles insoupçonnées. Toutefois, dans le présent dossier, les questions en litige sont claires. . .
>
> . . . [La preuve qu'on désire déposer] ne révèle aucune discordance dans la jurisprudence, ni aucun motif de politique générale ou jurisprudentiel valable, qui ne ressorte pas manifestement des documents déjà déposés, démontrant que la demande soulève une question de droit d'importance pour le public. [par. 4-5]

[8] Even assuming the leave application raises the issues as framed by the applicant, which is for the leave panel to decide and about which I make no comment and express no opinion, the affidavit does not assist the Court with whether those issues are of public importance by, for example, pointing to conflicting decisions or otherwise unworkable legal principles resulting from the Court of Appeal decision. Neither does it provide the Court with background material relevant to the general importance of the case which, in some instances, might be helpful. Rather, it consists largely of sworn argument, addressing the ultimate questions the applicant seeks to put in issue on the proposed appeal. As Binnie J. suggested in *Aecon*, only rarely will affidavit evidence on an application for leave be useful to the Court. In the vast majority of cases, as here, that evidence will be irrelevant to deciding the public importance of the case.

[8] Même en tenant pour acquis que la demande d'autorisation soulève les questions que formule le demandeur, ce qu'il appartiendra à la formation de juges chargés de trancher la demande d'autorisation de décider et ce sur quoi je n'exprime aucun commentaire ni aucune opinion, l'affidavit n'est pas non plus utile pour permettre à la Cour de déterminer si ces questions sont d'importance pour le public, par exemple, en soulignant l'existence de décisions contradictoires ou de principes juridiques inapplicables découlant de la décision de la Cour d'appel. L'affidavit ne fournit pas non plus à la Cour de renseignements quant au contexte pertinent pour juger de l'importance générale de la cause, ce qui, dans certains cas, pourrait s'avérer utile. Il s'agit plutôt en grande partie d'arguments faits sous serment et portant sur les questions que le demandeur souhaite ultimement soulever dans le pourvoi projeté. Comme le juge Binnie l'a suggéré dans *Aecon*, rares sont les cas où une preuve par affidavit présentée au soutien d'une demande d'autorisation d'appel sera utile pour la Cour. Dans la très grande majorité des cas, comme en l'espèce, cette preuve n'aura aucune pertinence pour décider de l'importance de la cause pour le public.

[9] Finally, the affidavit amounts to an improper attack on the correctness of the Court of Appeal decision below: see *Ballard Estate v. Ballard Estate*, S.C.C., No. 22499, July 2, 1991 (reproduced in *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1991, at p. 1998), in which Cory J. granted the motion to strike, finding "the affidavits filed on this case seek by way of experts' opinion, to buttress an attack on the decisions from which leave to appeal is sought".

[9] Enfin, l'affidavit constitue en quelque sorte une attaque collatérale de la décision de la Cour d'appel en l'espèce : voir *Ballard Estate c. Ballard Estate*, C.S.C., n° 22499, 2 juillet 1991 (reproduit dans *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1991, p. 1998), une décision dans laquelle le juge Cory, qui a accueilli une requête en radiation, a conclu que [TRADUCTION] « les affidavits déposés en l'espèce tentent, en utilisant l'opinion d'experts, d'attaquer les décisions qui font l'objet de la demande d'autorisation d'appel ».

[10] I note that, as an alternative to granting the motion as requested, the applicant could have been given the opportunity to file an amended affidavit curing the deficiencies set out above, as an alternative to striking the affidavit in its entirety without leave to amend. However, considering that in this case the affidavit evidence is not helpful in assisting the Court on the issue of public importance, that option would not be the appropriate result. The same

[10] Je souligne qu'une autre possibilité aurait été d'autoriser le demandeur à déposer un affidavit modifié qui aurait corrigé les défauts de celui en cause ici, plutôt que de voir ce dernier totalement radié sans qu'il puisse être modifié. Or, comme il appert en l'espèce que la preuve par affidavit n'est d'aucune utilité pour permettre à la Cour de trancher la question de l'importance pour le public, il n'aurait pas été approprié de conclure ainsi. Il en est de

is true with respect to providing the respondent with the opportunity to cross-examine and file its own insurance expert affidavit to counter the one filed by the applicant.

[11] The motion is therefore granted, with costs to the respondent in any event of the cause. The affidavit of Prof. Feldthusen and the relevant portions in the applicant's memorandum of argument that refer to the affidavit are struck out, without leave to amend. The respondent shall have 30 days from the date of this order to serve and file its response to the application for leave to appeal.

Motion granted with costs.

Solicitors for the applicant/respondent on the motion: Pressé Mason, Bedford, N.S.

Solicitors for the respondent/applicant: McInnes Cooper, Halifax.

même quant à la possibilité d'offrir à l'intimée l'occasion de contre-interroger et de déposer un affidavit de son propre expert en assurance pour contrer celui déposé par le demandeur.

[11] La requête est donc accordée, avec dépens en faveur de l'intimée quelle que soit l'issue de la cause. L'affidavit souscrit par le professeur Feldthusen et les extraits pertinents du mémoire du demandeur qui y réfèrent sont radiés, sans autorisation d'en présenter des versions modifiées. L'intimée a 30 jours à compter de la présente ordonnance pour signifier et déposer sa réponse à la demande d'autorisation d'appel.

Requête accordée avec dépens.

Procureurs du demandeur/intimé à la requête : Pressé Mason, Bedford (N.-É.).

Procureurs de l'intimée/requérante : McInnes Cooper, Halifax.

Alan Peter Knapczyk *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

John Reginald Alcantara *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Indexed as: R. *v.* Knapczyk

2016 SCC 10

File Nos.: 36612, 36613.

2016: March 22.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Controlled drugs and substances — Trafficking — Parties to offence — Aiding and abetting — Accused provided protection to cocaine distribution business — Court of Appeal properly holding that accused aided and abetted offence of trafficking through distribution — Accused's convictions for trafficking in cocaine upheld.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Costigan and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 258, 326 C.C.C. (3d) 377, 22 Alta. L.R. (6th) 77, 602 A.R. 197, 647 W.A.C. 197, [2015] 12 W.W.R. 649, [2015] A.J. No. 882 (QL), 2015 CarswellAlta 1475 (WL Can.), setting aside the acquittals for trafficking in cocaine entered by Greckol J., 2012 ABQB 521, 547 A.R. 1, 80 Alta. L.R. (5th) 1, [2013] 6 W.W.R. 1, [2012] A.J. No. 929 (QL), 2012 CarswellAlta 1524 (WL Can.), and entering convictions. Appeals dismissed.

Alan Peter Knapczyk *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

John Reginald Alcantara *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

Répertorié : R. *c.* Knapczyk

2016 CSC 10

N^os^ du greffe : 36612, 36613.

2016 : 22 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Trafic — Parties à l'infraction — Aide et encouragement — Protection fournie par les accusés à un réseau de distribution de cocaïne — Conclusion bien fondée de la Cour d'appel portant que les accusés ont aidé à la commission de l'infraction de trafic par voie de distribution et encouragé sa perpétration — Déclarations de culpabilité prononcées contre les accusés pour trafic de cocaïne confirmées.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Costigan et Wakeling), 2015 ABCA 258, 326 C.C.C. (3d) 377, 22 Alta. L.R. (6th) 77, 602 A.R. 197, 647 W.A.C. 197, [2015] 12 W.W.R. 649, [2015] A.J. No. 882 (QL), 2015 CarswellAlta 1475 (WL Can.), qui a annulé les acquittements prononcés par la juge Greckol à l'égard d'accusations de trafic de cocaïne, 2012 ABQB 521, 547 A.R. 1, 80 Alta. L.R. (5th) 1, [2013] 6 W.W.R. 1, [2012] A.J. No. 929 (QL), 2012 CarswellAlta 1524 (WL Can.), et leur a substitué des déclarations de culpabilité. Pourvois rejetés.

Simon Renouf, *Q.C.*, for the appellant Alan Peter Knapczyk.

A. Clayton Rice and *Heather Ferg*, for the appellant John Reginald Alcantara.

Ronald C. Reimer and *Jonathan Martin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are agreed that the appeals should be dismissed. We agree with the following statement of the Court of Appeal:

> On the correct application of the legal principles to the facts found by the trial judge, it is an inescapable conclusion that the respondents aided and abetted the offence of trafficking through distribution. Their acts prevented or hindered interference with the accomplishment of a criminal act. In this way, the respondents provided assistance and encouragement to Mr. Caines in the commission of the offence of trafficking. There is a clear link between the respondents' acts and the commission of the offence. [para. 15]

[2] The appeals are dismissed and the order of the Court of Appeal affirmed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Alan Peter Knapczyk: Simon Renouf Professional Corporation, Edmonton.

Solicitors for the appellant John Reginald Alcantara: Evans Fagan Rice McKay, Calgary.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

Simon Renouf, *c.r.*, pour l'appelant Alan Peter Knapczyk.

A. Clayton Rice et *Heather Ferg*, pour l'appelant John Reginald Alcantara.

Ronald C. Reimer et *Jonathan Martin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes d'avis que les appels doivent être rejetés. Nous faisons nôtres les observations suivantes de la Cour d'appel :

> [TRADUCTION] La conclusion inéluctable qui découle de l'application appropriée des principes juridiques aux faits constatés par la juge du procès est que les intimés ont aidé à la commission de l'infraction de trafic par voie de distribution et encouragé sa perpétration. Par leurs actes, ils ont écarté ou prévenu des obstacles à la réalisation d'un acte criminel. En agissant ainsi, les intimés ont fourni à M. Caines aide et encouragement dans la commission de l'infraction de trafic. Il existe un lien évident entre les actes des intimés et la commission de l'infraction. [par. 15]

[2] Les appels sont rejetés et l'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant Alan Peter Knapczyk : Simon Renouf Professional Corporation, Edmonton.

Procureurs de l'appelant John Reginald Alcantara : Evans Fagan Rice McKay, Calgary.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Meredith Katharine Borowiec *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Women's Legal Education and Action Fund Inc. and Criminal Lawyers' Association of Ontario *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Borowiec

2016 SCC 11

File No.: 36585.

2016: January 20; 2016: March 24.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Infanticide — Elements of offence — Accused found guilty of infanticide in relation to her deceased newborns — Offence provision providing that female person commits infanticide when by wilful act or omission she causes death of her newly-born child, if at time of act or omission she is not fully recovered from effects of giving birth to child and by reason thereof or of effect of lactation consequent on birth of child her mind is then disturbed — Legal meaning of expression "her mind is then disturbed" — Whether trial judge failed to apply legal standard set out by statutory language and failed to appreciate evidence of accused's mental state — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 233.

In October 2010, a newborn child was found crying in a dumpster. B admitted that she had given birth to the child. She later admitted to having delivered two other babies in 2008 and 2009 and leaving each of them in a dumpster. B was charged with two counts of second degree murder in relation to the deceased newborns. The trial judge acquitted B of murder and found her guilty of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Meredith Katharine Borowiec *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc. et Criminal Lawyers' Association of Ontario *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Borowiec

2016 CSC 11

N° du greffe : 36585.

2016 : 20 janvier; 2016 : 24 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Infanticide — Éléments de l'infraction — Accusée déclarée coupable d'infanticide eu égard à ses nouveau-nés décédés — Disposition pénale portant qu'une femme commet le crime d'infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né alors qu'elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation conséquente à la naissance de l'enfant, son esprit est alors déséquilibré — Sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » — Le juge du procès a-t-il omis d'appliquer la norme juridique établie par le libellé de la disposition et d'apprécier la preuve de l'état d'esprit de l'accusée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 233.

En octobre 2010, un enfant nouveau-né a été trouvé en pleurs dans une benne à ordures. B a avoué avoir donné naissance à l'enfant. Elle a avoué par la suite avoir donné naissance à deux autres bébés, en 2008 et 2009 respectivement, et les avoir laissés tous deux dans une benne à ordures. B a été accusée de deux chefs de meurtre au deuxième degré eu égard aux nouveau-nés décédés. Le

two counts of infanticide. The majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Infanticide is a form of culpable homicide and applies in the narrow set of circumstances where (1) a mother, by a wilful act or omission, kills her newborn child and, (2) at the time of the act or omission, the mother's mind is "disturbed" either because she is not fully recovered from the effects of giving birth or by reason of the effect of lactation.

The question of the meaning of the phrase "her mind is then disturbed" is one of statutory interpretation. The grammatical and ordinary sense of the words, their place within the *Criminal Code*, the provision's legislative history and evolution, and the jurisprudence interpreting the phrase "her mind is then disturbed" do not support the conclusion that Parliament intended to restrict the concept of a disturbed mind to those who have "a substantial psychological problem". Rather, the phrase "mind is then disturbed" should be applied as follows: (a) the word "disturbed" is not a legal or medical term of art, but should be applied in its grammatical and ordinary sense; (b) in the context of whether a mind is disturbed, the term can mean "mentally agitated", "mentally unstable" or "mental discomposure"; (c) the disturbance need not constitute a defined mental or psychological condition or a mental illness. It need not constitute a mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code* or amount to a significant impairment of the accused's reasoning faculties; (d) the disturbance must be present at the time of the act or omission causing the "newly-born" child's death and the act or omission must occur at a time when the accused is not fully recovered from the effects of giving birth or of lactation; (e) there is no requirement to prove that the act or omission was caused by the disturbance. The disturbance is part of the *actus reus* of infanticide, not the *mens rea*; (f) the disturbance must be "by reason of" the fact that the accused was not fully recovered from the effects of giving birth or from the effect of lactation consequent on the birth of the child.

The trial judge, relying on the defence expert's opinion and the evidence as a whole, concluded that B's mind was "disturbed" as a result of not yet having fully recovered from the effects of giving birth. There was no error in the trial judge's summary of the law of infanticide. Based on his assessment of the evidence, the trial judge was entitled

juge du procès a acquitté B des accusations de meurtre et l'a déclarée coupable de deux chefs d'infanticide. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel formé par le ministère public.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'infanticide est une forme d'homicide coupable qui s'applique dans les circonstances très restreintes où (1) une mère, par un acte ou une omission volontaire, cause la mort de son enfant nouveau-né et où (2) au moment de l'acte ou de l'omission, l'esprit de la mère est « déséquilibré » soit parce qu'elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance ou du fait de la lactation.

La question du sens de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » en est une d'interprétation législative. Le sens ordinaire et grammatical des mots, leur place dans le *Code criminel*, l'historique législatif de la disposition et son évolution, de même que la jurisprudence qui a interprété la proposition « son esprit est alors déséquilibré », n'appuient pas la conclusion selon laquelle le législateur voulait limiter l'application du concept d'esprit déséquilibré aux personnes atteintes d'« un grave trouble psychologique ». La proposition « son esprit est alors déséquilibré » doit plutôt être ainsi appliquée : a) le mot « déséquilibré » n'est pas un terme juridique ou médical technique; il faut plutôt l'appliquer dans son sens ordinaire et grammatical; b) lorsqu'il s'agit de déterminer si un esprit est déséquilibré, ce mot peut vouloir dire « mentalement agité », « mentalement instable » ou « frappé de confusion mentale »; c) le déséquilibre n'a pas à constituer un trouble mental ou psychologique défini ou encore une maladie mentale; il n'a pas non plus à constituer un « trouble mental » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 16 du *Code criminel* ni ne suppose un affaiblissement important des facultés de raisonnement de l'accusée; d) le déséquilibre doit être présent au moment de l'acte ou de l'omission causant la mort de l'enfant nouveau-né et cet acte ou cette omission doit survenir à un moment où l'accusée n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance ou de la lactation; e) il n'est pas nécessaire de prouver que l'acte ou l'omission découle du déséquilibre, lequel fait partie de l'*actus reus* de l'infanticide et non pas de sa *mens rea*; f) le déséquilibre doit avoir résulté « du fait » que l'accusée n'était pas complètement remise d'avoir donné naissance ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant.

Le juge du procès, se fondant sur l'avis de l'experte de la défense et sur l'ensemble de la preuve, a conclu que l'esprit de B était « déséquilibré » du fait qu'elle n'était toujours pas complètement remise d'avoir donné naissance. Le résumé du droit de l'infanticide qu'a fait le juge du procès ne contenait aucune erreur. Vu son appréciation

to conclude or have a reasonable doubt that B's mind was "disturbed" at the time of the offences despite any indication of rational behaviour and wilful blindness.

Cases Cited

Approved: *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, aff'g (2008), 237 C.C.C. (3d) 215, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; **referred to:** *R. v. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212; *R. v. Guimont* (1999), 141 C.C.C. (3d) 314; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Leung*, 2014 BCSC 558.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, S.C. 1948, c. 39, s. 7.
Coroners and Justice Act 2009 (U.K.), c. 25, s. 57.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 262.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "mental disorder", "newly-born child", 16, 233, 663(b), 672.11(c).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 204.
Infanticide Act, 1922 (U.K.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18, s. 1(1).
Infanticide Act, 1938 (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, s. 1(1).

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. V, 4th Sess., 20th Parl., June 14, 1948, pp. 5184-87.
Davies, D. Seaborne. "Child-Killing in English Law" (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Grand Robert de la langue française, 2e éd. Paris: Le Robert, 2001, "*déséquilibré*".
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "disturbed".
United Kingdom. House of Lords. *Hansard*, series 5, vol. 50, May 25, 1922, pp. 758-59, 761-62, 765 and 768 (online: http://hansard.millbanksystems.com/lords/1922/may/25/child-murder-trial-bill).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, McDonald and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, 326 C.C.C. (3d) 438, 22 C.R. (7th) 132, [2015] A.J. No. 752 (QL), 2015 CarswellAlta 1237 (WL Can.), affirming the accused's convictions for infanticide. Appeal dismissed.

de la preuve, le juge du procès pouvait conclure que l'esprit de B était « déséquilibré » au moment des infractions malgré les indices de comportement rationnel et d'aveuglement volontaire; il pouvait aussi avoir un doute raisonnable à cet égard.

Jurisprudence

Arrêt approuvé : *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, conf. (2008), 237 C.C.C. (3d) 215, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; **arrêts mentionnés :** *R. c. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212; *R. c. Guimont* (1999), 33 C.R. (5th) 160; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Leung*, 2014 BCSC 558.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2 « enfant nouveau-né » ou « nouveau-né », « troubles mentaux », 16, 233, 663b), 672.11c).
Code criminel, S.C. 1953-54, c. 51, art. 204.
Code criminel, S.R.C. 1927, c. 36, art. 262.
Coroners and Justice Act 2009 (R.-U.), c. 25, art. 57.
Infanticide Act, 1922 (R.-U.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18, art. 1(1).
Infanticide Act, 1938 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, art. 1(1).
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1948, c. 39, art. 7.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 4e sess., 20e lég., 14 juin 1948, p. 5329-5332.
Davies, D. Seaborne. « Child-Killing in English Law » (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
Grand Robert de la langue française, 2e éd., Paris, Le Robert, 2001, « déséquilibré ».
Oxford English Dictionary, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, « *disturbed* ».
Royaume-Uni. House of Lords. *Hansard*, series 5, vol. 50, May 25, 1922, pp. 758-59, 761-62, 765 and 768 (en ligne : http://hansard.millbanksystems.com/lords/1922/may/25/child-murder-trial-bill).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, McDonald et Wakeling), 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, 326 C.C.C. (3d) 438, 22 C.R. (7th) 132, [2015] A.J. No. 752 (QL), 2015 CarswellAlta 1237 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusée pour infanticide. Pourvoi rejeté.

Julie Morgan and *Joanne Dartana*, for the appellant.

Andrea L. Serink and *Alias Amelia Sanders*, for the respondent.

Jocelyn Speyer, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jessica Orkin, *Kim Stanton* and *Frances Mahon*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

Jonathan Dawe and *Michael Dineen*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

Cromwell J. —

I. Introduction

[1] This case requires us to explore a particularly dark corner of the criminal law, the law of infanticide. Section 233 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that "[a] female person commits infanticide when by a wilful act or omission she causes the death of her newly-born child, if at the time of the act or omission she is not fully recovered from the effects of giving birth to the child and by reason thereof or of the effect of lactation consequent on the birth of the child her mind is then disturbed". The focus of the appeal is the legal meaning of the phrase "her mind is then disturbed", a phrase which is not defined in the *Code* and for which the case law has provided little explanation.

[2] In my opinion, Parliament intended the concept of a "disturbed" mind in this offence to have its ordinary meaning, so as to provide a broad and flexible legal standard which will serve the ends of justice in the particular circumstances of these difficult cases. While we can provide some limited guidance

Julie Morgan et *Joanne Dartana*, pour l'appelante.

Andrea L. Serink et *Alias Amelia Sanders*, pour l'intimée.

Jocelyn Speyer, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jessica Orkin, *Kim Stanton* et *Frances Mahon*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc.

Jonathan Dawe et *Michael Dineen*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

Le juge Cromwell —

I. Introduction

[1] En l'espèce, nous sommes appelés à étudier un aspect particulièrement sombre du droit criminel, le droit de l'infanticide. Aux termes de l'art. 233 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »), « [u]ne personne de sexe féminin commet un crime d'infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né, si au moment de l'acte ou de l'omission elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant, son esprit est alors déséquilibré ». Le nœud du pourvoi réside dans le sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré », qui n'est pas définie dans le *Code criminel* et au sujet de laquelle la jurisprudence donne peu d'explications.

[2] À mon avis, le législateur voulait donner à la notion d'esprit « déséquilibré » dans le contexte de cette infraction son sens ordinaire, pour qu'elle constitue une norme juridique générale et souple qui sert l'intérêt de la justice dans les circonstances particulières de ces cas difficiles. Bien que nous

for trial judges and juries, the rest is left, by Parliament's design, to their good judgment.

II. Overview of Facts, Issues and Judicial History

[3] In October 2010, a newborn child was found crying in a dumpster. The respondent, who was sitting nearby, admitted that she had given birth to the child. She later admitted to having delivered two other babies in 2008 and 2009 and leaving each of them in a dumpster.

[4] The respondent was charged with two counts of second degree murder in relation to the deceased newborns. Two expert witnesses were called at trial, each with opposing views on whether the respondent's mind was disturbed at the time of the offences.

[5] Dr. Kenneth Hashman, called by the Crown, was of the opinion that the respondent's "balance of the mind", as that expression is used in s. 672.11(c) of the *Criminal Code*, was not disturbed at the time of the commission of the alleged offences in 2008 and 2009. Dr. Jeannette Smith, called by the defence, concluded that the respondent's actions were explained by her mind being disturbed as a result of her not yet having fully recovered from the effects of giving birth.

[6] The main issue at trial and on appeal was whether the evidence gave rise to a reasonable doubt as to whether the respondent's mind, at the time of the acts which resulted in the children's deaths, was disturbed by reason of not having fully recovered from the effects of giving birth or lactation.

[7] The trial judge accepted Dr. Smith's opinion. In rejecting Dr. Hashman's opinion, the trial judge noted that the expert failed to refer to an "important symptom" in his final report (namely that the respondent suffered "significant depersonalization" evidenced by statements that she felt like she had

puissions donner quelques précisions aux juges de première instance et aux jurés, le reste est laissé, par les soins du législateur, à leur bon jugement.

II. Aperçu des faits, questions en litige et historique judiciaire

[3] En octobre 2010, un enfant nouveau-né a été trouvé en pleurs dans une benne à ordures. L'intimée, qui était assise à proximité, a admis avoir donné naissance à l'enfant. Elle a avoué par la suite avoir donné naissance à deux autres bébés, en 2008 et 2009 respectivement, et les avoir laissés tous deux dans une benne à ordures.

[4] L'intimée a été accusée de deux chefs de meurtre au deuxième degré eu égard aux nouveau-nés décédés. Deux experts ont été cités à témoigner au procès et ont exprimé des opinions opposées sur la question de savoir si l'esprit de l'intimée était déséquilibré au moment où les infractions ont été commises.

[5] Le D[r] Kenneth Hashman, cité par le ministère public, s'est dit d'avis que l'intimée n'était pas [TRADUCTION] « mentalement déséquilibrée » — expression qui figure à l'al. 672.11c) du *C. cr.* — au moment où les infractions auraient été commises en 2008 et 2009. La D[re] Jeannette Smith, citée par la défense, a conclu pour sa part que les gestes de l'intimée s'expliquaient par le déséquilibre de son esprit du fait qu'elle n'était toujours pas complètement remise d'avoir donné naissance.

[6] Au procès et en appel, la principale question était celle de savoir si la preuve soulevait un doute raisonnable quant à savoir si l'esprit de l'intimée, au moment où ont été posés les actes qui ont entraîné la mort des enfants, était déséquilibré parce qu'elle n'était pas complètement remise d'avoir donné naissance ou par suite de la lactation.

[7] Le juge du procès a donné foi à l'opinion de la D[re] Smith. En rejetant celle du D[r] Hashman, il a noté que l'expert avait omis de faire référence dans son rapport final à un [TRADUCTION] « important symptôme » (soit que l'intimée avait souffert d'une « dépersonnalisation avancée » dont témoignent ses

"zero control" of her actions and was "observing from outside" her own body); erroneously applied the "balance of the mind" language found under s. 672.11(c) of the *Criminal Code*; and that he seemed to require that the respondent have a mental disorder in order to have a disturbed mind.

[8] In addition to Dr. Smith's opinion, the trial judge considered the case as a whole, including that the respondent had no criminal record and no psychopathic or sociopathic tendencies. The trial judge concluded, as a result of the respondent's "bizarre actions" and Dr. Smith's opinion, that the respondent's mind was disturbed as a result of the births. Consequently, the trial judge found that the Crown failed to prove beyond a reasonable doubt that the respondent's mind was not disturbed. The trial judge acquitted the respondent of murder and found her guilty of two counts of infanticide.

[9] On the Crown's appeal of the acquittal at trial, the Court of Appeal divided. The majority upheld the acquittals on the counts of second degree murder. Côté and McDonald JJ.A., writing for the majority, held that Parliament was deliberately vague in defining infanticide and that Parliament intended to set "a very low threshold" in using the term "disturbed": 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, at para. 45, citing *R. v. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212, at paras. 32 and 37. The majority also concluded that, while s. 233 does not refer to "balance of the mind", it was unlikely that Parliament intended any significant difference between that language and the "mind is disturbed" as found in s. 233: para. 50. While the trial judge was wrong on this point, the majority ultimately found no error in the trial judge's analysis of the law on infanticide and dismissed the appeal.

déclarations selon lesquelles elle n'avait « aucune maîtrise » de ses gestes et qu'elle « avait observé » son propre corps « de l'extérieur »). Selon le juge du procès, le D^r^ Hashman avait en outre mal appliqué le terme « mentalement déséquilibré » qui figure à l'al. 672.11c) du *C. cr.*, en plus, enfin, d'exiger que l'intimée souffre d'un trouble mental pour que son esprit ait été déséquilibré.

[8] Outre l'opinion de la D^re^ Smith, le juge du procès a examiné le dossier dans son ensemble, y compris le fait que l'intimée n'avait ni antécédents judiciaires ni tendances psychopathes ou sociopathes. Le juge du procès a conclu que, compte tenu de l'opinion de la D^re^ Smith ainsi que des [TRADUCTION] « gestes bizarres » posés par l'intimée, l'esprit de cette dernière était déséquilibré par suite des naissances. En conséquence, il a conclu que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l'esprit de l'intimée n'était pas déséquilibré. Le juge du procès a donc acquitté l'intimée des accusations de meurtre et l'a déclarée coupable de deux chefs d'infanticide.

[9] Quant à l'appel formé par le ministère public contre l'acquittement prononcé au terme du procès, la Cour d'appel a été partagée. Les juges majoritaires ont maintenu les acquittements quant aux chefs de meurtre au deuxième degré. Les juges Côté et McDonald, qui ont rédigé l'opinion majoritaire, ont conclu que le législateur avait délibérément défini l'infanticide en termes vagues et qu'il souhaitait fixer un [TRADUCTION] « critère très peu exigeant » en utilisant le terme « déséquilibré » : 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, par. 45, citant *R. c. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212, par. 32 et 37. Les juges majoritaires ont également conclu que, même si l'art. 233 ne fait pas référence à une accusée [TRADUCTION] « mentalement déséquilibrée », il était improbable que le législateur ait voulu une différence significative entre cette formulation et l'expression « esprit déséquilibré » qui figure à l'art. 233 : par. 50. Même si le juge du procès avait eu tort sur ce point, les juges majoritaires ont ultimement conclu qu'il n'avait commis aucune erreur dans son analyse du droit de l'infanticide et ont rejeté l'appel.

[10] The dissenting justice, Wakeling J.A., found that a woman had a "disturbed" mind only if her psychological health was substantially compromised because she recently gave birth and she had a newborn to care for and, as a result, her ability to make rational decisions promoting the best interests of her child was substantially impaired. Wakeling J.A. found that the trial judge and the experts failed to apply this standard (or any other standard) and would have allowed the appeal and ordered a new trial.

[11] The main issue on the further appeal to this Court concerns the legal meaning of the phrase "her mind is then disturbed". I will first put this issue in the context of the law of infanticide and then turn to the definitional issue.

III. Analysis

A. *Overview of the Law of Infanticide*

[12] The law of infanticide has been comprehensively reviewed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, leave to appeal refused, [2011] 4 S.C.R. x. I need do little more than summarize its key conclusions.

[13] Infanticide, which is defined in s. 233 of the *Criminal Code*, is a form of culpable homicide and applies in the narrow set of circumstances where (1) a mother, by a wilful act or omission, kills her newborn child (under one year of age, as defined by the *Criminal Code*, s. 2) and, (2) at the time of the act or omission, the mother's mind is "disturbed" either because she is not fully recovered from the effects of giving birth or by reason of the effect of lactation: *L.B.*, at para. 58.

[14] This definition "requires a mother-child relationship between the perpetrator and the victim": *L.B.*, at para. 59. Further, "the mental state of the

[10] Le juge Wakeling, dissident, a jugé pour sa part qu'une femme n'a l'esprit « déséquilibré » que si sa santé psychologique est gravement compromise du fait qu'elle a donné naissance peu de temps auparavant et qu'elle doit prendre soin d'un nouveau-né et que, en conséquence, sa capacité de prendre des décisions rationnelles dans l'intérêt de son enfant est considérablement affaiblie. Le juge Wakeling a conclu que le juge du procès et les experts n'avaient pas appliqué cette norme (ou quelque autre norme que ce soit) et il était d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[11] La principale question en litige dans l'appel subséquent interjeté devant la Cour est celle du sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré ». Je situerai tout d'abord cette question dans le contexte du droit de l'infanticide, puis traiterai du sens à lui donner.

III. Analyse

A. *Aperçu du droit de l'infanticide*

[12] Le droit de l'infanticide a été examiné de fond en comble par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, demande d'autorisation d'appel refusée, [2011] 4 R.C.S. x. Je n'ai pour ma part qu'à en résumer les conclusions principales.

[13] Défini à l'art. 233 du *C. cr.*, l'infanticide est une forme d'homicide coupable qui s'applique dans les circonstances très restreintes où (1) une mère, par un acte ou une omission volontaire, cause la mort de son enfant nouveau-né (de moins d'un an, selon la définition qu'en donne l'art. 2 du *C. cr.* sous l'entrée « enfant nouveau-né ou nouveau-né ») et où (2) au moment de l'acte ou de l'omission, l'esprit de la mère est « déséquilibré » soit parce qu'elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance ou du fait de la lactation : *L.B.*, par. 58.

[14] Selon cette définition, [TRADUCTION] « il doit exister une relation mère-enfant entre la victime et l'auteure du crime » : *L.B.*, par. 59. De plus, « l'esprit

perpetrator/mother must be disturbed and that disturbance must be connected to the effects of giving birth or lactation": *ibid.* The offence of "infanticide does not require any causal connection between the disturbance of the mother's mind and the decision to do the thing that caused her child's death": *ibid.*; *R. v. Guimont* (1999), 141 C.C.C. (3d) 314 (Que. C.A.), at p. 317. The disturbance is part of the *actus reus* of the offence, and not the *mens rea*: *L.B.*, at para. 59.

[15] Infanticide operates both as a stand-alone offence and as a partial defence, as in this case, to a charge of murder: *L.B.*, at paras. 99 and 104; *Guimont*, at p. 320. Where the evidence establishes an air of reality to an infanticide defence, the Crown must negate the defence beyond a reasonable doubt: *L.B.*, at para. 137.

[16] The *mens rea* of infanticide is the same as that required for manslaughter: *L.B.*, at para. 114. Thus, "to prove infanticide, the Crown must establish the *mens rea* associated with the unlawful act that caused the child's death and [the] objective foreseeability of the risk of bodily harm to the child from that assault": *ibid.*, at para. 121. As the Court of Appeal notes, it is the "unique actus reus of infanticide that distinguishes it from murder and manslaughter": *ibid*.

[17] When infanticide is raised as a partial defence to a charge of murder or manslaughter, the jury should be instructed as set out in *L.B.*, at para. 139. Where the Crown proves that the accused committed a culpable homicide, the jury must consider the nature of the culpable homicide and whether it is infanticide. If the Crown fails to negate at least one of the elements of infanticide beyond a reasonable doubt, the jury must be instructed to return a verdict of not guilty of murder, but guilty of infanticide: *ibid*.

de [cette dernière], soit la mère, doit être déséquilibré et ce déséquilibre doit être lié aux effets de l'accouchement ou de la lactation » : *ibid.* « Pour être en présence d'un infanticide, il n'est pas nécessaire qu'il existe un lien de cause à effet entre le déséquilibre de l'esprit de la mère et la décision de poser le geste qui cause la mort de l'enfant » : *ibid.*; *R. c. Guimont*, (1999), 33 C.R. (5th) 160 (C.A. Qc), p. 162-163. Le déséquilibre fait partie intégrante de l'*actus reus* de l'infraction et non de sa *mens rea* : *L.B.*, par. 59.

[15] L'infanticide peut constituer à la fois une infraction autonome et, comme en l'espèce, une défense partielle en réponse à une accusation de meurtre : *L.B.*, par. 99 et 104; *Guimont*, p. 165. Lorsque la preuve donne une vraisemblance à la défense d'infanticide, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable qu'elle ne s'applique pas : *L.B.*, par. 137.

[16] La *mens rea* de l'infanticide est la même que celle requise pour conclure à la perpétration d'un homicide involontaire : *L.B.*, par. 114. Ainsi, [TRADUCTION] « pour faire la preuve d'un infanticide, le ministère public doit établir la *mens rea* associée à l'acte illégal qui a causé la mort de l'enfant ainsi que la prévisibilité objective du risque que l'enfant subisse des lésions corporelles par suite de l'agression » : *ibid*., par. 121. Comme l'a souligné la Cour d'appel, c'est « l'actus reus unique de l'infanticide qui le distingue du meurtre et de l'homicide involontaire » : *ibid*.

[17] Lorsque l'infanticide est invoqué à titre de défense partielle en réponse à une accusation de meurtre ou d'homicide involontaire, le jury doit être instruit tel qu'il est énoncé dans *L.B.*, par. 139. Si le ministère public prouve que l'accusée a commis un homicide coupable, le jury doit examiner la nature de cet homicide et se demander s'il s'agit d'un infanticide. Si le ministère public ne parvient pas à prouver l'inexistence d'au moins un des éléments constitutifs de l'infanticide hors de tout doute raisonnable, le juge du procès doit donner comme directive au jury de déclarer l'accusée non coupable de meurtre, mais coupable d'infanticide : *ibid.*

B. *Disturbed Mind*

[18] The question of the meaning of the phrase "her mind is then disturbed" is one of statutory interpretation. To answer it, we apply the often reiterated "modern" approach which requires that we read the words in their "entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. I will look at the grammatical and ordinary sense of the words, their place within the *Criminal Code*, the provision's legislative history and evolution, and, finally, at the jurisprudence interpreting this phrase.

(1) Grammatical and Ordinary Sense

[19] The adjective "disturbed" means "[d]isquieted; agitated; having the settled state, order, or position interfered with" and "emotionally or mentally unstable or abnormal": *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 872.

[20] The French version of the legislation provides that a woman commits infanticide "*si au moment de l'acte ou de l'omission elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant, son esprit est alors déséquilibré*". *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001) defines "*déséquilibré*" as "*[q]ui n'a pas ou n'a plus son équilibre mental, psychique*": p. 1344.

[21] The grammatical and ordinary sense of the words used in s. 233 supports the conclusion that the legislator did not intend to restrict the availability of infanticide to situations where the psychological health of the woman was substantially compromised or where a mental disorder was established.

[22] The statutory language also shows that there is no requirement for a causal connection between the disturbance of the accused's mind and the act or

B. *L'esprit déséquilibré*

[18] La question du sens de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » en est une d'interprétation législative. Pour y répondre, nous appliquons l'approche « moderne » souvent reprise qui consiste à interpréter les mots dans leur [TRADUCTION] « contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87. Je vais donc me pencher sur le sens ordinaire et grammatical des mots, sur leur place dans le *Code criminel*, sur l'historique législatif de la disposition et sur son évolution. Enfin, j'analyserai la jurisprudence qui a interprété cette proposition.

(1) Sens ordinaire et grammatical

[19] L'adjectif « déséquilibré » signifie « [q]ui n'a pas ou n'a plus son équilibre mental, psychique » : *Le Grand Robert de la langue française* (2e éd. 2001), p. 1344.

[20] La version anglaise de la disposition législative prévoit qu'une femme commet un infanticide « *if at the time of the act or omission she is not fully recovered from the effects of giving birth to the child and by reason thereof or of the effect of lactation consequent on the birth of the child her mind is then disturbed* ». Selon *The Oxford English Dictionary* (2e éd. 1989), p. 872, « *disturbed* » signifie : « *[d]isquieted; agitated; having the settled state, order, or position interfered with* » et « *emotionally or mentally unstable or abnormal* ».

[21] Le sens ordinaire et grammatical des mots employés à l'art. 233 permet de conclure que le législateur n'entendait pas restreindre la possibilité de porter des accusations d'infanticide aux situations où la santé psychologique de la femme a été gravement compromise ou à celles dans lesquelles des troubles mentaux ont été établis.

[22] Le libellé de la disposition démontre également qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien de causalité entre le déséquilibre de l'esprit de l'accusée

omission causing the child's death. There is, however, a required link between the disturbance and having not fully recovered from the effects of giving birth to the child or of the effect of lactation consequent on the child's birth; in either case the disturbance must be "by reason thereof".

(2) Statutory Context

[23] The concept of a "disturbed" mind is unique to infanticide and does not appear elsewhere in the *Criminal Code*. Conceptually, a "disturbed" mind must be different from a "mental disorder", a term used in s. 16 of the *Criminal Code*, and, when proved on a balance of probabilities, can lead to a verdict of not criminally responsible. It must also be different from non-insane automatism, which makes the act committed by the accused involuntary: *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 896.

[24] From this we may infer that the disturbance addressed in the infanticide provisions need not reach the level required to provide a defence under s. 16 of the *Criminal Code*, that is, to be the result of a mental disorder (which is defined as a "disease of the mind" under s. 2 of the *Criminal Code*) that renders the accused incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong. We can also infer that the disturbance aspect of infanticide need not render the accused's acts or omissions involuntary as is required for automatism.

(3) Legislative History and Evolution

[25] Section 233 of the *Criminal Code* originated in the English *Infanticide Act, 1922* (U.K.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18. In 1938, that legislation was replaced with the *Infanticide Act, 1938* (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, and, in 2010, was amended by the *Coroners and Justice Act 2009* (U.K.), c. 25, s. 57.

[26] The *Infanticide Act, 1922* introduced the requirement that "at the time of the act or omission

et l'acte ou l'omission entraînant la mort de l'enfant. Par contre, il doit y avoir un lien entre le déséquilibre et le fait que l'accusée ne soit pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant; dans les deux cas, le déséquilibre doit résulter « de ce fait ».

(2) Contexte législatif

[23] La notion d'esprit « déséquilibré » est propre à l'infanticide et n'apparaît nulle part ailleurs dans le *Code criminel.* Sur le plan conceptuel, la notion d'esprit « déséquilibré » doit se distinguer de celle de « troubles mentaux » — dont il est question à l'art. 16 du *C. cr.* —, lesquels, lorsqu'ils sont établis selon la prépondérance des probabilités, peuvent entraîner un verdict de non-responsabilité criminelle. L'esprit déséquilibré doit également se distinguer de l'automatisme sans aliénation mentale qui fait de l'acte de l'accusé un geste involontaire : *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, p. 896.

[24] Nous pouvons déduire de ce qui précède que le déséquilibre dont il est question dans les dispositions sur l'infanticide n'a pas à être grave au point de fournir le moyen de défense visé à l'art. 16 du *C. cr.*, c'est-à-dire résulter de troubles mentaux (définis comme étant « [t]oute maladie mentale » à l'art. 2 du *C. cr.*) qui rendent l'accusée incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était répréhensible. Nous pouvons aussi en déduire que le volet de l'infanticide relatif au déséquilibre n'exige pas que les actes ou omissions de l'accusée soient involontaires, contrairement à ce que requiert l'automatisme.

(3) Historique et évolution de la loi

[25] L'article 233 du *C. cr.* tire son origine de la loi anglaise *Infanticide Act*, *1922* (R.-U.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18. Cette loi a été remplacée par l'*Infanticide Act, 1938* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, qui, elle, a été modifiée en 2010 par la *Coroners and Justice Act 2009* (R.-U.), c. 25, art. 57.

[26] L'*Infanticide Act, 1922* a instauré la nécessité qu'[TRADUCTION] « au moment de l'acte ou

[the mother] had not fully recovered from the effect of giving birth to such child, and by reason thereof the balance of her mind was then disturbed": s. 1(1). The *Infanticide Act, 1938* introduced amendments that remain in force today, in particular that the "balance of [the mother's] mind" could be "disturbed by reason of her not having fully recovered from the effect of giving birth to the child or by reason of the effect of lactation consequent upon the birth of the child": s. 1(1).

[27] The adoption of the *Infanticide Act, 1922* was intended to remedy the fact that judges and juries were reticent to convict a mother who killed her newborn of murder since she necessarily faced the death penalty: House of Lords, *Hansard*, series 5, vol. 50, May 25, 1922 (online) (the "*Child Murder (Trial) Bill*"), at pp. 758-59; see also D. Seaborne Davies, "Child-Killing in English Law" (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203, at pp. 211 and 217-19; and *L.B.*, at paras. 67-68. The conditions in which infanticide arose drew much public sympathy. It was thought to be a crime mostly committed by "illegitimate mothers" trying to hide their shame, a motive which the general opinion thought lessened the heinousness of the crime. Further, it was acknowledged that women who committed infanticide often faced difficult economic circumstances, which led to the commission of the crime: Davies, at pp. 221-22.

[28] The drafters of the *Infanticide Act, 1922* deliberately adopted broad language. In the House of Lords, the Lord Chancellor noted that the words expressing the requirement that the balance of the mother's mind be disturbed were "not terms of art". Rather, the use of these "new words" was intended to distinguish it from the language "appropriated by prescriptive usage to insanity proper and to mental derangement produced by drunkenness" and that it was better to provide a formula "which might be the subject of reasonable judicial decision" and which would give effect to the intention behind the proposed legislation: *Child Murder (Trial) Bill*, at pp. 761-62.

de l'omission [la mère] ne s'était pas complètement remise d'avoir donné naissance à cet enfant et que, de ce fait, son esprit était alors déséquilibré » : par. 1(1). L'*Infanticide Act, 1938* a introduit des modifications qui sont toujours en vigueur aujourd'hui, notamment la disposition aux termes de laquelle [TRADUCTION] « l'esprit de la [mère] » peut être « déséquilibré du fait qu'elle ne s'est pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant » : par. 1(1).

[27] L'*Infanticide Act, 1922* a été adoptée pour remédier à la réticence des juges et des jurys à reconnaître coupable de meurtre une mère qui avait tué son nouveau-né, étant donné qu'elle risquait forcément la peine de mort : House of Lords, *Hansard*, series 5, vol. 50, 25 mai 1922 (en ligne) (le « *Child Murder (Trial) Bill* »), p. 758-759; voir aussi D. Seaborne Davies, « Child-Killing in English Law » (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203, p. 211 et 217-219; et *L.B.*, par. 67-68. Les conditions dans lesquelles survenait l'infraction d'infanticide suscitaient énormément de sympathie au sein du public. On estimait qu'il s'agissait d'un crime commis la plupart du temps par des [TRADUCTION] « mères illégitimes » tentant de dissimuler leur honte, un motif qui, de l'avis général, rendait le crime moins odieux. En outre, on reconnaissait que les auteures d'infanticides éprouvaient souvent des difficultés financières qui les avaient amenées à passer à l'acte : Davies, p. 221-222.

[28] Les rédacteurs de l'*Infanticide Act, 1922* l'ont délibérément formulée en termes généraux. À la Chambre des lords, le lord chancelier a fait remarquer que les mots exprimant la nécessité que l'esprit de la mère soit déséquilibré n'étaient [TRADUCTION] « pas des termes techniques ». Les notions désignées par ces « néologismes » étaient plutôt censées se distinguer de celles visées par les mots « réservés à l'expression consacrée "aliénation mentale" proprement dite et des troubles mentaux causés par l'ivresse ». Il a en outre précisé qu'il valait mieux établir une formule « qui pourrait se traduire par des décisions judiciaires raisonnables » et donnerait effet à l'intention qui sous-tend la loi proposée : *Child Murder (Trial) Bill*, p. 761-762.

[29] However, the language used did introduce some limitations. Lord Carson recommended that the legislation should not provide relief to just any woman who has gone through childbirth. Rather, it should apply in situations where there was evidence that "the crime when committed was the result of the balance of [the mother's] mind having been disturbed": *Child Murder (Trial) Bill*, at p. 765. The Lord Chancellor agreed that one had to establish "some exceptional derangement and disturbance": p. 768.

[30] In Canada, infanticide first appeared in the *Criminal Code* in 1948: *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 262, as amended by *An Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1948, c. 39, s. 7. In the English version of the law, Parliament adopted the same "balance of the mind" language as in the *Infanticide Act, 1922*. Amendments were made to the infanticide provisions in 1954: *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51. Among other changes, Parliament replaced the "balance of the mind" language with the requirement that the mother's mind must be "then disturbed" and added lactation, in addition to giving birth, as a potential cause of that disturbance: s. 204. While the "balance of the mind" language was retained in other provisions pertaining to infanticide, namely ss. 663(b) and 672.11(c) of the *Criminal Code*, there is no meaningful difference between this language and the requirement that the mother's "mind is then disturbed" under s. 233 of the *Criminal Code*. In the French versions of the successive statutory provisions at issue, the following language was used: "*son esprit était alors déséquilibré*" (in the 1927 version of the infanticide provision and in s. 663(b)); "*son esprit est alors déséquilibré*" (in the 1954 version of the infanticide provision); and "*mentalement déséquilibrée*" (in s. 672.11(c)). There is no meaningful difference, either, in the language used in French to describe the mother's required state of mind.

[31] The same concerns that led to the *Infanticide Act, 1922* in the U.K. were also motivating factors

[29] Les termes employés supposaient cependant l'application de certaines restrictions. Lord Carson a recommandé que la loi n'offre pas de voie de recours à n'importe quelle femme ayant donné naissance. La loi devait plutôt s'appliquer dans des situations où la preuve montrait que [TRADUCTION] « le crime, au moment de sa perpétration, était imputable au déséquilibre de l'esprit de [la mère] » : *Child Murder (Trial) Bill*, p. 765. Le lord chancelier a reconnu qu'il fallait établir « un trouble et un déséquilibre exceptionnels » : p. 768.

[30] Au Canada, l'infanticide est apparu pour la première fois dans le *Code criminel* en 1948 : *Code criminel*, S.R.C. 1927, c. 36, art. 262, modifié par la *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1948, c. 39, art. 7. Dans la version anglaise de la loi, le législateur a repris le terme « *balance of the mind* » employé dans l'*Infanticide Act, 1922*. Les dispositions en matière d'infanticide ont été modifiées en 1954 : *Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51. Le législateur a notamment substitué au terme « *balance of the mind* », dans la version anglaise de la loi, la règle selon laquelle l'esprit de la mère doit être « *then disturbed* » et a ajouté la lactation, en plus du fait de donner naissance, comme cause éventuelle de cet état : art. 204. Bien que les mots anglais « *balance of the mind* » figurent encore dans d'autres dispositions de la version anglaise du *Code criminel* relatives à l'infanticide, à savoir les al. 663b) et 672.11c), il n'y a aucune différence marquante entre ces mots et l'exigence énoncée à l'art. 233 du *C. cr.* que l'esprit de la mère « *[be] then disturbed* ». Dans les versions françaises des dispositions successives pertinentes du *Code criminel*, les expressions équivalentes en cause se sont lues ou se lisent « son esprit était alors déséquilibré » (dans la disposition sur l'infanticide de la loi de 1927 de même qu'à l'al. 663b) du *C. cr.*), « son esprit est alors déséquilibré » (dans la disposition sur l'infanticide de la loi de 1954) et « mentalement déséquilibrée » (à l'al. 672.11c) du *C. cr.*). Là encore, j'estime que les expressions utilisées par le législateur ont toutes servi à désigner essentiellement l'état d'esprit requis de la mère.

[31] Les préoccupations à l'origine de l'*Infanticide Act, 1922* au R.-U. se sont aussi révélés des

in Canada. Namely, sympathetic juries repeatedly refused to convict mothers who killed their newborn children. The infanticide provision was intended to make it easier to get a conviction for the offence of homicide short of murder or manslaughter: *House of Commons Debates*, vol. V, 4th Sess., 20th Parl., June 14, 1948, at pp. 5184-87.

[32] It was also expressed in debates that, as the U.K. statute, the provision was intended to apply to cases "where there is not the degree of mental derangement amounting to insanity" and that "[i]t does not go as far as the rule in Macnaughton's case [which sets out a legal test for insanity]": *House of Commons Debates*, at p. 5185 (Hon. J. L. Ilsley, then Minister of Justice). It was also noted that the provision would capture "a slightly deranged, distressed mother" who would otherwise be guilty of murder: p. 5187.

[33] The debates in the U.K. and Canada surrounding the enactment of the infanticide provisions demonstrate that the purpose of the provision was to provide for a less serious offence than murder in cases of infanticide and to provide a broad and flexible standard that would be applied on a case-by-case basis.

(4) The Jurisprudence

[34] Infanticide, and, in particular, the meaning of having a "disturbed" mind at the time of committing the act or omission leading to the child's death, has received limited treatment in English and Canadian jurisprudence. The Canadian jurisprudence establishes that there is a "very low" or "fairly low" threshold for a finding of mental disturbance and that it does not require evidence that the accused has a mental disorder: *Coombs*, at paras. 36-37; *R. v. Leung*, 2014 BCSC 558, at paras. 26 and 32 (CanLII); *R. v. L.B.* (2008), 237 C.C.C. (3d) 215 (Ont. S.C.J.), at para. 59, aff'd 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365 (although the trial judge there held that the standard should not be so minimal as to cheapen or disrespect the memory of the innocent victim). In *Leung*, the jury was also told to give the

facteurs mobilisateurs au Canada. En effet, des jurys sympathiques ont maintes fois refusé de déclarer coupables des mères qui avaient tué leurs enfants nouveau-nés. La disposition sur l'infanticide devait permettre d'obtenir plus facilement une condamnation lorsqu'il s'agissait d'homicide, mais non de meurtre ni d'homicide involontaire : *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 4e sess., 20e lég., 14 juin 1948, p. 5329-5332.

[32] Les procès-verbaux des débats indiquent aussi que, comme la loi du R.-U., la disposition devait s'appliquer « lorsque la confusion mentale ne va pas jusqu'à la folie » et que « [c]ela ne va pas aussi loin que le jugement rendu dans l'affaire MacNaughton [qui établit un critère juridique d'aliénation] » : *Débats de la Chambre des communes*, p. 5330 (l'honorable J. L. Ilsley, alors ministre de la Justice). On a ajouté que la disposition s'appliquerait à « une mère en détresse et quelque peu troublée » qui se rendrait autrement coupable de meurtre : p. 5332.

[33] Les débats au R.-U. et au Canada entourant l'adoption des dispositions sur l'infanticide démontrent que la disposition en cause avait pour objet de créer une infraction moins grave que le meurtre dans les cas d'infanticide et de fixer une norme générale et souple qui s'appliquerait au cas par cas.

(4) La jurisprudence

[34] L'infanticide et, en particulier, le sens du fait d'avoir l'esprit « déséquilibré » au moment de commettre l'acte ou l'omission menant à la mort de l'enfant, a été peu étudié dans la jurisprudence tant anglaise que canadienne. Cela dit, d'après cette dernière, le critère applicable pour conclure à l'existence d'un déséquilibre mental est [TRADUCTION] « très peu exigeant » ou « assez peu exigeant » et ne nécessite pas la preuve que l'accusée souffre de troubles mentaux : *Coombs*, par. 36-37; *R. c. Leung*, 2014 BCSC 558, par. 26 et 32 (CanLII); *R. c. L.B.* (2008), 237 C.C.C. (3d) 215 (C.S.J. Ont.), par. 59, conf. par 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365 (dans cette affaire, toutefois, le juge du procès a précisé que la norme ne doit pas être minimale au point de déconsidérer la mémoire de l'innocente victime ou de lui manquer

word "disturbed" under s. 233 its ordinary, common meaning: see A.F., at para. 80 (fn. 119).

C. *Conclusion on Meaning of "Mind Is Then Disturbed"*

[35] From this review, I cannot accept the conclusion of the dissenting judge in the Court of Appeal that Parliament intended to restrict the concept of a disturbed mind to those who have "a substantial psychological problem": para. 140. Rather, I conclude that the phrase "mind is then disturbed" should be applied as follows:

(a) The word "disturbed" is not a legal or medical term of art, but should be applied in its grammatical and ordinary sense.

(b) In the context of whether a mind is disturbed, the term can mean "mentally agitated", "mentally unstable" or "mental discomposure".

(c) The disturbance need not constitute a defined mental or psychological condition or a mental illness. It need not constitute a mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code* or amount to a significant impairment of the accused's reasoning faculties.

(d) The disturbance must be present at the time of the act or omission causing the "newly-born" child's death and the act or omission must occur at a time when the accused is not fully recovered from the effects of giving birth or of lactation.

(e) There is no requirement to prove that the act or omission was caused by the disturbance. The disturbance is part of the *actus reus* of infanticide, not the *mens rea*.

(f) The disturbance must be "by reason of" the fact that the accused was not fully recovered

de respect). Dans *Leung*, le jury avait aussi reçu la directive de donner au mot « déséquilibré » qui figure à l'art. 233 son sens ordinaire et commun : voir m.a., par. 80 (note de bas de page 119).

C. *Conclusion sur le sens de la proposition « son esprit est alors déséquilibré »*

[35] L'examen auquel je viens de procéder m'empêche de retenir la conclusion du juge dissident de la Cour d'appel selon laquelle le législateur voulait limiter l'application du concept d'esprit déséquilibré aux personnes atteintes d'[TRADUCTION] « un grave trouble psychologique » : par. 140. Je conclus plutôt que la proposition « son esprit est alors déséquilibré » doit être ainsi appliquée :

a) Le mot « déséquilibré » n'est pas un terme juridique ou médical technique; il faut plutôt l'appliquer dans son sens ordinaire et grammatical.

b) Lorsqu'il s'agit de déterminer si un esprit est déséquilibré, ce mot peut vouloir dire « mentalement agité », « mentalement instable » ou « frappé de confusion mentale ».

c) Le déséquilibre n'a pas à constituer un trouble mental ou psychologique défini ou encore une maladie mentale. Il n'a pas à constituer un « trouble mental » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 16 du *C. cr.*, ni ne suppose un affaiblissement important des facultés de raisonnement de l'accusée.

d) Le déséquilibre doit être présent au moment de l'acte ou de l'omission causant la mort de l'enfant nouveau-né et cet acte ou cette omission doit survenir à un moment où l'accusée n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance ou de la lactation.

e) Il n'est pas nécessaire de prouver que l'acte ou l'omission découle du déséquilibre, qui fait partie de l'*actus reus* de l'infanticide et non pas de sa *mens rea*.

f) Le déséquilibre doit avoir résulté « du fait » que l'accusée n'était pas complètement

from the effects of giving birth or from the effect of lactation consequent on the birth of the child.

D. *Application*

(1) The Trial Judge's Reasons

[36] The trial judge reviewed the limited body of jurisprudence on infanticide and the definition of a "disturbed" mind, which, among other points, established that "disturbed" mind did not require an actual diagnosis of a mental disorder and sets a very low threshold.

[37] The trial judge rejected Dr. Hashman's evidence, finding that the Crown expert erroneously referred to the "balance of the mind" test, required proof of a mental disorder and failed to refer in his final report to an important symptom described by the respondent which supported a theory of depersonalization and dissociation despite having referred to it in prior correspondence.

[38] Dr. Smith, on the other hand, referred in her report to the respondent's descriptions of how she felt at the time of the deliveries and the similar information she gave to the police about her emotional state. For example, she noted that the respondent said she felt "detached and not thinking", like she was "dreaming but not there" and described the deliveries as an "out of body experience": A.R., vol. VI, at p. 93. This, Dr. Smith found, was "highly consistent with dissociation and depersonalization": pp. 93-94. At trial, Dr. Smith also referred to these descriptions by the respondent and found them to be consistent with "significant depersonalization".

[39] The trial judge, relying on Dr. Smith's opinion and the case as a whole, concluded that the respondent's mind was "disturbed" as a result of not yet having fully recovered from the effects of giving birth.

remise d'avoir donné naissance ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant.

D. *Application*

(1) Les motifs du juge du procès

[36] Le juge du procès a examiné la jurisprudence peu abondante sur l'infanticide et la définition de l'esprit « déséquilibré », qui établit notamment que, pour être en présence d'un tel esprit, il n'est pas nécessaire qu'un diagnostic de trouble mental ait été posé et elle fixe un critère très peu exigeant.

[37] Le juge du procès a rejeté le témoignage du D^r^ Hashman, estimant que l'expert du ministère public avait fait erreur dans son rapport final en mentionnant le test de l'accusée « mentalement déséquilibrée », en exigeant la preuve de troubles mentaux et en ne parlant pas d'un symptôme important décrit par l'intimée qui étayait la thèse de la dépersonnalisation et de la dissociation mentale, même s'il en avait fait mention dans sa correspondance antérieure.

[38] La D^re^ Smith, en revanche, a mentionné dans son rapport les fois où l'intimée avait décrit comment elle s'était sentie lors des accouchements ainsi que les renseignements semblables qu'elle avait fournis aux policiers sur son état émotionnel. Par exemple, elle a fait remarquer que l'intimée avait dit se sentir [TRADUCTION] « coupée de la réalité et ne pas penser », comme si elle « rêvait tout en étant absente » et avait affirmé que les accouchements s'étaient passés « hors de son corps » : d.a., vol. VI, p. 93. Selon la D^re^ Smith, ces propos « cadraient tout à fait avec une dissociation mentale et une dépersonnalisation » : p. 93-94. Au procès, elle a également parlé des descriptions données par l'intimée et a jugé que celles-ci s'accordaient avec « une dépersonnalisation avancée ».

[39] Se fondant sur l'avis de la D^re^ Smith et sur le dossier considéré dans son ensemble, le juge du procès a conclu que l'esprit de l'intimée était « déséquilibré » du fait qu'elle n'était toujours pas complètement remise d'avoir donné naissance.

(2) The Trial Judge's Alleged Legal Errors

(a) *Did the Trial Judge Fail to Apply Any Legal Test?*

[40] The Crown argues that the trial judge failed to apply any legal test in determining whether the respondent's mind was "disturbed" at the time of the deliveries. The Crown submits that the trial judge erroneously found that "balance of the mind" was something different from the "mind is disturbed" and failed to suggest what the test was or what level of disturbance would be sufficient.

[41] I disagree that the trial judge failed to apply a legal test or standard. As concluded by the majority of the Court of Appeal, there was no error in the trial judge's summary of the law of infanticide. The trial judge applied the correct standard, which is set out by the statutory language in s. 233 of the *Criminal Code*. Although the trial judge, erroneously, thought there was significant difference between the "balance of the mind" language found in related provisions and the wording of s. 233 that the mother's mind be "disturbed", this error did not affect his analysis of the evidence or his application of the appropriate legal standard to it. The trial judge rejected Dr. Hashman's evidence for several reasons, including that he failed to refer to a symptom the trial judge thought was important in his final report and seemed to require evidence of a mental disorder.

[42] The Crown seeks to impose a higher threshold than what is provided for by s. 233 of the *Criminal Code* in arguing that a mother has a "disturbed" mind only if her psychological health is "substantially compromised" because she recently gave birth. As noted earlier, this is not the legal standard intended by Parliament in s. 233 of the *Criminal Code*.

(2) Les erreurs de droit reprochées au juge du procès

a) *Le juge du procès a-t-il omis d'appliquer un test juridique?*

[40] Le ministère public soutient que le juge du procès n'a appliqué aucun test juridique pour décider si l'esprit de l'intimée était « déséquilibré » au moment des accouchements. Toujours selon le ministère public, le juge du procès a conclu à tort que l'expression de langue anglaise « *balance of the mind* » désignait autre chose qu'un « esprit déséquilibré » et n'a pas suggéré en quoi consistait le test ni quel degré de déséquilibre serait suffisant.

[41] Je ne suis pas d'accord pour dire que le juge du procès n'a pas appliqué de test ou de norme juridique. Comme l'ont conclu les juges majoritaires de la Cour d'appel, le résumé du droit de l'infanticide qu'a fait le juge du procès ne contenait aucune erreur. Ce dernier a appliqué la bonne norme, soit celle qui est établie par le libellé de l'art. 233 du *C. cr.* Bien que le juge du procès ait cru à tort qu'il existait une différence marquée entre l'expression anglaise « *balance of the mind* » figurant dans les dispositions connexes et le libellé de l'art. 233 selon lequel l'esprit de la mère doit être « déséquilibré », cette erreur n'a eu d'incidence ni sur son analyse de la preuve ni sur son application de la bonne norme juridique à cette preuve. Le juge du procès a rejeté le témoignage du D^r^ Hashman pour plusieurs raisons, y compris son omission de mentionner dans son rapport final un symptôme que le juge du procès estimait important et l'impression que le D^r^ Hashman exigeait la preuve de troubles mentaux.

[42] Le ministère public souhaite que soit imposé un critère plus exigeant que celui établi par l'art. 233 du *C. cr.* lorsqu'il prétend que la mère ne peut avoir l'esprit « déséquilibré » que si sa santé psychologique est [TRADUCTION] « gravement compromise » du fait qu'elle a récemment donné naissance. Comme je l'ai signalé précédemment, il ne s'agit pas de la norme juridique voulue par le législateur en ce qui a trait à l'art. 233 du *C. cr.*

(b) *Did the Trial Judge Infer the Respondent's Mental State Solely From Her Conduct?*

[43] The Crown submits that the trial judge used the respondent's conduct to determine the respondent's mental state. In other words, the Crown argues that the trial judge adopted circular reasoning in finding that the respondent's mind must have been disturbed because her actions were "bizarre" and "absolutely contrary to the nurturing that humankind depends on for its propagation": A.F., at para. 99.

[44] This argument must also be rejected. The trial judge's reasons make it clear that he did not find that the respondent's conduct met the requirements of the definition of infanticide simply because she had killed two of her children. The trial judge relied not only on the respondent's personal history and the circumstances of the offences (which includes the nature of the acts themselves), but also on Dr. Smith's expert opinion. In doing so, the trial judge had an evidentiary basis for concluding that the Crown failed to prove that the respondent's mind was not disturbed at the time of the offences and did not rely on the circular reasoning alleged by the Crown.

(c) *Did the Trial Judge Fail to Appreciate the Evidence of Mental State?*

[45] Finally, the Crown submits that the trial judge failed to consider the respondent's "detailed account of *each* birth, her goal-oriented behaviour, her personal circumstances beyond not having a criminal record or psychopathic tendencies, and her pattern of rational behaviour and wilful blindness" in considering whether the level of depersonalization met the requirement of infanticide: A.F., at para. 103 (emphasis in original). In short, the Crown argues that the respondent's behaviour demonstrated rational thought and an uncompromised mind.

[46] Even assuming that this point raises a question of law, I cannot accept it. The trial judge took

b) *Le juge du procès a-t-il déduit l'état d'esprit de l'intimée uniquement de sa conduite?*

[43] Le ministère public affirme que le juge du procès s'est servi de la conduite de l'intimée pour établir son état d'esprit. Autrement dit, il soutient que le juge du procès a adopté un raisonnement circulaire en concluant que l'esprit de l'intimée devait être déséquilibré parce que ses gestes étaient [TRADUCTION] « bizarres » et « allaient parfaitement à l'encontre des soins dont a besoin l'espèce humaine pour se reproduire » : m.a., par. 99.

[44] Cet argument doit lui aussi être rejeté. Manifestement, le juge du procès n'a pas conclu que le comportement de l'intimée répondait aux exigences de la définition de l'infanticide du simple fait qu'elle avait tué deux de ses enfants. Il s'est appuyé non seulement sur le vécu de l'intimée et sur les circonstances des infractions (ce qui comprend la nature des actes eux-mêmes), mais également sur l'avis d'expert de la D^re^ Smith. Ce faisant, le juge du procès disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure que le ministère public n'avait pas démontré que l'esprit de l'intimée n'était pas déséquilibré au moment des infractions et il ne s'est pas fondé sur le raisonnement circulaire que lui impute le ministère public.

c) *Le juge du procès a-t-il omis d'apprécier la preuve de l'état d'esprit?*

[45] Enfin, le ministère public ajoute que le juge du procès n'a pas tenu compte du [TRADUCTION] « récit détaillé de *chaque* naissance donné par l'intimée, du fait qu'elle poursuivait un objectif, de sa situation personnelle outre le fait qu'elle n'avait ni antécédents judiciaires ni tendances psychopathes, ainsi que de ses habitudes de comportement rationnel et d'aveuglement volontaire » lorsqu'il s'est demandé si le niveau de dépersonnalisation satisfaisait à la norme d'infanticide : m.a., par. 103 (en italique dans l'original). Bref, le ministère public prétend que, par son comportement, l'intimée a fait preuve d'une pensée rationnelle et d'un esprit équilibré.

[46] À supposer même que cet argument soulève une question de droit, je ne pourrais le retenir. Le

into consideration Dr. Smith's report, which relied on the respondent's statements about her behaviour to Dr. Smith and to the police, the respondent's personal history, as well as the circumstances of the offences.

[47] Dr. Smith was of the opinion that the "extreme panic associated with the delivery triggered significant dissociative symptoms, in particular depersonalization, which in turn impaired her ability to think clearly, to accurately perceive and judge her situation, to make reasonable decisions and to control her behaviour" and concluded that the respondent's mind was disturbed as a result of not having fully recovered from the effects of giving birth: A.R., vol. VI, at p. 94.

[48] The trial judge also considered the case as a whole, including the facts of the offences and that the respondent had no criminal record or psychopathic or sociopathic tendencies. Based on his assessment of the evidence, the trial judge was entitled to conclude or have a reasonable doubt that the respondent's mind was "disturbed" at the time of the offences despite any indication of rational behaviour and wilful blindness.

IV. Disposition

[49] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the respondent: Serink Law Office, Calgary; Alias Amelia Sanders, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

juge du procès a pris en considération le rapport de la D^re^ Smith, lequel reposait sur les déclarations que l'intimée lui avait faites ainsi qu'à la police au sujet de son comportement, sur le vécu de l'intimée et sur les circonstances des infractions.

[47] La D^re^ Smith estimait que la [TRADUCTION] « panique extrême associée à l'accouchement a fait apparaître des symptômes importants de dissociation, tout particulièrement la dépersonnalisation, ce qui a nui à [l]a capacité [de la prévenue] de penser clairement, d'être consciente de sa situation et d'en juger avec acuité, de prendre des décisions raisonnables et de maîtriser son comportement ». Elle a conclu que l'esprit de l'intimée était déséquilibré du fait que cette dernière n'était pas complètement remise d'avoir donné naissance : d.a., vol. VI, p. 94.

[48] Le juge du procès a aussi examiné le dossier dans son ensemble, y compris les faits constitutifs des infractions et le fait que l'intimée n'avait ni antécédents judiciaires ni tendances psychopathes ou sociopathes. Vu son appréciation de la preuve, le juge du procès pouvait conclure que l'esprit de l'intimée était « déséquilibré » au moment des infractions malgré les indices de comportement rationnel et d'aveuglement volontaire; il pouvait aussi avoir un doute raisonnable à cet égard.

IV. Dispositif

[49] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intimée : Serink Law Office, Calgary; Alias Amelia Sanders, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Goldblatt Partners, Toronto; Women's Legal Education and Action Fund Inc., Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc. : Goldblatt Partners, Toronto; Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto.

Harry Daniels, Gabriel Daniels, Leah Gardner, Terry Joudrey and Congress of Aboriginal Peoples *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

Her Majesty The Queen as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development and Attorney General of Canada *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Native Council of Prince Edward Island, Metis Settlements General Council, Te'mexw Treaty Association, Métis Federation of Canada, Aseniwuche Winewak Nation of Canada, Chiefs of Ontario, Gift Lake Métis Settlement, Native Alliance of Quebec, Assembly of First Nations and Métis National Council *Interveners*

Harry Daniels, Gabriel Daniels, Leah Gardner, Terry Joudrey et Congrès des peuples autochtones *Appelants/Intimés au pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et procureur général du Canada *Intimés/Appelants au pourvoi incident*

et

Procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Native Council of Prince Edward Island, Metis Settlements General Council, Te'mexw Treaty Association, Fédération Métisse du Canada, Aseniwuche Winewak Nation of Canada, Chiefs of Ontario, Gift Lake Métis Settlement, Alliance autochtone du Québec, Assemblée des Premières Nations et Ralliement national des Métis *Intervenants*

Indexed as: Daniels *v.* Canada (Indian Affairs and Northern Development)

2016 SCC 12

File No.: 35945.

2015: October 8; 2016: April 14.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Aboriginal law — Métis — Non-status Indians — Whether declaration should be issued

Répertorié : Daniels *c.* Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)

2016 CSC 12

N° du greffe : 35945.

2015 : 8 octobre; 2016 : 14 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Droit des Autochtones — Métis — Indiens non inscrits — Y a-t-il lieu de rendre un

that Métis and non-status Indians are "Indians" under s. 91(24) of Constitution Act, 1867 — Whether declaration would have practical utility — Whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to definitional criteria set out in R. v. Powley, [2003] 2 S.C.R. 207 — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Constitution Act, 1982, s. 35.

Three declarations are sought in this case: (1) that Métis and non-status Indians are "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*; (2) that the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians; and (3) that Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with.

The trial judge's conclusion was that "Indians" under s. 91(24) is a broad term referring to all Indigenous peoples in Canada. He declined, however, to grant the second and third declarations. The Federal Court of Appeal accepted that "Indians" in s. 91(24) included all Indigenous peoples generally. It upheld the first declaration, but narrowed its scope to exclude non-status Indians and include only those Métis who satisfied the three criteria from *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207. It also declined to grant the second and third declarations. The appellants sought to restore the first declaration as granted by the trial judge, and asked that the second and third declarations be granted. The Crown cross-appealed, arguing that none of the declarations should be granted. It conceded that non-status Indians are "Indians" under s. 91(24).

Held: The first declaration should be granted: Métis and non-status Indians are "Indians" under s. 91(24). The appeal should therefore be allowed in part. The Federal Court of Appeal's conclusion that the first declaration should exclude non-status Indians or apply only to those Métis who meet the *Powley* criteria, should be set aside, and the trial judge's decision restored. The trial judge's and Federal Court of Appeal's decision not to grant the second and third declarations should be upheld. The cross-appeal should be dismissed.

jugement déclaratoire selon lequel les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés à l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867? — Un jugement déclaratoire aurait-il une utilité pratique? — Y a-t-il lieu, pour l'application de l'art. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux critères définitoires énoncés dans l'arrêt R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Trois jugements déclaratoires sont demandés en l'espèce, lesquels portent respectivement : (1) que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (2) que la Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits; (3) que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à la tenue de consultations et de négociations.

Le juge de première instance a estimé que le mot « Indiens » au par. 91(24) est un terme général faisant référence à tous les peuples autochtones canadiens. Il a toutefois refusé de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés. La Cour d'appel fédérale a reconnu que le terme « Indiens » au par. 91(24) visait tous les peuples autochtones en général. Elle a confirmé le premier jugement déclaratoire, mais elle a restreint sa portée afin d'exclure les Indiens non inscrits et d'inclure seulement les Métis qui répondent aux trois critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207. Elle a également refusé de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés. Devant la Cour, les appelants ont sollicité le rétablissement du premier jugement déclaratoire tel qu'il a été rendu par le juge de première instance, et ont demandé que soient prononcés les deuxième et troisième jugements déclaratoires. La Couronne a interjeté un pourvoi incident, dans lequel elle fait valoir qu'aucun des jugements déclaratoires ne devrait être accordé. Elle a concédé que les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24).

Arrêt : Le premier jugement déclaratoire est accordé : les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Le pourvoi est donc accueilli en partie. La conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle le premier jugement déclaratoire devrait exclure les Indiens non inscrits ou ne s'appliquer qu'aux Métis qui satisfont aux critères énoncés dans l'arrêt *Powley* est annulée, et la décision du juge de première instance est rétablie. La décision du juge de première instance et de la Cour d'appel fédérale de ne pas rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés est confirmée. Le pourvoi incident est rejeté.

A declaration can only be granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a "live controversy" between the parties. The first declaration, whether non-status Indians and Métis are "Indians" under s. 91(24), would have enormous practical utility for these two groups who have found themselves having to rely more on noblesse oblige than on what is obliged by the Constitution. A declaration would guarantee both certainty and accountability. Both federal and provincial governments have, alternately, denied having legislative authority over non-status Indians and Métis. This results in these Indigenous communities being in a jurisdictional wasteland with significant and obvious disadvantaging consequences. While finding Métis and non-status Indians to be "Indians" under s. 91(24) does not create a duty to legislate, it has the undeniably salutary benefit of ending a jurisdictional tug-of-war.

Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s'il a une utilité pratique, c'est-à-dire s'il règle un « litige actuel » entre les parties. Le premier jugement déclaratoire demandé, à savoir que les Indiens non inscrits et les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), aurait une utilité pratique considérable pour ces deux groupes, lesquels ont dû compter davantage sur une forme de « Noblesse oblige » que sur le respect des obligations imposées par la Constitution. Un jugement déclaratoire garantirait à la fois certitude et responsabilité. Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont tour à tour nié avoir le pouvoir de légiférer à l'égard des Indiens non inscrits et des Métis. Ces collectivités autochtones se retrouvent donc dans une sorte de désert juridique sur le plan de la compétence législative, situation qui a des conséquences défavorables importantes et évidentes. Bien que le fait de conclure que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) ne crée aucune obligation de légiférer, une telle conclusion a indéniablement l'effet bénéfique de mettre fin au bras de fer sur la question de la compétence législative.

There is no need to delineate which mixed-ancestry communities are Métis and which are non-status Indians. They are all "Indians" under s. 91(24) by virtue of the fact that they are all Aboriginal peoples. "Indians" has long been used as a general term referring to all Indigenous peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis. Before and after Confederation, the government frequently classified Aboriginal peoples with mixed European and Aboriginal heritage as Indians. Historically, the purpose of s. 91(24) in relation to the broader goals of Confederation also indicates that since 1867, "Indians" meant all Aboriginal peoples, including Métis.

Il n'est pas nécessaire d'identifier les collectivités d'ascendance mixte formées de Métis et celles formées d'Indiens non inscrits. Tous ces groupes sont des « Indiens » visés au par. 91(24), puisqu'ils sont tous des peuples autochtones. Le mot « Indiens » a longtemps été utilisé comme terme générique désignant tous les peuples autochtones, y compris les collectivités d'ascendance mixte comme les Métis. Avant et après la Confédération, le gouvernement a fréquemment qualifié d'Indiens les peuples autochtones ayant des origines mixtes européennes et autochtones. Historiquement, considéré dans la perspective des objectifs plus généraux de la Confédération, l'objet du par. 91(24) indique également que, depuis 1867, le mot « Indiens » s'entend de tous les peuples autochtones, y compris les Métis.

As well, the federal government has at times assumed that it could legislate over Métis as "Indians", and included them in other exercises of federal authority over "Indians", such as sending many Métis to Indian Residential Schools — a historical wrong for which the federal government has since apologized. Moreover, while it does not define the scope of s. 91(24), s. 35 of the *Constitution Act, 1982* states that Indian, Inuit, and Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution. This Court has noted that ss. 35 and 91(24) should be read together. "Indians" in the constitutional context, therefore, has two meanings: a broad meaning, as used in s. 91(24), that includes both Métis and Inuit and can be equated with the term "aboriginal peoples of

D'ailleurs, le gouvernement fédéral a parfois considéré qu'il pouvait légiférer sur les Métis en tant qu'« Indiens », et les a inclus dans l'exercice de sa compétence sur les « Indiens », par exemple en envoyant de nombreux Métis dans des pensionnats indiens, un tort du passé pour lequel il a depuis présenté ses excuses. De plus, bien qu'il ne définisse pas la portée du par. 91(24), l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce que les Indiens, les Inuit et les Métis sont des peuples autochtones pour l'application de la Constitution. La Cour a souligné que l'art. 35 et le par. 91(24) doivent être interprétés conjointement. Le terme « Indiens » a donc deux sens en contexte constitutionnel : un sens large, au par. 91(24), qui inclut tant les Métis que les Inuit et que l'on peut assimiler à celui

Canada" used in s. 35, and a narrower meaning that distinguishes Indian bands from other Aboriginal peoples. It would be constitutionally anomalous for the Métis to be the only Aboriginal people to be recognized and included in s. 35 yet excluded from the constitutional scope of s. 91(24).

The jurisprudence also supports the conclusion that Métis are "Indians" under s. 91(24). It demonstrates that intermarriage and mixed-ancestry do not preclude groups from inclusion under s. 91(24). The fact that a group is a distinct people with a unique identity and history whose members self-identify as separate from Indians, is not a bar to inclusion within s. 91(24). Determining whether particular individuals or communities are non-status Indians or Métis and therefore "Indians" under s. 91(24), is a fact-driven question to be decided on a case-by-case basis in the future.

As to whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to the three definitional criteria set out in *Powley* in accordance with the decision of the Federal Court of Appeal, or whether the membership base should be broader, there is no principled reason for presumptively and arbitrarily excluding certain Métis from Parliament's protective authority on the basis of the third criterion, a "community acceptance" test. The criteria in *Powley* were developed specifically for purposes of applying s. 35, which is about protecting historic community-held rights. Section 91(24) serves a very different constitutional purpose.

The constitutional changes, the apologies for historic wrongs, a growing appreciation that Aboriginal and non-Aboriginal people are partners in Confederation, as well as the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* and the *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, all indicate that reconciliation with *all* of Canada's Aboriginal peoples is Parliament's goal.

The historical, philosophical, and linguistic contexts establish that "Indians" in s. 91(24) includes *all* Aboriginal peoples, including non-status Indians and Métis. The first declaration should accordingly be granted.

de l'expression « peuples autochtones du Canada » employée à l'art. 35; et un sens plus restreint, qui distingue les bandes indiennes des autres peuples autochtones. Il serait anormal d'un point de vue constitutionnel que les Métis constituent le seul peuple autochtone à être reconnu et inclus à l'art. 35, tout en étant par ailleurs exclu du champ d'application du par. 91(24).

La jurisprudence permet également de conclure que les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Elle montre que les mariages entre Indiens et non-Indiens et l'ascendance mixte n'empêchent pas l'inclusion d'un groupe dans le champ d'application du par. 91(24). Le caractère distinct d'un groupe qui forme un peuple ayant une identité et une histoire uniques et dont les membres s'identifient comme un groupe distinct des Indiens ne fait pas obstacle à l'inclusion dans le champ d'application du par. 91(24). La question de savoir si des personnes données sont des Indiens non inscrits ou des Métis, et donc des « Indiens » visés au par. 91(24), — ou encore si une collectivité en particulier est formée de telles personnes — est une question de fait qui devra être décidée au cas par cas dans le futur.

Relativement à la question de savoir s'il y a lieu, pour l'application du par. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux trois critères définitoires énoncés dans l'arrêt *Powley*, conformément à la décision de la Cour d'appel fédérale, ou s'il faut plutôt élargir les critères d'appartenance, il n'existe aucune raison logique justifiant de priver présomptivement et arbitrairement certains Métis de la protection qu'offre le pouvoir de légiférer du Parlement sur la base du troisième critère, soit celui requérant leur « acceptation par la collectivité ». Les critères de l'arrêt *Powley* ont été établis spécialement pour l'application de l'art. 35, lequel a pour objet de protéger des droits collectifs historiques. Le paragraphe 91(24) vise pour sa part un objectif constitutionnel très différent.

Les modifications constitutionnelles, les excuses pour les torts du passé, la reconnaissance grandissante du fait que les peuples autochtones et non autochtones sont des partenaires dans la Confédération, de même que le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* et le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* indiquent tous qu'une réconciliation avec *l'ensemble* des peuples autochtones du Canada est l'objectif du Parlement.

Les contextes historique, philosophique et linguistique établissent que les « Indiens » visés au par. 91(24) englobent *tous* les peuples autochtones, y compris les Indiens non inscrits et les Métis. Il y a donc lieu d'accorder le premier jugement déclaratoire demandé.

Federal jurisdiction over Métis and non-status Indians does not mean that all provincial legislation pertaining to Métis and non-status Indians is inherently *ultra vires*. As this Court has recognized, courts should favour, where possible, the operation of statutes enacted by both levels of government.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; **considered:** *Reference as to whether "Indians" in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104; *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; **referred to:** *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257.

Statutes and Regulations Cited

Act further to amend "The Indian Act", S.C. 1894, c. 32.
Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands, S.C. 1868, c. 42.
Act to amend the Indian Act, S.C. 1958, c. 19.
Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, ss. 35, 37, 37.1.

Le fait que le gouvernement fédéral ait compétence à l'égard des Métis et des Indiens non inscrits ne signifie pas que toute mesure législative provinciale les concernant est intrinsèquement *ultra vires*. Comme l'a reconnu notre Cour, il importe que les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l'application des lois édictées par les deux ordres de gouvernement.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; **arrêts examinés :** *Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104; *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; **arrêts mentionnés :** *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur general)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257.

Lois et règlements cités

Acte contenant de nouvelles modifications à l'Acte des Sauvages, S.C. 1894, c. 32.
Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, c. 18.
Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'Etat du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance, S.C. 1868, c. 42.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, c. 44.

Game and Fish Act, R.S.O. 1990, c. G.1.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 43.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Indian Act, 1876, S.C. 1876, c. 18.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8).
Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14.

Authors Cited

Bell, Catherine. "Who Are The Metis People in Section 35(2)?" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351.

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 2010.

Canada. Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency. *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (online: http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.htm).

Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, Intergovernmental Affairs, Corporate Policy. *Natives and the Constitution — Background and Discussion Paper*. August 1980.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*. Ottawa: The Commission, 1996.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.

Canada. Truth and Reconciliation Commission. *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*. Winnipeg: The Commission, 2015.

Canada. Truth and Reconciliation Commission. *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 3, *Canada's Residential Schools: The Métis Experience*. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2015.

Chartier, Clem. "'Indian': An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867" (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37.

Gaffney, R. E., G. P. Gould and A. J. Semple. *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences*. Fredericton: New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35, 37, 37.1.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 8).
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, S.C. 1958, c. 19.
Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, c. G.1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 43.
Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14.

Doctrine et autres documents cités

Bell, Catherine. « Who Are The Metis People in Section 35(2)? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351.

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.

Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Winnipeg, La Commission, 2015.

Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 3, *Pensionnats du Canada : L'expérience métisse*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, Ottawa, La Commission, 1996.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, Ottawa, La Commission, 1996.

Canada. Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency. *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (en ligne : http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.htm).

Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, Intergovernmental Affairs, Corporate Policy, *Natives and the Constitution — Background and Discussion Paper*, August 1980.

Chartier, Clem. « "Indian" : An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867 » (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37.

Gaffney, R. E., G. P. Gould and A. J. Semple. *Broken Promises : The Aboriginal Constitutional Conferences*, Fredericton, New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984.

Great Britain. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*. London: HMSO, 1858.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

King, Thomas. *The Inconvenient Indian: A Curious Account of Native People in North America*. Toronto: Anchor Canada, 2013.

Lyon, Noel. "Constitutional Issues in Native Law", in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, rev. 1st ed. Ottawa: Carleton University Press, 1989, 408.

Magnet, Joseph Eliot. "Who are the Aboriginal People of Canada?", in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2003, 23.

Stevenson, Mark. "Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis" (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Dawson and Trudel JJ.A.), 2014 FCA 101, [2014] 4 F.C.R. 97, 371 D.L.R. (4th) 725, 457 N.R. 347, [2014] 3 C.N.L.R. 139, 309 C.R.R. (2d) 200, [2014] F.C.J. No. 383 (QL), 2014 CarswellNat 1076 (WL Can.), setting aside in part a decision of Phelan J., 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, 357 D.L.R. (4th) 47, 426 F.T.R. 1, [2013] 2 C.N.L.R. 61, [2013] F.C.J. No. 4 (QL), 2013 CarswellNat 8 (WL Can.). Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed.

Joseph Eliot Magnet, *Andrew K. Lokan* and *Lindsay Scott*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Mark R. Kindrachuk, *Q.C.*, *Christopher M. Rupar* and *Shauna K. Bedingfield*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

P. Mitch McAdam, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Angela Edgington and *Neil Dobson*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Grande-Bretagne. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*, London, HMSO, 1858.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

King, Thomas. *L'Indien malcommode : Un portrait inattendu des Autochtones d'Amérique du Nord*, trad. par Daniel Poliquin, Montréal, Éditions du Boréal, 2014.

Lyon, Noel. « Constitutional Issues in Native Law », in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, rev. 1st ed., Ottawa, Carleton University Press, 1989, 408.

Magnet, Joseph Eliot. « Who are the Aboriginal People of Canada? », in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2003, 23.

Stevenson, Mark. « Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis » (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Dawson et Trudel), 2014 CAF 101, [2014] 4 R.C.F. 97, 371 D.L.R. (4th) 725, 457 N.R. 347, [2014] 3 C.N.L.R. 139, 309 C.R.R. (2d) 200, [2014] A.C.F. nº 383 (QL), 2014 CarswellNat 1077 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Phelan, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, 357 D.L.R. (4th) 47, 426 F.T.R. 1, [2013] 2 C.N.L.R. 61, [2013] A.C.F. nº 4 (QL), 2013 CarswellNat 9 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté.

Joseph Eliot Magnet, *Andrew K. Lokan* et *Lindsay Scott*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Mark R. Kindrachuk, *c.r.*, *Christopher M. Rupar* et *Shauna K. Bedingfield*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

P. Mitch McAdam, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Angela Edgington et *Neil Dobson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Written submissions only by *D. Bruce Clarke*, *Q.C.*, for the interveners the Native Council of Nova Scotia, the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and the Native Council of Prince Edward Island.

Garry Appelt and *Keltie Lambert*, for the intervener the Metis Settlements General Council.

Written submissions only by *Robert J. M. Janes* and *Elin R. S. Sigurdson*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

Christopher G. Devlin, *John Gailus* and *Cynthia Westaway*, for the intervener the Métis Federation of Canada.

Karey M. Brooks and *Claire Truesdale*, for the intervener the Aseniwuche Winewak Nation of Canada.

Scott Robertson, for the intervener the Chiefs of Ontario.

Paul Seaman and *Maxime Faille*, for the intervener the Gift Lake Métis Settlement.

Marc Watters and *Lina Beaulieu*, for the intervener the Native Alliance of Quebec.

Guy Régimbald and *Jaimie Lickers*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Jason T. Madden, *Clément Chartier*, *Q.C.*, *Kathy Hodgson-Smith* and *Marc Leclair*, for the intervener the Métis National Council.

The judgment of the Court was delivered by

[1] Abella J. — As the curtain opens wider and wider on the history of Canada's relationship with its Indigenous peoples, inequities are increasingly revealed and remedies urgently sought. Many revelations have resulted in good faith policy and legislative responses, but the list of disadvantages remains robust. This case represents another chapter in the

Argumentation écrite seulement par *D. Bruce Clarke*, *c.r.*, pour les intervenants Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council et Native Council of Prince Edward Island.

Garry Appelt et *Keltie Lambert*, pour l'intervenant Metis Settlements General Council.

Argumentation écrite seulement par *Robert J. M. Janes* et *Elin R. S. Sigurdson*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

Christopher G. Devlin, *John Gailus* et *Cynthia Westaway*, pour l'intervenante la Fédération Métisse du Canada.

Karey M. Brooks et *Claire Truesdale*, pour l'intervenante Aseniwuche Winewak Nation of Canada.

Scott Robertson, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Paul Seaman et *Maxime Faille*, pour l'intervenant Gift Lake Métis Settlement.

Marc Watters et *Lina Beaulieu*, pour l'intervenante l'Alliance autochtone du Québec.

Guy Régimbald et *Jaimie Lickers*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Jason T. Madden, *Clément Chartier*, *c.r.*, *Kathy Hodgson-Smith* et *Marc Leclair*, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] La juge Abella — À mesure que le rideau continue de se lever sur l'histoire des relations entre le Canada et ses peuples autochtones, de plus en plus d'iniquités se font jour et des réparations sont instamment réclamées. Bon nombre de ces révélations ont donné lieu à des politiques et à des mesures législatives prises de bonne foi, mais la liste

pursuit of reconciliation and redress in that relationship.

Background

[2] Three declarations were sought by the plaintiffs when this litigation was launched in 1999:

1. That Métis and non-status Indians are "Indians" under s. 91(24);

2. That the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians; and

3. That Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis through representatives of their choice, respecting all their rights, interests and needs as Aboriginal peoples.

[3] Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* states that

> **91.** . . . it is hereby declared that . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated . . .
>
> . . .
>
> 24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

[4] The trial judge, Phelan J., made a number of key factual findings in his thoughtful and thorough reasons.[1] As early as 1818, the government used "Indian" as a general term to refer to communities of mixed Aboriginal and European background. The federal government considered Métis to be "Indians" in various treaties and pre-Confederation statutes, and considered Métis to be "Indians" under s. 91(24) in various statutes and policy initiatives spanning from Confederation to modern day. Moreover, the

[1] [2013] 2 F.C.R. 268.

des désavantages pour les peuples autochtones demeure obstinément longue. Le présent pourvoi représente un autre chapitre dans la quête de réconciliation et de réparation à l'égard de ces relations.

Contexte

[2] Lorsque la présente poursuite a été intentée en 1999, les demandeurs ont sollicité trois jugements déclaratoires portant respectivement :

1. que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24);

2. que la Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits;

3. que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à ce que le gouvernement fédéral les consulte et négocie avec eux de bonne foi sur une base collective, par l'entremise de représentants de leur choix, relativement à l'ensemble de leurs droits, intérêts et besoins en tant que peuples autochtones.

[3] Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est rédigé en ces termes :

> **91.** . . . il est par la présente déclaré que [. . .] l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés . . .
>
> . . .
>
> 24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

[4] Le juge de première instance, le juge Phelan, a tiré un certain nombre de conclusions de fait cruciales dans des motifs étoffés et mûrement réfléchis[1]. Déjà en 1818, le gouvernement utilisait le mot « Indien » comme terme générique pour désigner les collectivités d'ascendance mixte autochtone et européenne. En effet, le gouvernement fédéral a considéré les Métis comme des « Indiens » dans divers traités et textes de loi antérieurs à la Confédération, et comme des « Indiens » visés au par. 91(24) dans

[1] [2013] 2 R.C.F. 268.

purpose of s. 91(24) was closely related to the expansionist goals of Confederation. The historical and legislative evidence shows that expanding the country across the West was one of the primary goals of Confederation. Building a national railway was a key component of this plan.

[5] Accordingly, the purposes of s. 91(24) were "to control Native people and communities where necessary to facilitate development of the Dominion; to honour the obligations to Natives that the Dominion inherited from Britain . . . [and] eventually to civilize and assimilate Native people": para. 353. Since much of the North-Western Territory was occupied by Métis, only a definition of "Indians" in s. 91(24) that included "a broad range of people sharing a Native hereditary base" (para. 566) would give Parliament the necessary authority to pursue its agenda.

[6] His conclusion was that in its historical, philosophical, and linguistic contexts, "Indians" under s. 91(24) is a broad term referring to all Indigenous peoples in Canada, including non-status Indians and Métis.

[7] He found that since neither the federal nor provincial governments acknowledged that they had jurisdiction over Métis and non-status Indians, the declaration would alleviate the constitutional uncertainty and the resulting denial of material benefits. There was therefore practical utility to the first declaration being granted, namely, that Métis and non-status Indians are included in what is meant by "Indians" in s. 91(24). He did not restrict the definition of either group.

[8] He declined, however, to grant the second and third declarations on the grounds that they were vague and redundant. It was already well established in Canadian law that the federal government

diverses lois et politiques depuis la Confédération jusqu'à aujourd'hui. De plus, l'objet du par. 91(24) était étroitement lié aux objectifs d'expansion territoriale de la Confédération. La preuve historique et législative démontre que l'expansion du pays vers l'Ouest était l'un des principaux objectifs de la Confédération. La construction d'un chemin de fer national était une composante essentielle de ce plan.

[5] L'objet du par. 91(24) consistait donc à « exercer, au besoin, un contrôle sur les peuples et les collectivités autochtones, pour faciliter le développement du Dominion », à « honorer les obligations à l'égard des Autochtones que le Dominion avait héritées de la Grande-Bretagne », et, « ultérieurement, [à] civiliser et [à] assimiler les Autochtones » (par. 353). Comme une grande partie des terres du Territoire du Nord-Ouest étaient occupées par les Métis, seule une définition du mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) qui englobait « un grand éventail de gens ayant en commun leur ascendance autochtone » (par. 566) conférerait au Parlement le pouvoir nécessaire pour poursuivre ses objectifs.

[6] Le juge de première instance a estimé que, dans ses contextes historique, philosophique et linguistique, le mot « Indiens » au par. 91(24) est un terme général faisant référence à tous les peuples autochtones canadiens, y compris les Indiens non inscrits et les Métis.

[7] Il a conclu que, comme ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements provinciaux n'ont reconnu avoir compétence à l'égard des Métis et des Indiens non inscrits, le premier jugement déclaratoire demandé atténuerait l'incertitude constitutionnelle et le déni d'avantages matériels qui résulte de cette situation. Le fait de rendre ce premier jugement déclaratoire, à savoir que les Métis et les Indiens non inscrits peuvent être considérés comme des « Indiens » visés au par. 91(24), présentait donc une utilité pratique. Il n'a pas restreint la définition de l'un ou l'autre groupe.

[8] Le juge de première instance a toutefois refusé de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés au motif qu'ils seraient vagues et redondants. Il est déjà bien établi en droit canadien

was in a fiduciary relationship with Canada's Aboriginal peoples and that the federal government had a duty to consult and negotiate with them when their rights were engaged. Restating this in declarations would be of no practical utility.

[9] The Federal Court of Appeal accepted the trial judge's findings of fact, including that "Indians" in s. 91(24) included all Indigenous peoples generally. It therefore upheld the trial judge's decision to grant the first declaration, but narrowed its scope to exclude non-status Indians and include only those Métis who satisfied the three criteria from *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207. While it was of the view that non-status Indians were clearly "Indians", setting this out in a declaration would be redundant and of no practical usefulness. For the same reasons as the trial judge, it declined to grant the second and third declarations.

[10] Before this Court, the appellants sought to restore the first declaration as granted by the trial judge, not as restricted by the Federal Court of Appeal. In addition, they asked that the second and third declarations be granted. The Crown cross-appealed, arguing that none of the declarations should be granted. For the following reasons, I agree generally with the trial judge.

Analysis

[11] This Court most recently restated the applicable test for when a declaration should be granted in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44. The party seeking relief must establish that the court has jurisdiction to hear the issue, that the question is real and not theoretical, and that the party raising the issue has a genuine interest in its resolution. A declaration can only be

qu'il existe une relation de nature fiduciaire entre les peuples autochtones du Canada et le gouvernement fédéral, et que ce dernier a le devoir de les consulter et de négocier avec eux lorsque leurs droits sont en jeu. Le réaffirmer dans des jugements déclaratoires n'aurait aucune utilité pratique.

[9] La Cour d'appel fédérale a accepté les conclusions de fait du juge de première instance, et notamment que le terme « Indiens » au par. 91(24) visait tous les peuples autochtones en général. Elle a en conséquence confirmé la décision de ce dernier de rendre le premier jugement déclaratoire, mais elle a restreint la portée de ce jugement afin d'exclure les Indiens non inscrits et d'inclure seulement les Métis qui répondent aux trois critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207. Bien que d'avis que les Indiens non inscrits constituent clairement des « Indiens », la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il serait redondant et dénué d'utilité pratique de le réaffirmer dans un jugement déclaratoire. Pour les mêmes motifs que ceux du juge de première instance, elle a refusé de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés.

[10] Devant notre Cour, les appelants sollicitent le rétablissement du premier jugement déclaratoire tel qu'il a été rendu par le juge de première instance, et non tel qu'il a été restreint par la Cour d'appel fédérale. De plus, ils demandent que soient prononcés les deuxième et troisième jugements déclaratoires. La Couronne a interjeté un pourvoi incident, dans lequel elle fait valoir qu'aucun des jugements déclaratoires ne devrait être accordé. Pour les motifs qui suivent, je partage de façon générale le point de vue du juge de première instance.

Analyse

[11] Dans le plus récent des arrêts sur le sujet, *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, notre Cour a reformulé le critère permettant de déterminer si un jugement déclaratoire devrait être rendu. La partie qui demande réparation doit établir que le tribunal a compétence pour entendre le litige, que la question en cause est réelle et non pas simplement théorique et que la partie qui soulève la

granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a "live controversy" between the parties: see also *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

[12] The first disputed issue in this case is whether the declarations would have practical utility. There can be no doubt, in my respectful view, that granting the first declaration meets this threshold. Delineating and assigning constitutional authority between the federal and provincial governments will have enormous practical utility for these two groups who have, until now, found themselves having to rely more on noblesse oblige than on what is obliged by the Constitution.

[13] Both federal and provincial governments have, alternately, denied having legislative authority over non-status Indians and Métis. As the trial judge found, when Métis and non-status Indians have asked the federal government to assume legislative authority over them, it tended to respond that it was precluded from doing so by s. 91(24). And when Métis and non-status Indians turned to provincial governments, they were often refused on the basis that the issue was a federal one.

[14] This results in these Indigenous communities being in a jurisdictional wasteland with significant and obvious disadvantaging consequences, as was recognized by Phelan J.:

> One of the results of the positions taken by the federal and provincial governments and the "political football — buck passing" practices is that financially [Métis and non-status Indians] have been deprived of significant funding for their affairs. . . .

question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue. Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s'il a une utilité pratique, c'est-à-dire s'il règle un « litige actuel » entre les parties (voir également *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).

[12] La première question litigieuse en l'espèce consiste à se demander si les jugements déclaratoires demandés auraient une utilité pratique. À mon humble avis, il ne fait aucun doute que le premier jugement sollicité satisfait à ce critère. La délinéation des pouvoirs constitutionnels et leur attribution au gouvernement fédéral ou aux gouvernements provinciaux présenteront une utilité pratique considérable pour ces deux groupes qui, jusqu'à maintenant, ont dû compter davantage sur une forme de « Noblesse oblige » que sur le respect des obligations imposées par la Constitution.

[13] Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont tour à tour nié avoir le pouvoir de légiférer à l'égard des Indiens non inscrits et des Métis. Comme l'a conclu le juge de première instance, quand les Métis et les Indiens non inscrits demandent au gouvernement fédéral d'assumer compétence législative à leur égard, celui-ci tend généralement à répondre que le par. 91(24) l'empêche de le faire. Et lorsque ces groupes s'adressent aux gouvernements provinciaux, ces derniers leur opposent souvent un refus au motif que la question relève du champ de compétence fédéral.

[14] Ces collectivités autochtones se retrouvent donc dans une sorte de désert juridique sur le plan de la compétence législative, situation qui, comme l'a reconnu le juge Phelan, a des conséquences défavorables importantes et évidentes :

> L'une des conséquences des positions adoptées par le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces, ainsi que des jeux de « ballons politiques » et de « renvoi de balle », était que les [Métis et les Indiens non inscrits] avaient été privés d'une quantité importante d'aide financière pour leurs problèmes. . .

. . . the political/policy wrangling between the federal and provincial governments has produced a large population of collaterally damaged [Métis and non-status Indians]. They are deprived of programs, services and intangible benefits recognized by all governments as needed. [paras. 107-8]

See also *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, at para. 70.

[15] With federal and provincial governments refusing to acknowledge jurisdiction over them, Métis and non-status Indians have no one to hold accountable for an inadequate status quo. The Crown's argument, however, was that since a finding of jurisdiction under s. 91(24) does not create a duty to legislate, it is inappropriate to answer a jurisdictional question in a legislative vacuum. It is true that finding Métis and non-status Indians to be "Indians" under s. 91(24) does not create a duty to legislate, but it has the undeniably salutary benefit of ending a jurisdictional tug-of-war in which these groups were left wondering about where to turn for policy redress. The existence of a legislative vacuum is self-evidently a reflection of the fact that neither level of government has acknowledged constitutional responsibility. A declaration would guarantee both certainty and accountability, thereby easily reaching the required jurisprudential threshold of offering the tangible practical utility of the resolution of a long-standing jurisdictional dispute.

[16] We are left then to determine whether Métis and non-status Indians are in fact included in the scope of s. 91(24).

[17] There is no consensus on who is considered Métis or a non-status Indian, nor need there be. Cultural and ethnic labels do not lend themselves to neat boundaries. 'Métis' can refer to the historic Métis community in Manitoba's Red River Settlement or it can be used as a general term for anyone with mixed

. . . les querelles politiques et de principes entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont causé des dommages collatéraux à un grand nombre de [Métis et d'Indiens non inscrits]. Ces derniers sont privés de programmes, de services et d'avantages non tangibles que tous les gouvernements reconnaissent comme étant nécessaires. [par. 107-108]

Voir aussi *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 70.

[15] Les gouvernements fédéral et provinciaux refusant tous deux de reconnaître compétence à leur égard, les Métis et les Indiens non inscrits n'ont personne qu'ils peuvent tenir responsable de ce statu quo inopportun. La Couronne prétend toutefois que, comme le fait de conclure qu'elle a compétence en vertu du par. 91(24) ne créerait aucune obligation de légiférer, il n'y a pas lieu de répondre à la question de la compétence dans un contexte de vide législatif. Il est vrai que le fait de conclure que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) ne crée aucune obligation de légiférer, mais une telle conclusion a pour effet bénéfique indéniable de mettre fin au bras de fer que se livrent les gouvernements fédéral et provinciaux sur la question de la compétence législative, où ces groupes en sont réduits à se demander vers qui se tourner pour obtenir une réparation gouvernementale. L'existence d'un vide législatif reflète manifestement le fait qu'aucun ordre de gouvernement n'a reconnu sa responsabilité sur le plan constitutionnel. Un jugement déclaratoire garantirait à la fois la certitude et la responsabilité à cet égard, et satisferait ainsi facilement au seuil jurisprudentiel applicable, soit le fait de présenter l'utilité pratique tangible de régler un conflit de compétence de longue date.

[16] Il nous reste donc à déterminer si les Métis et les Indiens non inscrits sont effectivement inclus dans le champ d'application du par. 91(24).

[17] Il n'existe aucun consensus sur la question de savoir qui est considéré comme un Métis ou un Indien non inscrit, et un tel consensus n'est d'ailleurs pas nécessaire. Les étiquettes culturelles et ethniques ne permettent pas d'établir des limites définies. Le mot « Métis » peut renvoyer à la collectivité métisse

European and Aboriginal heritage. Some mixed-ancestry communities identify as Métis, others as Indian:

> There is no one exclusive Metis People in Canada, anymore than there is no one exclusive Indian people in Canada. The Metis of eastern Canada and northern Canada are as distinct from Red River Metis as any two peoples can be. . . . As early as 1650, a distinct Metis community developed in LeHeve [*sic*], Nova Scotia, separate from Acadians and Micmac Indians. All Metis are aboriginal people. All have Indian ancestry.

(R. E. Gaffney, G. P. Gould and A. J. Semple, *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences* (1984), at p. 62, quoted in Catherine Bell, "Who Are The Metis People in Section 35(2)?" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351, at p. 356.)

[18] The definitional contours of 'non-status Indian' are also imprecise. Status Indians are those who are recognized by the federal government as registered under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. Non-status Indians, on the other hand, can refer to Indians who no longer have status under the *Indian Act*, or to members of mixed communities who have never been recognized as Indians by the federal government. Some closely identify with their Indian heritage, while others feel that the term Métis is more reflective of their mixed origins.

[19] These definitional ambiguities do not preclude a determination into whether the two groups, however they are defined, are within the scope of s. 91(24). I agree with the trial judge and Federal Court of Appeal that the historical, philosophical, and linguistic contexts establish that "Indians" in s. 91(24) includes *all* Aboriginal peoples, including non-status Indians and Métis.

historique de la colonie de la rivière Rouge au Manitoba, ou encore être utilisé comme terme générique pour désigner quiconque possède des origines mixtes européennes et autochtones. Certaines collectivités d'ascendance mixte se considèrent comme des Métis, d'autres comme des Indiens :

> [TRADUCTION] Il n'y a pas qu'un seul peuple métis au Canada, pas plus qu'il n'y a qu'un seul peuple indien au Canada. Les Métis de l'est et du nord du Canada sont aussi distincts des Métis de la rivière Rouge que deux peuples, quels qu'ils soient, peuvent l'être. [. . .] Dès 1650, une collectivité métisse distincte s'est constituée à LeHeve [*sic*], en Nouvelle-Écosse, laquelle se distingue des Acadiens et des Indiens micmacs. Tous les Métis sont des Autochtones. Ils possèdent tous des origines indiennes.

(R. E. Gaffney, G. P. Gould et A. J. Semple, *Broken Promises : The Aboriginal Constitutional Conferences* (1984), p. 62, cité dans Catherine Bell, « Who Are The Metis People in Section 35(2)? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351, p. 356.)

[18] Les contours de la définition du terme « Indien non inscrit » sont également imprécis. Les Indiens inscrits sont ceux que le gouvernement fédéral reconnaît comme étant inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5. En revanche, les Indiens non inscrits peuvent désigner soit les Indiens qui n'ont plus le statut d'Indiens visés par la *Loi sur les Indiens*, soit les membres de collectivités d'ascendance mixte que le gouvernement fédéral n'a jamais reconnus comme Indiens. Certaines personnes s'identifient étroitement à leurs origines indiennes, alors que d'autres estiment que le mot Métis reflète davantage leurs origines mixtes.

[19] Ces ambiguïtés d'ordre définitionnel n'empêchent pas de décider si les deux groupes, peu importe la façon dont on les définit, sont visés par le par. 91(24). À l'instar du juge de première instance et de la Cour d'appel fédérale, je suis d'avis que les contextes historique, philosophique et linguistique établissent que les « Indiens » visés au par. 91(24) englobent *tous* les peuples autochtones, y compris les Indiens non inscrits et les Métis.

[20] To begin, it is unnecessary to explore the question of non-status Indians in a full and separate analysis because the Crown conceded in oral argument, properly in my view, that they are recognized as "Indians" under s. 91(24), a concession that reflects the fact that the federal government has used its authority under s. 91(24) in the past to legislate over non-status Indians as "Indians".[2] While a concession is not necessarily determinative, it does not, on the other hand, make the granting of a declaration redundant, as the Crown suggests. Non-status Indians have been a part of this litigation since it started in 1999. Earlier in these proceedings, the Crown took the position that non-status Indians did *not* fall within federal jurisdiction under s. 91(24). As the intervener Aseniwuche Winewak Nation of Canada submitted in oral argument, excluding non-status Indians from the first declaration would send them "[b]ack to the drawing board". To avoid uncertainty in the future, therefore, there is demonstrable utility in a declaration that confirms their inclusion.

[21] We are left then to consider primarily whether the Métis are included.

[22] The prevailing view is that Métis are "Indians" under s. 91(24). Prof. Hogg, for example, sees the word "Indians" under s. 91(24) as having a wide compass, likely including the Métis:

> The Métis people, who originated in the west from intermarriage between French Canadian men and Indian women during the fur trade period, received "half-breed" land grants in lieu of any right to live on reserves, and

[20] Tout d'abord, la situation des Indiens non inscrits ne requiert pas une analyse complète et distincte, car la Couronne a concédé à l'audience — à juste titre selon moi — que ceux-ci sont reconnus comme des « Indiens » visés au par. 91(24), une concession qui reflète le fait que le gouvernement fédéral a, dans le passé, exercé les pouvoirs que lui confère le par. 91(24) pour légiférer sur les Indiens non inscrits comme s'ils étaient des « Indiens »[2]. Bien qu'une telle concession ne soit pas nécessairement déterminante, elle n'a pas pour effet de rendre un jugement déclaratoire redondant, contrairement à ce que soutient la Couronne. Les Indiens non inscrits sont parties au présent litige depuis qu'il a été intenté en 1999. Plus tôt dans l'instance, la Couronne a prétendu que ceux-ci *ne* relevaient *pas* de la compétence fédérale suivant le par. 91(24). Comme l'intervenante l'Aseniwuche Winewak Nation of Canada l'a fait valoir dans sa plaidoirie, le fait d'exclure les Indiens non inscrits du premier jugement déclaratoire aurait pour effet de les ramener [TRADUCTION] « [à] la case départ ». Pour éviter toute incertitude dans le futur, le fait de rendre un jugement déclaratoire confirmant leur inclusion dans le champ d'application du mot « Indiens » présente donc une utilité démontrable.

[21] Il nous reste donc essentiellement à nous demander si les Métis sont eux aussi inclus.

[22] Selon le point de vue dominant, les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Le professeur Hogg, par exemple, estime que le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) a une portée très englobante, qui inclut vraisemblablement les Métis :

> [TRADUCTION] Les Métis, personnes nées dans l'Ouest de mariages entre des hommes canadiens-français et des femmes indiennes à l'époque du commerce des fourrures, ont reçu des concessions de terres de « Sang-Mêlés »,

[2] When Newfoundland and Labrador joined Confederation in 1949, for example, they brought with them many Aboriginal peoples who were obviously not — and had never been — registered under the federal *Indian Act* and were therefore non-status Indians. The federal government nonetheless assumed jurisdiction over them and many were incorporated into the *Indian Act* in 1984 and 2008.

[2] À titre d'exemple, en se joignant à la Confédération en 1949, la province de Terre-Neuve-et-Labrador a fait entrer avec elle bon nombre de peuples autochtones qui n'étaient évidemment pas — et n'avaient jamais été — inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens* fédérale, et constituaient par conséquent des Indiens non inscrits. Le gouvernement fédéral a néanmoins assumé compétence à leur égard et bon nombre d'entre eux ont été intégrés dans la *Loi sur les Indiens* en 1984 et en 2008.

were accordingly excluded from the charter group from whom Indian status devolved. However, they are probably "Indians" within the meaning of s. 91(24).

(Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 28-4)

See also Joseph Eliot Magnet, "Who are the Aboriginal People of Canada?", in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation* (2003), 23, at p. 44; Clem Chartier, "'Indian': An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867" (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37; Mark Stevenson, "Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis" (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237; Noel Lyon, "Constitutional Issues in Native Law", in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (rev. 1st ed. 1989), 408, at p. 430.

[23] In fact, "Indians" has long been used as a general term referring to all Indigenous peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis. The term was created by European settlers and applied to Canada's Aboriginal peoples without making any distinction between them. As author Thomas King explains in *The Inconvenient Indian*:[3]

> No one really believed that there was only one Indian. No one ever said there was only one Indian. But as North America began to experiment with its "Indian programs," it did so with a "one size fits all" mindset. Rather than see tribes as an arrangement of separate nation states in the style of the Old World, North America imagined that Indians were basically the same. [p. 83]

[24] Before and after Confederation, the government frequently classified Aboriginal peoples with mixed European and Aboriginal heritage as Indians. Métis were considered "Indians" for pre-Confederation treaties such as the Robinson Treaties

[3] *The Inconvenient Indian: A Curious Account of Native People in North America* (2013), winner of the 2014 RBC Taylor Prize.

au lieu du droit de vivre dans des réserves, et ils ont par conséquent été exclus du groupe duquel découlait le statut d'Indien. Cependant, ils sont probablement des Indiens visés au par. 91(24).

(Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 28-4)

Voir également Joseph Eliot Magnet, « Who are the Aboriginal People of Canada? », dans Dwight A. Dorey et Joseph Eliot Magnet, dir., *Aboriginal Rights Litigation* (2003), 23, p. 44; Clem Chartier, « "Indian" : An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867 » (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37; Mark Stevenson, « Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis » (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237; Noel Lyon, « Constitutional Issues in Native Law », dans Bradford W. Morse, dir., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (1re éd. rév. 1989), 408, p. 430.

[23] En fait, le mot « Indiens » a longtemps été utilisé comme terme générique désignant tous les peuples autochtones, y compris les collectivités d'ascendance mixte comme les Métis. Le terme a été créé par les colons européens et appliqué aux peuples autochtones du Canada sans qu'aucune distinction ne soit faite entre eux. Comme l'explique l'auteur Thomas King dans *L'Indien malcommode*[3] :

> Personne ne pensait vraiment qu'il n'existait qu'un seul Indien. Personne n'a jamais dit qu'il n'y avait qu'un seul Indien. Mais dès que l'Amérique du Nord s'est mise à échafauder ses « programmes indiens », elle a procédé dans un esprit de standardisation. Au lieu de voir les tribus comme des États-nations distincts comme on en trouvait dans le Vieux Monde, l'Amérique du Nord s'est imaginé que les Indiens étaient essentiellement tous pareils. [p. 101]

[24] Avant et après la Confédération, le gouvernement a fréquemment qualifié d'Indiens les peuples autochtones ayant des origines mixtes européennes et autochtones. Les Métis ont été considérés comme des « Indiens » dans des traités antérieurs

[3] *L'Indien malcommode : Un portrait inattendu des Autochtones d'Amérique du Nord*, qui a valu à son auteur le prix Taylor RBC 2014 (traduit de l'anglais par Daniel Poliquin (2014)).

of 1850. Many post-Confederation statutes considered Métis to be "Indians", including the 1868 statute entitled *An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42.

[25] Historically, the purpose of s. 91(24) in relation to the broader goals of Confederation also indicates that since 1867, "Indians" meant all Aboriginal peoples, including Métis. The trial judge found that expanding British North America across Rupert's Land and the North-West Territories was a major goal of Confederation and that building a national railway was a key component of this plan. At the time, that land was occupied by a large and diverse Aboriginal population, including many Métis. A good relationship with all Aboriginal groups was required to realize the goal of building "the railway and other measures which the federal government would have to take." With jurisdiction over Aboriginal peoples, the new federal government could "protect the railway from attack" and ensure that they did not resist settlement or interfere with construction of the railway. Only by having authority over *all* Aboriginal peoples could the westward expansion of the Dominion be facilitated.

[26] The work of Prof. John Borrows supports this theory:

> The Métis Nation was . . . crucial in ushering western and northern Canada into Confederation and in increasing the wealth of the Canadian nation by opening up the prairies to agriculture and settlement. These developments could not have occurred without Métis intercession and legal presence.

(*Canada's Indigenous Constitution* (2010), at pp. 87-88)

à la Confédération, comme les traités Robinson de 1850. Ils l'ont été aussi dans bon nombre de lois postérieures à la Confédération, dont celle de 1868 intitulée l'*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42.

[25] Historiquement, considéré dans la perspective des objectifs plus généraux de la Confédération, l'objet du par. 91(24) indique également que, depuis 1867, le mot « Indiens » s'entend de tous les peuples autochtones, y compris les Métis. Le juge de première instance a conclu que l'expansion de l'Amérique du Nord britannique pour inclure la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest était l'un des principaux objectifs de la Confédération, et que la construction d'un chemin de fer national constituait un élément clef de ce plan. À l'époque, ces territoires étaient occupés par une population autochtone vaste et diversifiée, qui comptait beaucoup de Métis. Il fallait entretenir de bonnes relations avec l'ensemble des groupes autochtones pour réaliser l'objectif relatif à la construction « du chemin de fer et [aux] autres mesures que le gouvernement fédéral devrait prendre ». En ayant compétence sur les peuples autochtones, le gouvernement du nouvel État fédéral pourrait « protége[r] le chemin de fer contre les attaques », et s'assurer que ces peuples ne résistent pas à la colonisation et n'entravent pas la construction du chemin de fer. Ce n'est qu'en ayant compétence à l'égard de *tous* les peuples autochtones que le Dominion pourrait faciliter son expansion vers l'ouest.

[26] Les écrits du professeur John Borrows appuient cette théorie :

> [TRADUCTION] La nation métisse a [. . .] joué un rôle crucial dans l'entrée de l'ouest et du nord du Canada dans la Confédération et dans l'accroissement de la richesse de la nation canadienne par l'ouverture des Prairies à l'agriculture et à la colonisation. Ces avancées n'auraient pas pu être accomplies sans l'intervention et la présence juridique des Métis.

(*Canada's Indigenous Constitution* (2010), p. 87-88)

In his view, it would have been impossible for Canada to accomplish its expansionist agenda if "Indians" under s. 91(24) did not include Métis. The threat they posed to Canada's expansion was real. On many occasions Métis "blocked surveyors from doing their work" and "prevented Canada's expansion into the region" when they were unhappy with the Canadian government: Borrows, at p. 88.

[27] In fact, contrary to its position in this case, the federal government has at times assumed that it could legislate over Métis as "Indians". The 1876 *Indian Act*[4] banned the sale of intoxicating liquor to "Indians". In 1893 the North-West Mounted Police wrote to the federal government, expressing their difficulty in distinguishing between "Half-breeds and Indians in prosecutions for giving liquor to the latter". To clarify this issue, the federal government amended the *Indian Act*[5] in 1894 to broaden the ban on the sale of intoxicating liquor to Indians or any person "who follows the Indian mode of life", which included Métis.

[28] In October 1899, Indian Affairs Minister Clifford Sifton wrote a memorandum that would become the basis of the federal government's policy regarding Métis and Indian Residential Schools for decades. He wrote that "I am decidedly of the opinion that all children, even those of mixed blood . . . should be eligible for admission to the schools": *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 3, *The Métis Experience* (2015), at p. 16. This policy was applied haphazardly. Provincial public school systems were reluctant to admit Métis students, as the provinces saw them as a federal responsibility: p. 26. Many Métis attended Residential Schools because they were the only educational option open to them.

[4] *The Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18.

[5] *An Act further to amend "The Indian Act"*, S.C. 1894, c. 32.

À son avis, il aurait été impossible pour le Canada de réaliser son projet expansionniste si les « Indiens » visés au par. 91(24) n'avaient pas inclus les Métis. La menace qu'ils représentaient pour l'expansion du Canada était réelle. À de nombreuses reprises, les Métis [TRADUCTION] « ont empêché les arpenteurs d'effectuer leur travail » et « ont contré l'expansion du Canada dans leur région » lorsqu'ils étaient insatisfaits du gouvernement canadien (Borrows, p. 88).

[27] En fait, contrairement à ce qu'il soutient en l'espèce, le gouvernement fédéral a parfois considéré qu'il pouvait légiférer sur les Métis en tant qu'« Indiens ». L'*Acte des Sauvages* de 1876[4] interdisait la vente de boissons enivrantes aux « Indiens ». En 1893, la Police à cheval du Nord-Ouest a écrit au gouvernement fédéral pour lui faire part de sa difficulté à distinguer [TRADUCTION] « les Sang-Mêlés des Indiens dans les poursuites intentées pour avoir offert de l'alcool à ces derniers ». Pour clarifier cette question, le gouvernement fédéral a modifié l'*Acte des Sauvages*[5] en 1894 en vue d'élargir la portée de l'interdiction de vendre des boissons enivrantes à toute personne « qui vit à la façon des Sauvages », ce qui comprenait les Métis.

[28] En octobre 1899, le ministre des Affaires indiennes, Clifford Sifton, a rédigé une note de service qui allait devenir le fondement de la politique du gouvernement fédéral à l'égard des Métis et des pensionnats indiens pendant des décennies. Il a écrit ce qui suit : « . . . je suis décidément d'avis que tous les enfants, même ceux d'ascendance mixte [. . .] devraient pouvoir être admis dans les écoles » (*Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 3, *L'expérience métisse* (2015), p. 18). Cette politique n'a pas été appliquée de façon systématique. Les provinces étaient réticentes à admettre des élèves métis dans leur système scolaire public, car elles considéraient ceux-ci comme une responsabilité fédérale (p. 28). De nombreux Métis ont fréquenté les pensionnats, parce qu'il s'agissait des seuls endroits où ils pouvaient se faire instruire.

[4] *Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, c. 18.

[5] *Acte contenant de nouvelles modifications à l'Acte des Sauvages*, S.C. 1894, c. 32.

[29] In some cases, the federal government directly financed these projects. In the 1890s, the federal government provided funding for a reserve and industrial school at Saint-Paul-des-Métis in Alberta, run by Oblate missionaries: *The Final Report of the Truth and Reconciliation in Canada*, vol. 3, at p. 16. The reserve consisted of two townships, owned by the Crown, and included a school for teaching trades to the Métis. As long as the project lasted, it functioned equivalently to similar reserves for Indian peoples.

[30] Many Métis were also sent to Indian Residential Schools, another exercise of federal authority over "Indians", as *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* documents. According to the Report, "[t]he central goal of the Canadian residential school system was to 'Christianize' and 'civilize' Aboriginal people . . . . In the government's vision, there was no place for the Métis Nation": vol. 3, at p. 3. The Report notes that

> [t]he existing records make it impossible to say how many Métis children attended residential school. But they did attend almost every residential school discussed in this report at some point. They would have undergone the same experiences — the high death rates, limited diets, crowded and unsanitary housing, harsh discipline, heavy workloads, neglect, and abuse . . . . [p. 4]

The federal government has since acknowledged and apologized for wrongs such as Indian Residential Schools.

[31] Moreover, throughout the early twentieth century, many Métis whose ancestors had taken scrip continued to live on Indian reserves and to participate in Indian treaties. In 1944, a Commission of Inquiry in Alberta was launched to investigate this issue, headed by Justice William Macdonald. He concluded that the federal government had the constitutional authority to allow these Métis to participate in treaties and recommended that the federal

[29] Dans certains cas, le gouvernement fédéral a financé directement ces projets. Dans les années 1890, le gouvernement fédéral a financé une réserve et une école de métiers de Saint-Paul-des-Métis en Alberta, école dirigée par des missionnaires oblats (*Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation*, vol. 3, p. 18-19). La réserve consistait en deux cantons appartenant à la Couronne et comprenait une école où on enseignait divers métiers aux Métis. Pendant toute la durée du projet, le fonctionnement de la réserve était similaire à celui des réserves analogues établies pour les peuples indiens.

[30] Bon nombre de Métis ont également été envoyés dans des pensionnats indiens, une autre manifestation de l'exercice par le fédéral de sa compétence sur les « Indiens », comme le constate le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*. Selon ce rapport, « [l]e principal objectif du système des pensionnats canadiens était de "christianiser" et de "civiliser" le peuple autochtone [. . .] Du point de vue du gouvernement, il n'y a alors aucune place pour la nation métisse » (vol. 3, p. 3). On peut lire ce qui suit dans le rapport :

> Les dossiers actuels ne permettent pas de dire combien d'enfants métis ont fréquenté un pensionnat. Mais, ils ont fréquenté presque chaque pensionnat mentionné dans le présent rapport, à un certain moment, où ils auraient partagé ces expériences — taux de mortalité élevé, déficience alimentaire, logement insalubre et surpeuplé, discipline sévère, lourdes charges de travail, négligence et violence . . . [p. 5]

Le gouvernement fédéral a depuis reconnu ses torts et présenté ses excuses pour ceux-ci, par exemple en ce qui concerne les pensionnats indiens.

[31] De plus, pendant tout le début du vingtième siècle, de nombreux Métis dont les ancêtres avaient accepté un certificat de concession foncière ont continué à vivre dans des réserves indiennes et à participer aux traités indiens. En 1944, une commission d'enquête présidée par le juge William Macdonald a été mise sur pied en Alberta pour se pencher sur cette question. Le juge Macdonald a conclu que le gouvernement fédéral avait, en vertu

government take steps to clarify the status of these Métis with respect to treaties and reserves: *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (online).

[32] Justice Macdonald noted that the federal government had been willing to recognize Métis as Indians whenever it was convenient to do so:

> It would appear that whenever it became necessary or expedient to extinguish Indian rights in any specific territory, the fact that Halfbreeds also had rights by virtue of their Indian blood was invariably recognized. . . .
>
> . . .
>
> . . . mixed blood did not necessarily establish white status, nor did it bar an individual from admission into treaty. The welfare of the individual and his own desires in the matter were given due weight, no cast-iron rule was adopted. [pp. 557-58]

In 1958, the federal government amended the *Indian Act*,[6] enacting Justice Macdonald's recommendation that Métis who had been allotted scrip but were already registered as Indians (and their descendants), remain registered under the *Indian Act*, thereby clarifying their status with respect to treaties and reserves. In so legislating, the federal government appeared to assume that it had authority over Métis under s. 91(24).

[33] Not only has the federal government legislated over Métis as "Indians", but it appears to have done so in the belief it was acting within its constitutional authority. In 1980, the Department of Indian Affairs and Northern Development wrote a document for Cabinet entitled *Natives and the Constitution*. This document clearly expressed the federal

[6] *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1958, c. 19.

de la Constitution, le pouvoir de permettre à ces Métis de participer aux traités et il a recommandé que celui-ci prenne des mesures pour préciser leur statut en ce qui concerne les traités et les réserves (*Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, 7 août 1944 (en ligne)).

[32] Le juge Macdonald a indiqué que le gouvernement fédéral s'était montré disposé à reconnaître les Métis en tant qu'Indiens chaque fois qu'il était avantageux pour lui de le faire :

> [TRADUCTION] Il semble que, chaque fois qu'il est devenu nécessaire ou opportun d'éteindre des droits indiens sur un territoire précis, le fait que les Sang-Mêlés avaient aussi des droits en vertu de leur sang indien a toujours été reconnu. . .
>
> . . .
>
> . . . l'ascendance mixte n'établissait pas forcément le statut de Blanc, pas plus qu'elle n'empêchait une personne d'être admise dans un traité. Le bien-être de la personne et ses propres désirs à cet égard ont été dûment pris en considération; aucune règle rigide n'a été adoptée. [p. 557-558]

En 1958, le gouvernement fédéral a modifié la *Loi sur les Indiens*[6] et adopté la recommandation du juge Macdonald proposant que les Métis auxquels un certificat de concession foncière avait été attribué, mais qui étaient déjà inscrits comme Indiens (ainsi que leurs descendants), demeurent inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, mesure qui clarifiait leur statut relativement aux traités et aux réserves. En légiférant ainsi, le gouvernement fédéral semble avoir considéré qu'il avait compétence sur les Métis en vertu du par. 91(24).

[33] Non seulement le gouvernement fédéral a-t-il légiféré à l'égard des Métis comme s'ils étaient des « Indiens », mais il semble l'avoir fait en étant convaincu qu'il agissait conformément à son pouvoir constitutionnel. En 1980, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a rédigé à l'intention du Cabinet un document intitulé *Natives*

[6] *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1958, c. 19.

government's confidence that it had constitutional authority to legislate over Métis under s. 91(24):

> Métis people . . . are presently in the same legal position as other Indians who signed land cession treaties. Those Métis who have received scrip or lands are excluded from the provisions of the *Indian Act*, but are still "Indians" within the meaning of the *BNA Act*. . . .
>
> . . .
>
> Should a person possess "sufficient" racial and social characteristics to be considered a "native person", that individual will be regarded as an "Indian" . . . within the legislative jurisdiction of the federal government, regardless of the fact that he or she may be excluded from the coverage of the *Indian Act*. [p. 43]

[34] Moreover, while it does not define the scope of s. 91(24), it is worth noting that s. 35[7] of the *Constitution Act, 1982* states that Indian, Inuit, *and* Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution. This Court recently explained that the "grand purpose" of s. 35 is "[t]he reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship": *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10. And in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, this Court noted that ss. 35 and 91(24) should be read together: p. 1109, cited in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 69.

[35] The term "Indian" or "Indians" in the constitutional context, therefore, has two meanings: a broad meaning, as used in s. 91(24), that includes

and the Constitution. Ce document montre clairement que le gouvernement fédéral était convaincu qu'il avait le pouvoir constitutionnel de légiférer à l'égard des Métis en vertu du par. 91(24) :

> [TRADUCTION] Les Métis [. . .] sont actuellement dans la même situation juridique que les autres Indiens ayant signé des traités de cession de terres. Les Métis qui ont reçu des terres ou un certificat de concession foncière sont exclus du champ d'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais demeurent toujours des « Indiens » visés par l'*AANB*. . .
>
> . . .
>
> Si une personne possède des caractéristiques raciales et sociales « suffisantes » pour être considérée comme une « personne autochtone », elle sera considérée comme un « Indien » [. . .] relevant de la compétence législative du gouvernement fédéral, sans égard au fait qu'elle puisse être exclue du champ d'application de la *Loi sur les Indiens*. [p. 43]

[34] De plus, bien que l'art. 35[7] de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne définisse pas la portée du par. 91(24), il convient de noter qu'il énonce que les Indiens, les Inuit *et* les Métis sont des peuples autochtones pour l'application de la Constitution. Notre Cour a récemment expliqué que « [l]a réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel » constitue « le noble objectif » de l'art. 35 (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10). En outre, dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la Cour a souligné que l'art. 35 et le par. 91(24) doivent être interprétés conjointement (p. 1109, cité dans *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 69).

[35] Le terme « Indien » ou « Indiens » a donc deux sens en contexte constitutionnel : un sens large, au par. 91(24), qui inclut tant les Métis

---

[7] **35.** (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

[7] **35.** (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

both Métis and Inuit and can be equated with the term "aboriginal peoples of Canada" used in s. 35, and a narrower meaning that distinguishes Indian bands from other Aboriginal peoples. As will be noted later in these reasons, this Court in *Reference as to whether "Indians" in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104 ("*Re Eskimo*"), held that s. 91(24) includes the Inuit. Since the federal government concedes that s. 91(24) includes non-status Indians, it would be constitutionally anomalous, as the Crown also conceded, for the Métis to be the only Aboriginal people to be recognized and included in s. 35 yet excluded from the constitutional scope of s. 91(24).

[36] The *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, released in 1996, stressed the importance of rebuilding the Crown's relationship with Aboriginal peoples in Canada, including the Métis: see vol. 3, *Gathering Strength*. The Report called on the federal government to "recognize that Métis people . . . are included in the federal responsibilities set out in section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*": vol. 2, *Restructuring the Relationship*, at p. 66. The importance of this reconstruction was also recognized in the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada: *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (2015), at p. 183; see also *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 1, and *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 12.

[37] The constitutional changes, the apologies for historic wrongs, a growing appreciation that Aboriginal and non-Aboriginal people are partners in Confederation, the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, and the *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, all indicate that reconciliation with *all* of Canada's Aboriginal peoples is Parliament's goal.

que les Inuit et que l'on peut assimiler à celui de l'expression « peuples autochtones du Canada » employée à l'art. 35; et un sens plus restreint, qui distingue les bandes indiennes des autres peuples autochtones. Comme nous le verrons plus loin, dans l'arrêt *Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104 (« *Renvoi sur les Esquimaux* »), la Cour a conclu que le par. 91(24) vise les Inuit. Puisque le gouvernement fédéral concède que cette disposition vise les Indiens non inscrits, il serait, comme l'a également concédé la Couronne, anormal d'un point de vue constitutionnel que les Métis constituent le seul peuple autochtone à être reconnu et inclus à l'art. 35, tout en étant par ailleurs exclu du champ d'application du par. 91(24).

[36] Le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, publié en 1996, souligne l'importance de reconstruire la relation de la Couronne avec les peuples autochtones du Canada, notamment avec les Métis (voir le vol. 3, *Vers un ressourcement*). Le rapport incite le gouvernement fédéral à « reconnaître que les Métis [. . .] sont compris dans la sphère de compétence fédérale aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (vol. 2, *Une relation à redéfinir*, p. 74). Le rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada reconnaît aussi l'importance de cette reconstruction (*Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (2015), p. 193; voir aussi *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1, et *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 12).

[37] Les modifications constitutionnelles, les excuses pour les torts du passé, la reconnaissance grandissante du fait que les peuples autochtones et non autochtones sont des partenaires dans la Confédération, le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* ainsi que le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* indiquent tous qu'une réconciliation avec *l'ensemble* des peuples autochtones du Canada est l'objectif du Parlement.

[38] The jurisprudence also supports the conclusion that Métis are "Indians" under s. 91(24). There is no case directly on point, but by identifying which groups have already been recognized as "Indians" under this head of power and by establishing principles governing who can be considered "Indians", the existing cases provide guidance.

[39] In *Re Eskimo*, this Court had to determine whether the Inuit were "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Relying on historical evidence to determine the meaning of "Indians" in 1867, the Court drew heavily from the 1858 *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company*. Acting on behalf of the federal government, the Hudson's Bay Company had conducted a survey of Rupert's Land and the North-Western Territories in which the Inuit were classified as Indians. The Court found that while the Inuit had their own language, culture, and identities separate from that of the "Indian tribes" in other parts of the country, they were "Indians" under s. 91(24) on the basis of this survey. It follows from this case that a unique culture and history, and self-identification as a distinct group, are not bars to being included as "Indians" under s. 91(24).

[40] In *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, this Court traced the outer limits of the "Indian" power under s. 91(24). An Indian couple lived on a reserve most of the year except for a few weeks each summer during which they lived off the reserve and the husband worked on a farm. The husband died during one of the weeks he was away from the reserve. This resulted in the superintendent in charge of the Indian district (which included their reserve) being appointed as administrator of his estate, pursuant to s. 43 of the *Indian Act*.[8] His wife challenged s. 43 on the grounds that it violated the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44. While the Court held that s. 43 of the *Indian Act* did not violate the *Bill of Rights*,

[8] R.S.C. 1970, c. I-6.

[38] La jurisprudence permet également de conclure que les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Aucune décision ne porte exactement sur cette question, mais la jurisprudence existante donne des indications à cet égard en précisant quels groupes ont déjà été reconnus en tant qu'« Indiens » au regard de ce chef de compétence, et en établissant les principes qui permettent de déterminer quelles personnes peuvent être considérées comme des « Indiens ».

[39] Dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, la Cour devait déterminer si les Inuit étaient des « Indiens » visés au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Se fondant sur la preuve historique pour déterminer le sens du terme « Indiens » en 1867, la Cour s'est largement inspirée du *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company* de 1858. Agissant au nom du gouvernement fédéral, la Compagnie de la Baie d'Hudson avait procédé à l'arpentage de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest, où les Inuit étaient considérés comme des Indiens. La Cour a conclu que, même si les Inuit avaient une langue, une culture et une identité propres, distinctes de celles des « tribus indiennes » d'autres régions du pays, ils étaient des « Indiens » visés au par. 91(24) sur la base de ces travaux. Il ressort de cette affaire que le fait pour les membres d'un groupe d'avoir une culture et une histoire uniques et de s'identifier comme un groupe distinct ne s'oppose pas à leur inclusion en tant qu'« Indiens » visés au par. 91(24).

[40] Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, notre Cour a tracé les limites de la compétence à l'égard des « Indiens » prévue au par. 91(24). Dans cette affaire, un couple indien habitait dans une réserve durant la majeure partie de l'année, sauf pendant quelques semaines chaque été, au cours desquelles les conjoints vivaient à l'extérieur de la réserve et l'époux travaillait dans une exploitation agricole. Celui-ci est décédé au cours d'une des semaines où il était absent de la réserve. Par suite du décès, le surintendant responsable du district indien (dont faisait partie la réserve) a été nommé administrateur de sa succession conformément à l'art. 43 de la *Loi sur les Indiens*[8]. L'épouse a contesté l'art. 43 au motif

[8] S.R.C. 1970, c. I-6.

Beetz J. concluded that in determining who are "Indians" under s. 91(24), "it would not appear unreasonable to count marriage and filiation and, unavoidably, intermarriages": p. 207.

[41] These two cases left jurisprudential imprints that assist in deciding whether Métis are part of what is included in s. 91(24). As stated above, *Canard* shows that intermarriage and mixed-ancestry do not preclude groups from inclusion under s. 91(24). And *Re Eskimo* establishes that the fact that a group is a distinct people with a unique identity and history whose members self-identify as separate from Indians, is not a bar to inclusion within s. 91(24).

[42] There is no doubt that the Métis are a distinct people. Their distinctiveness was recognized in two recent cases from this Court — *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] 2 S.C.R. 670, and *Manitoba Metis Federation*. The issue in *Cunningham* was whether Alberta's *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, violated s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by terminating the membership of Métis who voluntarily registered as Indians under the *Indian Act*. The Court concluded that the *Metis Settlements Act* was justified as an ameliorative program. In commenting on the unique history of the Métis, the Court noted that they are "widely recognized as a culturally distinct Aboriginal people living in culturally distinct communities": para. 7.

[43] And in *Manitoba Metis Federation*, this Court granted declaratory relief to the descendants of Manitoba's Red River Métis Settlement. The federal *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, promised

qu'il contrevenait à la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44. Bien que la Cour ait statué que ce n'était pas le cas, le juge Beetz a conclu qu'« il n'apparaîtrait pas déraisonnable d'inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens » pour déterminer quelles personnes sont des « Indiens » visés au par. 91(24) (p. 207).

[41] Ces deux arrêts ont laissé dans la jurisprudence des empreintes qui aident à déterminer si les Métis font partie des personnes visées au par. 91(24). Comme il a été indiqué précédemment, l'arrêt *Canard* montre que les mariages entre Indiens et non-Indiens et l'ascendance mixte n'empêchent pas l'inclusion d'un groupe dans le champ d'application du par. 91(24). Et, selon le *Renvoi sur les Esquimaux*, le caractère distinct d'un groupe qui forme un peuple ayant une identité et une histoire uniques et dont les membres s'identifient comme un groupe distinct des Indiens ne fait pas obstacle à l'inclusion dans le champ d'application du par. 91(24).

[42] Il ne fait aucun doute que les Métis forment un peuple distinct. Notre Cour a reconnu leur caractère distinct dans deux affaires récentes, *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670, et *Manitoba Metis Federation*. Dans *Cunningham*, il fallait décider si la loi albertaine intitulée *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, violait l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle prévoit que les Métis qui s'inscrivent volontairement comme Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens* renoncent de ce fait à leur statut de membres d'un établissement métis. Notre Cour a conclu que la *Metis Settlements Act* était justifiée en tant que programme améliorateur. Au sujet de l'histoire unique des Métis, la Cour a fait remarquer que ces derniers sont « largement reconnus comme formant un peuple autochtone culturellement distinct et vivant dans des communautés culturellement distinctes » (par. 7).

[43] Et, dans l'arrêt *Manitoba Metis Federation*, notre Cour a rendu le jugement déclaratoire sollicité par les descendants des Métis de la colonie de la rivière Rouge du Manitoba. La *Loi de 1870 sur*

land to the children of the Métis. Errors and delays resulted in many of them receiving inadequate scrip rather than land. The Court held that Canada had a fiduciary relationship with the Métis, and that the Crown's promise to implement the land grant engaged the honour of the Crown. This created a duty of diligent implementation. In so deciding, the Court stated that the Métis of the Red River Settlement are a "distinct community": para. 91.

le Manitoba, S.C. 1870, c. 3, édictée par le Parlement fédéral, promettait des terres aux enfants des Métis. Des erreurs et des retards ont fait en sorte que bon nombre d'entre eux ont reçu des certificats de concession foncière inadéquats plutôt que des terres. La Cour a jugé que le Canada entretenait une relation de nature fiduciaire avec les Métis et que la promesse de la Couronne de mettre en œuvre les concessions de terres engageait l'honneur de celle-ci. Il s'était donc créé une obligation de diligence dans la mise en œuvre. La Cour a également affirmé que les Métis de la colonie de la rivière Rouge constituaient « une communauté distincte » (par. 91).

[44] The Crown, however, submits that including Métis as "Indians" under s. 91(24) is contrary to this Court's decision in *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236. With respect, I think *Blais* can be easily distinguished. The issue in *Blais* was whether a provision of Manitoba's *Natural Resources Transfer Agreement*, which allowed "Indians" to hunt out of season, included Métis. It is true that the Court concluded that "Indians" in the *Natural Resources Transfer Agreement* did not include Métis, but what was at issue was a constitutional agreement, not the Constitution. This, as this Court noted in *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, is a completely different interpretive exercise:

[44] La Couronne soutient toutefois que le fait de considérer que le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) inclut les Métis va à l'encontre de l'arrêt *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236. À mon humble avis, j'estime que l'affaire *Blais* peut être facilement distinguée de celle dont nous sommes saisis. Dans ce pourvoi, il s'agissait de déterminer si une disposition de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba, qui permettait aux « Indiens » de chasser hors saison, visait également les Métis. Il est vrai que la Cour a conclu que le mot « Indiens » figurant dans cette convention n'incluait pas les Métis, mais le texte litigieux était un accord de nature constitutionnelle, et non la Constitution. Comme la Cour l'a souligné dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, il s'agit d'un exercice d'interprétation complètement différent :

> . . . it is submitted that the intention of the framers should be determinative in interpreting the scope of the heads of power enumerated in ss. 91 and 92 given the decision in *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236, 2003 SCC 44. That case considered the interpretive question in relation to a particular constitutional agreement, as opposed to a head of power which must continually adapt to cover new realities. It is therefore distinguishable and does not apply here. [para. 30]

> . . . on plaide que, selon l'arrêt *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, 2003 CSC 44, l'intention des rédacteurs de la Constitution devrait être déterminante dans l'interprétation de la portée des rubriques de compétence énumérées aux art. 91 et 92. Or, cette décision portait sur l'interprétation d'une convention constitutionnelle particulière et non d'une rubrique de compétence qui doit être continuellement adaptée à de nouvelles réalités. Une distinction s'impose donc entre le présent renvoi et cette affaire, qui ne s'applique pas en l'espèce. [par. 30]

[45] While there was some overlapping evidence between *Blais* and this case, the interpretation of

[45] Quoique certains éléments de preuve présentés dans l'affaire *Blais* et dans le présent pourvoi

a different record in *Blais* directed at different issues cannot trump the extensive and significantly broader expert testimony and the findings of Phelan J. Of most significance, however, is the fact that this Court itself expressly stated in *Blais* that it was *not* deciding whether s. 91(24) included the Métis. Far from seeing *Blais* as dispositive of the constitutional scope of s. 91(24), the Court emphasized that it left "open for another day the question of whether the term 'Indians' in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* includes the Métis — an issue not before us in this appeal": para. 36.

[46] A broad understanding of "Indians" under s. 91(24) as meaning 'Aboriginal peoples', resolves the definitional concerns raised by the parties in this case. Since s. 91(24) includes all Aboriginal peoples, including Métis and non-status Indians, there is no need to delineate which mixed-ancestry communities are Métis and which are non-status Indians. They are all "Indians" under s. 91(24) by virtue of the fact that they are all Aboriginal peoples.

[47] Determining whether particular individuals or communities are non-status Indians or Métis and therefore "Indians" under s. 91(24), is a fact-driven question to be decided on a case-by-case basis in the future, but it brings us to whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to the definitional criteria set out in *Powley* in accordance with the decision of the Federal Court of Appeal, or whether, as the appellants and some of the interveners urged, the membership base should be broader.

[48] The issue in *Powley* was who is Métis under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The case involved

se recoupent, l'interprétation donnée dans *Blais* sur la base d'un dossier différent portant sur des questions différentes ne saurait écarter les témoignages d'experts beaucoup plus larges et approfondis ainsi que les conclusions du juge Phelan. Le fait le plus important toutefois est que, dans *Blais*, la Cour a elle-même expressément affirmé qu'elle *ne* décidait *pas* si les Métis sont inclus dans le champ d'application du par. 91(24). Loin de considérer que cet arrêt décidait définitivement la portée constitutionnelle du par. 91(24), la Cour a souligné que « sera[it] tranchée à une autre occasion la question de savoir si le mot "Indiens" au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'entend également des Métis — question dont nous ne sommes pas saisis dans le présent pourvoi » (par. 36).

[46] Le fait d'interpréter largement le mot « Indiens » figurant au par. 91(24) et de lui attribuer le sens de « peuples autochtones » permet de répondre aux préoccupations d'ordre définitionnel soulevées par les parties en l'espèce. En effet, comme le par. 91(24) vise tous les peuples autochtones, y compris les Métis et les Indiens non inscrits, il n'est pas nécessaire d'identifier les collectivités d'ascendance mixte formées de Métis et celles formées d'Indiens non inscrits. Tous ces groupes sont des « Indiens » visés au par. 91(24), puisqu'ils sont tous des peuples autochtones.

[47] La question de savoir si des personnes données sont des Indiens non inscrits ou des Métis, et donc des « Indiens » visés au par. 91(24), — ou encore si une collectivité en particulier est formée de telles personnes — est une question de fait qui devra être décidée au cas par cas dans le futur, mais elle nous oblige à nous demander s'il y a lieu, pour l'application du par. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux critères définitoires énoncés dans l'arrêt *Powley*, conformément à la décision de la Cour d'appel fédérale, ou s'il faut plutôt, comme l'ont fait valoir les appelants et certains des intervenants, élargir les critères d'appartenance.

[48] Dans l'affaire *Powley*, la question en litige consistait à déterminer qui est un Métis visé à

two Métis hunters who were charged with violating the *Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1. They claimed that the Métis had an Aboriginal right to hunt for food under s. 35(1). The Court agreed and suggested three criteria for defining who qualifies as Métis for purposes of s. 35(1):

1. Self-identification as Métis;

2. An ancestral connection to an historic Métis community; and

3. Acceptance by the modern Métis community.

[49] The third criterion — community acceptance — raises particular concerns in the context of this case. The criteria in *Powley* were developed specifically for purposes of applying s. 35, which is about protecting historic community-held rights: para. 13. That is why acceptance by the community was found to be, for purposes of who is included as Métis under s. 35, a prerequisite to holding those rights. Section 91(24) serves a very different constitutional purpose. It is about the federal government's relationship with Canada's Aboriginal peoples. This includes people who may no longer be accepted by their communities because they were separated from them as a result, for example, of government policies such as Indian Residential Schools. There is no principled reason for presumptively and arbitrarily excluding them from Parliament's protective authority on the basis of a "community acceptance" test.

[50] The first declaration should, accordingly, be granted as requested. Non-status Indians and Métis are "Indians" under s. 91(24) and it is the federal government to whom they can turn.

l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans cette affaire, deux chasseurs métis qui avaient été accusés d'avoir enfreint la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, c. G.1, ont fait valoir que les Métis possédaient, en vertu du par. 35(1), un droit ancestral de chasser pour se nourrir. La Cour leur a donné raison et a proposé trois critères pour définir qui peut être considéré comme un Métis pour l'application du par. 35(1) :

1. l'auto-identification comme Métis;

2. l'existence de liens ancestraux avec une collectivité métisse historique;

3. l'acceptation par la collectivité métisse actuelle.

[49] Le troisième critère — l'acceptation par la collectivité — suscite des préoccupations particulières en l'espèce. Les critères de l'arrêt *Powley* ont été établis spécialement pour l'application de l'art. 35, lequel a pour objet de protéger des droits collectifs historiques (par. 13). C'est la raison pour laquelle, afin de déterminer qui est un Métis visé à l'art. 35, l'acceptation par la collectivité a été jugée constituer un préalable à la reconnaissance de tels droits. Le paragraphe 91(24) vise pour sa part un objectif constitutionnel très différent. Il concerne la relation du gouvernement fédéral avec les peuples autochtones du Canada. Il est possible que, parmi les personnes visées par cette disposition, certaines ne soient plus acceptées par leurs collectivités parce qu'elles en auraient été séparées en raison, par exemple, de politiques gouvernementales comme celle relative aux pensionnats indiens. Il n'existe aucune raison logique justifiant de priver présomptivement et arbitrairement de telles personnes de la protection qu'offre le pouvoir de légiférer du Parlement sur la base d'un critère requérant leur « acceptation par la collectivité ».

[50] Il y a donc lieu d'accorder le premier jugement déclaratoire demandé. Les Indiens non inscrits et les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), et c'est vers le gouvernement fédéral qu'ils peuvent se tourner.

[51] But federal jurisdiction over Métis and non-status Indians does not mean that all provincial legislation pertaining to Métis and non-status Indians is inherently *ultra vires*. This Court has recognized that courts "should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by *both* levels of government": *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 37 (emphasis in original). Moreover, this Court has been clear that federal authority under s. 91(24) does not bar valid provincial schemes that do not impair the core of the "Indian" power: *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 S.C.R. 696, at para. 3.

[51] Cependant, le fait que le gouvernement fédéral ait compétence à l'égard des Métis et des Indiens non inscrits ne signifie pas que toute mesure législative provinciale les concernant est intrinsèquement *ultra vires*. Comme l'a reconnu notre Cour, il importe que les tribunaux « privilégient, dans la mesure du possible, l'application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement » (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 37 (en italique dans l'original)). En outre, la Cour a précisé que la compétence fédérale sur les Indiens prévue au par. 91(24) n'empêche pas l'instauration de régimes provinciaux valides qui ne portent pas atteinte à son contenu essentiel (*NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 R.C.S. 696, par. 3).

[52] I agree, however, with both the trial judge and the Federal Court of Appeal that neither the second nor third declaration should be granted.

[52] Je suis toutefois d'accord avec le juge de première instance et la Cour d'appel fédérale pour dire qu'il n'y a pas lieu de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires.

[53] The second declaration sought is to recognize that the Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, accepted that Canada's Aboriginal peoples have a fiduciary relationship with the Crown and *Manitoba Metis Federation* accepted that such a relationship exists between the Crown and Métis. As a result, the declaration lacks practical utility because it is restating settled law.

[53] Le deuxième jugement déclaratoire demandé vise à faire reconnaître que la Couronne a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits. Dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, notre Cour a admis qu'il existe une relation de nature fiduciaire entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne et, dans l'arrêt *Manitoba Metis Federation*, elle a reconnu l'existence d'une telle relation entre la Couronne et les Métis. Par conséquent, le jugement déclaratoire demandé n'a aucune utilité pratique, parce qu'il ne ferait que réaffirmer des principes de droit bien établis.

[54] The third declaration sought is that Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis through representatives of their choice, respecting all their rights, interests and needs as Aboriginal peoples.

[54] Le troisième jugement déclaratoire sollicité porte que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à ce que le gouvernement fédéral les consulte et négocie avec eux de bonne foi sur une base collective, par l'entremise de représentants de leur choix, relativement à l'ensemble de leurs droits, intérêts et besoins en tant que peuples autochtones.

[55] The claim is that the First Ministers' conferences anticipated by ss. 37 and 37.1 of the *Constitution*

[55] L'argument invoqué au soutien du troisième jugement déclaratoire est que les conférences des

Act, 1982[9] did not yield the hoped-for results in identifying and defining Aboriginal rights. The subsequent lack of progress implies that the federal government has not fulfilled its constitutional obligations.

[56] However, *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 257, and *Powley* already recognize a context-specific duty to negotiate when Aboriginal rights are engaged. Because it would be a restatement of the existing law, the third declaration too lacks practical utility.

premiers ministres prévues aux art. 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*[9] n'ont pas produit les résultats souhaités quant à la détermination et à la définition des droits ancestraux. Le peu de progrès réalisé par la suite impliquerait que le gouvernement fédéral ne s'est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles.

[56] Toutefois, les arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 257, et *Powley* reconnaissent déjà l'existence d'une obligation de négocier lorsque des droits ancestraux sont en jeu, obligation qui est fonction du contexte particulier. Comme il réaffirmerait des principes de droit existants, le troisième jugement déclaratoire demandé n'a lui non plus aucune utilité pratique.

---

[9] **37.** (1) A constitutional conference composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada within one year after this Part comes into force.

(2) The conference convened under subsection (1) shall have included in its agenda an item respecting constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, including the identification and definition of the rights of those peoples to be included in the Constitution of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on that item.

(3) The Prime Minister of Canada shall invite elected representatives of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to participate in the discussions on any item on the agenda of the conference convened under subsection (1) that, in the opinion of the Prime Minister, directly affects the Yukon Territory and the Northwest Territories.

37.1 (1) In addition to the conference convened in March 1983, at least two constitutional conferences composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada, the first within three years after April 17, 1982 and the second within five years after that date.

(2) Each conference convened under subsection (1) shall have included in its agenda constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on those matters.

(3) The Prime Minister of Canada shall invite elected representatives of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to participate in the discussions on any item on the agenda of a conference convened under subsection (1) that, in the opinion of the Prime Minister, directly affects the Yukon Territory and the Northwest Territories.

(4) Nothing in this section shall be construed so as to derogate from subsection 35(1).

[9] **37.** (1) Dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions.

(3) Le premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

37.1 (1) En sus de la conférence convoquée en mars 1983, le premier ministre du Canada convoque au moins deux conférences constitutionnelles réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, la première dans les trois ans et la seconde dans les cinq ans suivant le 17 avril 1982.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions.

(3) Le premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour des conférences visées au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

(4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger au paragraphe 35(1).

[57] For the foregoing reasons, while I agree with the Federal Court of Appeal and the trial judge that the second and third declarations should not be granted, I would restore the trial judge's decision that the word "Indians" in s. 91(24) includes Métis and non-status Indians.

[58] The appeal is therefore allowed in part and the Federal Court of Appeal's conclusion that the first declaration should exclude non-status Indians or apply only to those Métis who meet the *Powley* criteria, is set aside. It follows that the cross-appeal is dismissed. The appellants are entitled to their costs.

Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed, with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: University of Ottawa, Ottawa; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitor for the respondents/appellants on cross-appeal: Attorney General of Canada, Saskatoon, Ottawa and Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Native Council of Nova Scotia, the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and the Native Council of Prince Edward Island: Burchells, Halifax.

Solicitors for the intervener the Metis Settlements General Council: Witten, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: JFK Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Métis Federation of Canada: Devlin Gailus Westaway, Victoria.

[57] Pour les motifs qui précèdent, bien que je convienne avec la Cour d'appel fédérale et le juge de première instance qu'il n'y a pas lieu de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires, je rétablirais la décision du juge de première instance selon laquelle le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) inclut les Métis et les Indiens non inscrits.

[58] Le pourvoi est donc accueilli en partie et la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle le premier jugement déclaratoire devrait exclure les Indiens non inscrits ou ne s'appliquer qu'aux Métis qui satisfont aux critères énoncés dans l'arrêt *Powley* est annulée. Le pourvoi incident est en conséquence rejeté. Les appelants ont droit à leurs dépens.

Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté, avec dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Université d'Ottawa, Ottawa; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureur des intimés/appelants au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Saskatoon, Ottawa et Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs des intervenants Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council et Native Council of Prince Edward Island : Burchells, Halifax.

Procureurs de l'intervenant Metis Settlements General Council : Witten, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : JFK Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fédération Métisse du Canada : Devlin Gailus Westaway, Victoria.

Solicitors for the intervener the Aseniwuche Winewak Nation of Canada: JFK Law Corporation, Vancouver and Victoria.

Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.

Solicitors for the intervener the Gift Lake Métis Settlement: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Solicitors for the intervener the Native Alliance of Quebec: Gagné Letarte, Québec.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Solicitor for the intervener the Métis National Council: Métis National Council, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Aseniwuche Winewak Nation of Canada : JFK Law Corporation, Vancouver et Victoria.

Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.

Procureurs de l'intervenant Gift Lake Métis Settlement : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance autochtone du Québec : Gagné Letarte, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Ralliement national des Métis : Ralliement national des Métis, Ottawa.

Joseph Ryan Lloyd *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Canadian Bar Association, African Canadian Legal Clinic, Pivot Legal Society, Union of British Columbia Indian Chiefs, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Canadian HIV/AIDS Legal Network, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, Prisoners with HIV/AIDS Support Action Network, Canadian Association of People Who Use Drugs, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and West Coast Women's Legal Education and Action Fund *Interveners*

Joseph Ryan Lloyd *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Association du Barreau canadien, Clinique juridique africaine canadienne, Pivot Legal Society, Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, Réseau d'action et de soutien des prisonniers et prisonnières vivant avec le VIH/sida, Association canadienne des personnes qui utilisent des drogues, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et West Coast Women's Legal Education and Action Fund *Intervenants*

Indexed as: R. *v.* Lloyd

2016 SCC 13

File No.: 35982.

2016: January 13; 2016: April 15.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

Répertorié : R. *c.* Lloyd

2016 CSC 13

N° du greffe : 35982.

2016 : 13 janvier; 2016 : 15 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Controlled substances offence — Accused convicted of possessing controlled substances for purpose of trafficking and sentenced to one year of imprisonment — Whether one-year mandatory minimum imprisonment term pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act results in cruel and unusual punishment and therefore infringes s. 12

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Infraction relative à des substances réglementées — Accusé reconnu coupable de possession de substances réglementées en vue d'en faire le trafic et condamné à un an d'emprisonnement — La peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit l'art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances équivaut-elle

of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Whether Court of Appeal erred in increasing sentence to 18 months — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(3)(a)(i)(D).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether one-year mandatory minimum sentence pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act infringes s. 7 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Courts — Jurisdiction — Provincial court judge deciding mandatory minimum sentencing provision unconstitutional — Whether provincial court has power to determine constitutionality.

L was convicted of possession of drugs for the purpose of trafficking. Because he had a recent prior conviction for a similar offence, he was subject to a mandatory minimum sentence of one year of imprisonment, pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of the *Controlled Drugs and Substances Act* ("*CDSA*"). Section 5(3)(a)(i)(D) provides a minimum sentence of one year of imprisonment for trafficking or possession for the purpose of trafficking in a Schedule I or II drug, where the offender has been convicted of any drug offence (except possession) within the previous 10 years. The provincial court judge declared the provision contrary to s. 12 of the *Charter* and not justified under s. 1. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the declaration of unconstitutionality and increased the sentence to 18 months.

Held (Wagner, Gascon and Brown JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Côté JJ.: The provincial court judge in this case had the power to decide the constitutionality of s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA*. While provincial court judges do not have the power to make formal declarations that a law is of no force or effect under s. 52(1) of

à une peine cruelle et inusitée de manière à contrevenir à l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle se justifier par application de l'article premier de la Charte? — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'accroître la peine et de la porter à 18 mois? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 5(3)a)(i)(D).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit l'art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux — Compétence — Décision d'un juge d'une cour provinciale selon laquelle une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est inconstitutionnelle — Une cour provinciale a-t-elle le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité?

L a été déclaré coupable de possession de drogues en vue d'en faire le trafic. Reconnu coupable d'une infraction apparentée peu de temps auparavant, il était passible d'une peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement suivant la div. 5(3)a)(i)(D) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (« *LRCDAS* »). Cette disposition prévoit qu'une peine minimale d'un an d'emprisonnement est infligée pour trafic ou possession, en vue d'en faire le trafic, d'une drogue inscrite aux annexes I ou II au délinquant qui, au cours des 10 années précédentes, a été reconnu coupable de toute infraction en matière de drogue (sauf la possession). Le juge de la cour provinciale a déclaré que la disposition était contraire à l'art. 12 de la *Charte* et non susceptible de justification par application de l'article premier. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé la déclaration d'inconstitutionnalité et accru la peine en la portant à 18 mois d'emprisonnement.

Arrêt (les juges Wagner, Gascon et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Côté : Le juge de la cour provinciale avait en l'espèce le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS*. Même si un juge d'une cour provinciale n'est pas habilité à faire une déclaration formelle selon laquelle

the *Constitution Act, 1982*, they do have the power to determine the constitutionality of mandatory minimum provisions when the issue arises in a case they are hearing. L challenged the mandatory minimum sentence of one year of imprisonment that applied to him. He was entitled to do so. The provincial court judge, in turn, was entitled to consider the constitutionality of that provision. He ultimately concluded that the mandatory minimum sentence was not grossly disproportionate as to L. The fact that the judge used the word "declare" does not convert his conclusion to a formal declaration that the provision is of no force or effect.

While L conceded that a one-year sentence of imprisonment would not be grossly disproportionate as applied to him, it could in other reasonably foreseeable cases. That was the problem in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773. Again, in the present case, the mandatory minimum sentence provision covers a wide range of potential conduct. As a result, it catches not only the serious drug trafficking that is its proper aim, but conduct that is much less blameworthy. This renders it constitutionally vulnerable.

At one end of the range of conduct caught by the mandatory minimum sentence provision stands a professional drug dealer who engages in the business of dangerous drugs for profit, who is in possession of a large amount of drugs, and who has been convicted many times for similar offences. At the other end of the range stands the addict who is charged for sharing a small amount of drugs with a friend or spouse, and finds herself sentenced to a year in prison because of a single conviction for sharing marihuana in a social occasion nine years before. Most Canadians would be shocked to find that such a person could be sent to prison for one year.

Another foreseeable situation caught by the law is where a drug addict with a prior conviction for trafficking is convicted of a second offence. In both cases, he was only trafficking in order to support his own addiction. Between conviction and the sentencing he attends rehabilitation and conquers his addiction. He comes to court asking for a short sentence that will allow him to resume a healthy and productive life. Under the law, the judge has

une règle de droit est inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire lorsque la question est soulevée dans le cadre d'une instance dont il est saisi. L a contesté la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement dont il devait écoper. Il était en droit de le faire. Le juge de la cour provinciale pouvait, lui, se pencher sur la constitutionnalité de la disposition en cause. Il a finalement conclu que la peine minimale obligatoire n'était pas exagérément disproportionnée dans le cas de L. L'emploi du verbe « déclarer » par le juge ne fait pas de sa conclusion une déclaration formelle selon laquelle la disposition est inopérante.

Même si L a concédé que la peine minimale d'un an d'emprisonnement ne constituait pas une peine exagérément disproportionnée dans son cas, elle pouvait en constituer une dans ses applications raisonnablement prévisibles à d'autres personnes. Cette situation problématique se présentait aussi dans *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773. Une fois encore, dans la présente affaire, la disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels. Par voie de conséquence, elle vise non seulement le trafic de drogue hautement répréhensible, ce qui correspond à son objectif légitime, mais aussi le comportement qui se révèle beaucoup moins répréhensible, ce qui la rend vulnérable sur le plan constitutionnel.

À une extrémité de la gamme, le comportement qui tombe sous le coup de la disposition sur la peine minimale obligatoire est celui du trafiquant de drogue professionnel qui fait le commerce de drogues dangereuses pour le profit, qui est en possession d'une grande quantité de drogues et qui a maintes fois été déclaré coupable d'infractions apparentées. À l'autre extrémité, il y a le toxicomane qui fait l'objet d'une accusation de trafic pour avoir partagé avec un ami ou sa conjointe une petite quantité de drogue et qui écope d'un an de prison parce qu'il a déjà été reconnu coupable de trafic, une seule fois, neuf ans auparavant, après avoir partagé de la marihuana lors d'une réunion sociale. La plupart des Canadiens seraient consternés d'apprendre qu'une telle personne pourrait écoper d'un an de prison.

Une autre situation dans laquelle la règle de droit est raisonnablement susceptible de s'appliquer est celle du toxicomane qui est reconnu coupable de trafic une deuxième fois. Comme pour la fois précédente, il ne s'est livré au trafic que pour satisfaire son propre besoin de consommation. Dans l'intervalle compris entre la déclaration de culpabilité et la détermination de la peine, il suit un programme de désintoxication et vainc sa dépendance.

no choice but to sentence him to a year in prison. Such a sentence would also be grossly disproportionate to what is fit in the circumstances and would shock the conscience of Canadians.

Section 10(5) of the *CDSA* provides an exception to the minimum one-year sentence if the offender has, prior to sentencing, successfully completed a drug treatment court program or another program approved under s. 720(2) of the *Criminal Code*. This exception is however too narrow to cure the constitutional infirmity. First, it is confined to particular programs, which a particular offender may or may not be able to access. Second, to be admissible to these programs, the offender must usually plead guilty and forfeit his right to a trial. One constitutional deprivation cannot cure another. Third, the requirement that the offender successfully complete the program may not be realistic for heavily addicted offenders whose conduct does not merit a year in jail. Finally, in most programs, the Crown has the discretion to disqualify an applicant.

The reality is this: mandatory minimum sentence provisions that apply to offences that can be committed in various ways, under a broad array of circumstances and by a wide range of people are constitutionally vulnerable. This is because such provisions will almost inevitably include an acceptable reasonable hypothetical for which the mandatory minimum will be found unconstitutional. If Parliament hopes to maintain mandatory minimum sentences for offences that cast a wide net, it should consider narrowing their reach so that they only catch offenders that merit that mandatory minimum sentences. In the alternative, Parliament could provide for judicial discretion to allow for a lesser sentence where the mandatory minimum would be grossly disproportionate and would constitute cruel and unusual punishment.

Insofar as s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* requires a one-year mandatory minimum sentence of imprisonment, it violates the guarantee against cruel and unusual punishment in s. 12 of the *Charter*. This violation is not justified under s. 1. Parliament's objective of combatting the distribution of illicit drugs is important. This objective is rationally connected to the imposition of a one-year

Il demande qu'on le condamne à une peine moins longue afin qu'il puisse mener à nouveau une vie saine et productive. Légalement, le tribunal n'a d'autre choix que de le condamner à un an de prison. Une telle peine est également exagérément disproportionnée à ce qui est juste dans les circonstances et elle est de nature à choquer la conscience des Canadiens.

Le paragraphe 10(5) de la *LRCDAS* prévoit une exception à l'application de la peine minimale d'un an d'emprisonnement lorsque le délinquant, avant la détermination de sa peine, termine avec succès un programme judiciaire de traitement de la toxicomanie ou un autre programme agréé visé au par. 720(2) du *Code criminel*. Or, l'exception a une portée trop étroite pour remédier au vice constitutionnel. Premièrement, elle ne vaut que pour certains programmes auxquels le délinquant en cause peut avoir accès ou non. Deuxièmement, pour pouvoir participer à un tel programme, le délinquant doit habituellement inscrire un plaidoyer de culpabilité et renoncer à son droit à un procès. Une atteinte constitutionnelle ne saurait remédier à une autre. Troisièmement, l'exigence de terminer le programme avec succès peut ne pas être réaliste lorsque le délinquant souffre d'une grande dépendance et que ses actes ne justifient pas un séjour d'un an en prison. Enfin, en ce qui concerne la plupart des programmes, le ministère public est investi d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'empêcher la participation d'un délinquant.

Le fait est que la peine minimale obligatoire qui s'applique à l'égard d'une infraction susceptible d'être perpétrée de diverses manières, dans maintes circonstances différentes et par une grande variété de personnes se révèle vulnérable sur le plan constitutionnel. La raison en est que la disposition qui la prévoit englobera presque inévitablement une situation hypothétique raisonnable acceptable dans laquelle le minimum obligatoire sera jugé inconstitutionnel. Si le législateur tient à l'application de peines minimales obligatoires à des infractions qui ratissent large, il lui faut envisager de réduire leur champ d'application de manière qu'elles ne visent que les délinquants qui méritent de se les voir infliger. Le législateur pourrait par ailleurs investir le tribunal d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'infliger une peine d'une durée moindre lorsque la peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée et équivaut à une peine cruelle et inusitée.

Dans la mesure où elle prévoit une peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement, la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS* porte atteinte au droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées que garantit l'art. 12 de la *Charte*. Cette atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier. L'objectif du législateur de contrer la distribution de drogues illégales est important. Il a un lien

mandatory minimum sentence under s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA*. However, the provision does not minimally impair the s. 12 right.

Because the mandatory minimum sentence provision at issue violates s. 12 of the *Charter*, the question of whether it also violates s. 7 need not be addressed. In any event, the provision would not violate s. 7 of the *Charter* because proportionality in sentencing is not a principle of fundamental justice.

Finally, the provincial court judge's determination of the appropriate sentence is entitled to deference. The Court of Appeal in this case took the view that the provincial court judge applied the wrong sentencing range. A careful reading of the reasons of the provincial court judge does not bear this out. The provincial court judge noted that sentences of three to four months had been upheld in a few exceptional cases, but went on to identify the appropriate sentencing range as 12 to 18 months. Applying a number of mitigating factors, he sentenced L to 12 months. In any event, even if the provincial court judge had erred in stating the range, the Court of Appeal would not have been entitled to intervene. It did not establish that a 12-month sentence in this case was demonstrably unfit.

Per Wagner, Gascon and Brown JJ. (dissenting in part): The one-year mandatory minimum sentence in s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* does not infringe s. 12 of the *Charter*. Given the extremely high threshold that must be met before a s. 12 infringement will be found, the Court has struck down mandatory minimums under s. 12 only in very rare cases. It has done so only twice since the *Charter*'s enactment, in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and more recently in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773. This is simply not one of those rare cases. The majority's reasons would represent a departure from the Court's jurisprudence, which has consistently maintained that mandatory minimums are not *per se* unconstitutional.

Unlike in either *Smith* or *Nur*, the mandatory minimum here is limited. It applies only to trafficking offences (not when the drugs are for personal use). It applies only to specific narcotics (Schedule I and II drugs) in specific quantities (of certain Schedule II drugs). And it applies only to certain repeat offenders. Thus, the minimum here does not cover a wide range of conduct. It is,

rationnel avec l'infliction de la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement en application de la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS*. Cependant, la disposition ne porte pas atteinte le moins possible au droit garanti par l'art. 12.

Étant donné que la peine minimale obligatoire en cause contrevient à l'art. 12 de la *Charte*, point n'est besoin de se demander si elle porte aussi atteinte à l'art. 7. Quoi qu'il en soit, la disposition ne contreviendrait pas à l'art. 7 de la *Charte*, car la proportionnalité dans la détermination de la peine ne constitue pas un principe de justice fondamentale.

Enfin, le juge de la cour provinciale qui a déterminé la peine appropriée a droit à la déférence. Dans la présente affaire, la Cour d'appel a estimé que le juge de la cour provinciale n'avait pas appliqué la bonne fourchette de peines. Ce n'est pas ce qui ressort de la lecture attentive des motifs du juge de la cour provinciale. Ce dernier a signalé que des peines de trois à quatre mois avaient été confirmées dans quelques cas exceptionnels, mais il a ajouté que la peine appropriée en l'espèce se situait entre 12 et 18 mois. Compte tenu de certaines circonstances atténuantes, il a condamné L à 12 mois d'emprisonnement. Quoi qu'il en soit, même si le juge avait retenu une fourchette erronée, la Cour d'appel n'aurait pas été admise à intervenir. La Cour d'appel n'a pas fait la démonstration qu'une peine de 12 mois d'emprisonnement était manifestement injuste en l'espèce.

Les juges Wagner, Gascon et Brown (dissidents en partie) : La peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS* ne contrevient pas à l'art. 12 de la *Charte*. Étant donné le seuil extrêmement élevé qu'il faut franchir pour conclure qu'il y a atteinte à l'art. 12, la Cour n'a que très rarement invalidé une peine minimale obligatoire sur le fondement de l'art. 12. Elle ne l'a fait que deux fois depuis l'adoption de la *Charte*, soit dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, et, plus récemment, dans *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773. La présente affaire n'est tout simplement pas de celles qui justifient une mesure aussi exceptionnelle. Souscrire à l'approche des juges majoritaires revient à se dissocier de la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle les peines minimales obligatoires ne sont pas inconstitutionnelles en soi.

Contrairement à ce qui était le cas dans *Smith* ou *Nur*, la peine minimale obligatoire considérée en l'espèce a une portée circonscrite. Elle ne vaut que pour l'infraction de trafic (elle est inapplicable lorsque la drogue est destinée à l'usage personnel). Seuls sont visés certains stupéfiants (les drogues inscrites aux annexes I et II) et certaines quantités (de certaines drogues inscrites à l'annexe II). Et elle

rather, carefully tailored to catch only harmful and blameworthy conduct. The gross disproportionality test that has developed under s. 12 of the *Charter* is a difficult standard to meet. And it is not met in either of the sharing or rehabilitation scenarios described by the majority.

The sharing scenario described could fall outside the offence of trafficking and instead constitute mere joint possession. If the conduct would not result in a conviction for the offence at issue, then the hypothetical is not reasonable and should not be considered. The analysis must focus on the effect of the sentence once a conviction has properly been secured, rather than the effect of the sentence where the innocence of the accused remains debatable.

Assuming that sharing could ground a conviction for trafficking, however, this hypothetical scenario remains unfit for consideration under s. 12. In this hypothetical, the offender is convicted of trafficking for sharing drugs not once, but twice. Since there appear to be very few reported cases where offenders have been convicted of trafficking for sharing drugs, a scenario involving a two-time sharing trafficker with no other conviction appears far-fetched or marginally imaginable, and thus inappropriate for the s. 12 analysis. In any event, the blameworthiness of a repeat offender must be higher than that of a first-time offender.

Even if the sharing scenario were accepted as a reasonable hypothetical, the mandatory minimum would not impose grossly disproportionate punishment. While the sharing trafficker may be somewhat less morally blameworthy than the cold-blooded trafficker of hard drugs for profit, she is not so much less morally blameworthy that a one-year sentence would outrage standards of decency. Whether the offender traffics by sharing, to support her own addiction or purely for profit, she facilitates the distribution of dangerous substances into the community. The harm to the community — in the form of overdose, addiction and the crime that sometimes comes with supporting addiction — remains the same regardless of the offender's motives.

ne peut être infligée qu'à certains récidivistes. Elle n'est donc pas applicable à une vaste gamme de comportements. La disposition qui la prévoit est en fait soigneusement rédigée pour ne viser que le comportement préjudiciable et répréhensible. Il est difficile de satisfaire au critère de la disproportion exagérée établi pour les besoins de l'application de l'art. 12 de la *Charte*. Ce critère n'est respecté dans aucun des scénarios de partage ou de réadaptation évoqués par les juges majoritaires.

Le scénario du partage qui est avancé pourrait ne pas constituer un trafic, mais plutôt une simple possession commune. Lorsque le comportement ne peut entraîner une déclaration de culpabilité quant à l'infraction en cause, il ne s'agit pas d'une situation hypothétique raisonnable et il ne faut pas la considérer. L'analyse doit s'attacher à l'effet de la peine une fois la culpabilité régulièrement établie, non à l'effet de la peine lorsque la culpabilité ou l'innocence de l'accusé n'est pas déterminée de façon définitive.

À supposer que le partage puisse fonder une déclaration de culpabilité pour trafic, le scénario ne saurait cependant être pris en compte au regard de l'art. 12. Dans cette situation hypothétique, le délinquant est reconnu coupable de trafic après avoir partagé de la drogue non pas une mais deux fois. Comme très peu de décisions semblent avoir été publiées relativement à des affaires où le délinquant a été déclaré coupable de trafic après avoir partagé de la drogue, le scénario d'un délinquant reconnu coupable de trafic deux fois par suite d'un partage et qui n'a pas été déclaré coupable d'une autre infraction apparaît nettement invraisemblable ou difficilement imaginable et, de ce fait, inapproprié pour les besoins de l'analyse que commande l'art. 12. Quoi qu'il en soit, la culpabilité morale imputée au récidiviste doit être plus grande que celle imputée à l'auteur d'une première infraction.

À supposer même que le scénario du partage constitue une situation hypothétique raisonnable, il demeure que la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire n'inflige pas une peine exagérément disproportionnée. Bien que le trafiquant partageur puisse être en quelque sorte moins moralement coupable que le trafiquant insensible qui se livre au commerce de drogues dures pour le profit, son degré de culpabilité morale n'est pas si inférieur qu'une peine d'emprisonnement d'un an soit incompatible avec la dignité humaine. Qu'il s'adonne au trafic de la drogue en la partageant, pour pouvoir satisfaire sa propre dépendance ou pour le seul profit, le délinquant facilite la distribution de substances dangereuses au sein de la collectivité. Le préjudice causé à la société — surdose, toxicomanie et crimes que commettent parfois les toxicomanes pour se procurer de la drogue — demeure, quelle que soit la motivation du délinquant.

As for the rehabilitation scenario, the application of the mandatory minimum there is not a grossly disproportionate punishment, for two reasons. First, the mandatory minimum may not even apply. If the offender attends and successfully completes an approved treatment program between conviction and sentencing, s. 10(5) of the *CDSA* would apply and the sentencing judge would not be required to impose the mandatory minimum sentence at all. Second, even if the minimum does apply, the scenario is remarkably similar to the circumstances of L himself, for whom the majority agrees that the one-year sentence is not cruel and unusual.

Thus, given the seriousness of the offence of drug trafficking and the deference owed to Parliament in setting mandatory minimum policies, this well-tailored one-year mandatory minimum does not impose grossly disproportionate punishment in either scenario. The mandatory minimum is therefore constitutional.

As the majority suggests, Parliament may wish to consider providing judges some discretion to avoid applying mandatory minimums in appropriate cases. But Parliament is not obliged to create exemptions to mandatory minimums as a matter of constitutional law. Parliament may legislate to limit judges' sentencing discretion. Limiting judicial discretion is one of the key purposes of mandatory minimum sentences, and this purpose may be inconsistent with providing judges a safety valve to avoid the application of the mandatory minimum in some cases. Whether Parliament should enact judicial safety valves to mandatory minimum sentences and if so, what form they should take, are questions of policy that are within the exclusive domain of Parliament. The only limits on Parliament's discretion are provided by the Constitution and in particular, the *Charter* right not to be subjected to cruel and unusual punishment. Section 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* does not exceed this limit and does not amount to cruel and unusual punishment.

There is agreement with the majority's analysis on the jurisdiction of provincial court judges and on s. 7 of the *Charter*, as well as the majority's decision to restore the 12-month sentence.

En ce qui concerne le scénario de la réadaptation, la peine minimale obligatoire ne constitue pas une peine exagérément disproportionnée, et ce, pour deux raisons. D'abord, le minimum obligatoire pourrait ne pas même s'appliquer. Si le délinquant suit un programme de désintoxication et parvient à vaincre sa dépendance après avoir été reconnu coupable mais avant d'avoir été condamné à une peine, le par. 10(5) de la *LRCDAS* pourrait s'appliquer et le tribunal ne serait aucunement tenu d'infliger la peine minimale obligatoire. Ensuite, à supposer que celle-ci s'applique, la situation s'apparente beaucoup à celle de L, une situation pour laquelle les juges majoritaires estiment qu'un emprisonnement d'un an n'est ni cruel ni inusité.

Ainsi, au vu de la gravité de l'infraction de trafic de drogue et de la déférence qui s'impose vis-à-vis du législateur et de ses politiques générales en matière de peines minimales obligatoires, la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement et dont la portée est bien circonscrite n'infligerait dans aucun des scénarios considérés une peine exagérément disproportionnée. La peine minimale obligatoire est donc constitutionnelle.

Selon les juges majoritaires, le législateur pourrait vouloir envisager la possibilité de conférer au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui lui permettrait de se soustraire à l'obligation d'infliger la peine minimale lorsque les circonstances s'y prêtent. Toutefois, le législateur n'a pas l'obligation constitutionnelle de prévoir une exception à l'application d'une peine minimale obligatoire. Il peut restreindre le pouvoir discrétionnaire du tribunal en matière de détermination de la peine. Restreindre le pouvoir discrétionnaire du tribunal est l'un des objectifs principaux de l'établissement de peines minimales obligatoires, et cet objectif peut se révéler incompatible avec la création d'un mécanisme qui permettrait au tribunal d'écarter la peine minimale obligatoire dans certains cas. La question de savoir si le législateur devrait prévoir un mécanisme permettant d'écarter l'infliction d'une peine minimale obligatoire et, dans l'affirmative, quelle forme ce mécanisme devrait revêtir, relèvent de la politique générale et du pouvoir exclusif du Parlement. Seuls la Constitution et, plus particulièrement, le droit garanti par la *Charte* d'être protégé contre les peines cruelles et inusitées limitent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. La division 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS* respecte cette limite, et la peine qu'elle prévoit n'équivaut pas à une peine cruelle et inusitée.

L'analyse des juges majoritaires relative à la compétence d'un juge d'une cour provinciale et à l'art. 7 de la *Charte*, ainsi que leur décision de rétablir la peine de 12 mois d'emprisonnement, emportent l'adhésion des juges dissidents.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Greyeyes*, [1997] 2 S.C.R. 825; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089.

By Wagner, Gascon and Brown JJ. (dissenting in part)

R. v. M. (C.A.), [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Tabujara*, 2010 BCSC 1568; *R. v. Yonis*, 2011 ABPC 20; *R. v. Johnson*, 2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41; *R. v. Young*, 2010 NWTSC 18; *R. v. Desmond*, 2010 BCPC 127; *R. v. Bryan*, 2010 NWTSC 41; *R. v. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 5271; *R. v. Meunier*, 2011 QCCQ 1588; *R. v. Tracey*, 2008 CanLII 68168; *R. v. Draskoczi*, 2008 NWTTC 12; *R. v. Kotsabasakis*, 2008 NBQB 266, 334 N.B.R. (2d) 396; *R. v. Rainville*, 2010 ABCA 288, 490 A.R. 150; *R. v. Delorme*, 2010 NWTSC 42; *R. v. Scheer* (1932), 26 Alta. L.R. 489; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Gardiner* (1987), 35 C.C.C. (3d) 461; *R. v. Weiler* (1975), 23 C.C.C. (2d) 556; *R. v. O'Connor*, 1975 CarswellBC 842 (WL Can.); *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; **arrêts mentionnés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089.

Citée par les juges Wagner, Gascon et Brown (dissidents en partie)

R. c. M. (C.A.), [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Tabujara*, 2010 BCSC 1568; *R. c. Yonis*, 2011 ABPC 20; *R. c. Johnson*, 2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41; *R. c. Young*, 2010 NWTSC 18; *R. c. Desmond*, 2010 BCPC 127; *R. c. Bryan*, 2010 NWTSC 41; *R. c. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 5271; *R. c. Meunier*, 2011 QCCQ 1588; *R. c. Tracey*, 2008 CanLII 68168; *R. c. Draskoczi*, 2008 NWTTC 12; *R. c. Kotsabasakis*, 2008 NBBR 266, 334 R.N.-B. (2e) 396; *R. c. Rainville*, 2010 ABCA 288, 490 A.R. 150; *R. c. Delorme*, 2010 NWTSC 42; *R. c. Scheer* (1932), 26 Alta. L.R. 489; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Gardiner* (1987), 35 C.C.C. (3d) 461; *R. c. Weiler* (1975), 23 C.C.C. (2d) 556; *R. c. O'Connor*, 1975 CarswellBC 842 (WL Can.); *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433.

Statutes and Regulations Cited

18 U.S.C. § 3553(f) (2012).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 12, 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 2(1) "designated substance offence", "traffic", Part I, 4 to 10, 5(1), (2), (3)(a), (a.1), 10(4), (5), Schs. I, II, VII.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5)(*e*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 231(5)(e), 718.1, 718.2(e), 720(2).
Criminal Law Amendment Act, 1997 (S. Afr.), No. 105 of 1997, s. 51(3)(*a*).
Criminal Law (Sentencing) Act 1988 (S.A.), s. 17.
Firearms Act 1968 (U.K.), 1968, c. 27, s. 51A(2).
Penal Code [*Brottsbalken*] (Swed.), c. 29, s. 5.
Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (U.K.), 2000, c. 6, ss. 109(3), 110(2), 111(2).
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, s. 39(1).
Sentencing Act (N.T.), s. 78DI.
Sentencing Act 1991 (Vic.), s. 10(1).
Sentencing Act 2002 (N.Z.), ss. 86E, 102, 103.
Violent Crime Reduction Act 2006 (U.K.), 2006, c. 38, s. 29(4).

Authors Cited

Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *Mandatory Sentences of Imprisonment in Common Law Jurisdictions: Some Representative Models*, report by Julian V. Roberts with the assistance of Rafal Morek and Mihael Cole, November 2005 (online: http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr05_10/index.html).
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 26).
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Groberman JJ.A.), 2014 BCCA 224, 356 B.C.A.C. 275, 610 W.A.C. 275, 12 C.R. (7th) 190,

Lois et règlements cités

18 U.S.C. § 3553(f) (2012).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 12, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5)e), 718.1, 718.2e), 720(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 214(5)*e*).
Code pénal [*Brottsbalken*] (Suède), c. 29, art. 5.
Criminal Law Amendment Act, 1997 (Afr. du Sud), No. 105 of 1997, art. 51(3)(*a*).
Criminal Law (Sentencing) Act 1988 (S.A.), art. 17.
Firearms Act 1968 (R.-U.), 1968, c. 27, art. 51A(2).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 2(1) « infraction désignée », « trafic », partie I, 4 à 10, 5(1), (2), (3)a), a.1), 10(4), (5), ann. I, II, VII.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1, art. 39(1).
Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (R.-U.), 2000, c. 6, art. 109(3), 110(2), 111(2).
Sentencing Act (N.T.), art. 78DI.
Sentencing Act 1991 (Vic.), art. 10(1).
Sentencing Act 2002 (N.-Z.), art. 86E, 102, 103.
Violent Crime Reduction Act 2006 (R.-U.), 2006, c. 38, art. 29(4).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de common law : Quelques modèles représentatifs*, rapport par Julian V. Roberts avec le concours de Rafal Morek et Mihael Cole, novembre 2005 (en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/ajc-ccs/rr05_10/index.html).
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 26).
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Kirkpatrick et Groberman), 2014 BCCA 224, 356 B.C.A.C. 275, 610 W.A.C. 275, 12 C.R. (7th) 190,

312 C.R.R. (2d) 66, [2014] B.C.J. No. 1212 (QL), 2014 CarswellBC 1688 (WL Can.), setting aside two decisions of Galati Prov. Ct. J., 2014 BCPC 11, [2014] B.C.J. No. 145 (QL), 2014 CarswellBC 423 (WL Can.), and 2014 BCPC 8, [2014] B.C.J. No. 274 (QL), 2014 CarswellBC 358 (WL Can.). Appeal allowed, Wagner, Gascon and Brown JJ. dissenting in part.

David N. Fai and *Jeffrey W. Beedell*, for the appellant.

W. Paul Riley, *Q.C.*, and *Todd C. Gerhart*, for the respondent.

Eric V. Gottardi and *Mila Shah*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Faisal Mirza and *Roger A. Love*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

Maia Tsurumi and *Adrienne Smith*, for the interveners the Pivot Legal Society and the Union of British Columbia Indian Chiefs.

Khalid Janmohamed and *Ryan Peck*, for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, the Prisoners with HIV/AIDS Support Action Network and the Canadian Association of People Who Use Drugs.

Matthew A. Nathanson, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Dirk Derstine and *Janani Shanmuganathan*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Kasandra Cronin and *Kendra Milne*, for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

312 C.R.R. (2d) 66, [2014] B.C.J. No. 1212 (QL), 2014 CarswellBC 1688 (WL Can.), qui a infirmé deux décisions du juge Galati, 2014 BCPC 11, [2014] B.C.J. No. 145 (QL), 2014 CarswellBC 423 (WL Can.), et 2014 BCPC 8, [2014] B.C.J. No. 274 (QL), 2014 CarswellBC 358 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Wagner, Gascon et Brown sont dissidents en partie.

David N. Fai et *Jeffrey W. Beedell*, pour l'appelant.

W. Paul Riley, *c.r.*, et *Todd C. Gerhart*, pour l'intimée.

Eric V. Gottardi et *Mila Shah*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Faisal Mirza et *Roger A. Love*, pour l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne.

Maia Tsurumi et *Adrienne Smith*, pour les intervenantes Pivot Legal Society et l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique.

Khalid Janmohamed et *Ryan Peck*, pour les intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, le Réseau d'action et de soutien des prisonniers et prisonnières vivant avec le VIH/sida et l'Association canadienne des personnes qui utilisent des drogues.

Matthew A. Nathanson, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Dirk Derstine et *Janani Shanmuganathan*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Kasandra Cronin et *Kendra Milne*, pour l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Côté JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] Parliament has the power to proscribe conduct as criminal and determine the punishment for it, and judges have the duty to apply the laws Parliament adopts on punishment to offenders. But individuals are also entitled to receive, and judges have a duty to impose, sentences that are constitutional having regard to the circumstances of each case that comes before them. Sometimes a judge's duty to apply a mandatory minimum sentence provision conflicts with the judge's duty to impose a sentence that does not violate the guarantees of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this appeal, the Court is once again confronted with the problem of how the imposition of a mandatory minimum sentence can be reconciled with the imperative that no person shall be punished in a manner than infringes the *Charter*.

[2] We are asked to decide the constitutionality of a one-year mandatory minimum sentence for a controlled substances offence. I conclude that this provision, while permitting constitutional sentences in a broad array of cases, will sometimes mandate sentences that violate the constitutional guarantee against cruel and unusual punishment. Insofar as the law requires a one-year sentence of imprisonment, it violates the guarantee against cruel and unusual punishment in s. 12 of the *Charter* and is not justified under s. 1.

[3] As this Court's decision in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, illustrates, the reality is that mandatory minimum sentences for offences that can be committed in many ways and under many different circumstances by a wide range of people are constitutionally vulnerable because they will almost

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Côté rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le Parlement possède le pouvoir de tenir un acte pour criminel et de l'interdire, ainsi que de déterminer la sanction à infliger pour sa perpétration, et les tribunaux ont l'obligation d'appliquer les dispositions adoptées par le Parlement en matière de peines à infliger aux délinquants. Or, dans toute affaire dont un tribunal est saisi, le délinquant a le droit de se voir infliger, et le tribunal a l'obligation de lui infliger, une peine qui est constitutionnelle au vu des faits de l'espèce. Il arrive que l'obligation du tribunal d'appliquer une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire aille à l'encontre de son obligation d'infliger une peine qui ne porte pas atteinte aux garanties de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans la présente affaire, la Cour se retrouve encore une fois aux prises avec la question de savoir comment l'infliction d'une peine minimale obligatoire peut se concilier avec la nécessité impérieuse que nul ne soit puni selon des modalités contraires à la *Charte*.

[2] Nous sommes appelés à nous prononcer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement qu'encourt l'auteur d'une infraction relative à une substance réglementée. J'estime que la disposition en cause, même si elle permet d'infliger des peines constitutionnelles dans une grande variété d'affaires, commande parfois une peine attentatoire à la garantie constitutionnelle contre les peines cruelles et inusitées. Dans la mesure où elle prescrit une peine d'emprisonnement d'un an, la disposition porte atteinte au droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées que garantit l'art. 12 de la *Charte* et l'atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier.

[3] Comme il appert de l'arrêt *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, le fait est que la disposition qui rend passible d'une peine minimale obligatoire l'auteur d'une infraction qui peut être perpétrée de nombreuses manières et dans de nombreuses circonstances différentes, par une grande variété de

inevitably catch situations where the prescribed mandatory minimum would require an unconstitutional sentence. One solution is for such laws to narrow their reach, so that they catch only conduct that merits the mandatory minimum sentence. Another option to preserve the constitutionality of offences that cast a wide net is to provide for residual judicial discretion to impose a fit and constitutional sentence in exceptional cases. This approach, widely adopted in other countries, provides a way of resolving the tension between Parliament's right to choose the appropriate range of sentences for an offence, and the constitutional right to be free from cruel and unusual punishment.

[4] For the reasons that follow, I conclude that, although he was not required to do so, the provincial court judge in this case had the power to consider the constitutional validity of the mandatory minimum sentence provision at issue; that he did not err in finding it unconstitutional; and that the sentence of one year he imposed on the appellant should be upheld.

II. The Challenged Law

[5] Section 5(3)(a)(i)(D) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("*CDSA*"), provides:

5 (1) No person shall traffic in a substance included in Schedule I, II, III or IV or in any substance represented or held out by that person to be such a substance.

(2) No person shall, for the purpose of trafficking, possess a substance included in Schedule I, II, III or IV.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2)

(a) subject to paragraph (a.1), if the subject matter of the offence is a substance included in Schedule I or II, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life, and

(i) to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year if

personnes, se révèle vulnérable sur le plan constitutionnel, car elle s'appliquera presque inévitablement dans des situations où le minimum obligatoire équivaudra à une peine inconstitutionnelle. Une solution consiste alors à réduire son champ d'application de manière qu'elle ne vise que le comportement qui justifie l'infliction de la peine minimale obligatoire. Un autre moyen d'assurer la constitutionnalité d'une infraction qui ratisse large consiste à conférer au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de déterminer une peine juste et constitutionnelle dans des cas exceptionnels. Largement retenue à l'étranger, cette dernière solution établit un compromis entre le droit du Parlement d'arrêter la fourchette de peines qui convient pour une infraction et le droit constitutionnel de chacun à la protection contre les peines cruelles et inusitées.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que même s'il n'était pas tenu de l'exercer, le juge de la cour provinciale avait en l'espèce le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire en cause, qu'il n'a pas eu tort de conclure à son inconstitutionnalité et que la peine d'un an d'emprisonnement qu'il a infligée à l'appelant devrait être confirmée.

II. La règle de droit contestée

[5] La division 5(3)a)(i)(D) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« *LRCDAS* »), dispose :

5 (1) Il est interdit de faire le trafic de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV ou de toute substance présentée ou tenue pour telle par le trafiquant.

(2) Il est interdit d'avoir en sa possession, en vue d'en faire le trafic, toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV.

(3) Quiconque contrevient aux paragraphes (1) ou (2) commet :

a) dans le cas de substances inscrites aux annexes I ou II, mais sous réserve de l'alinéa a.1), un acte criminel passible de l'emprisonnement à perpétuité, la durée de l'emprisonnement ne pouvant être inférieure :

(i) à un an, si la personne, selon le cas :

. . .

> **(D)** the person was convicted of a designated substance offence, or had served a term of imprisonment for a designated substance offence, within the previous 10 years, . . .

[6] To be subject to the mandatory minimum sentence of one year of imprisonment, an offender must be convicted of trafficking, or of possession for the purpose of trafficking, of either any quantity of a Schedule I substance, such as cocaine, heroin or methamphetamine, or three kilograms or more of a Schedule II substance, namely cannabis: s. 5(3)(a) and (a.1) of the *CDSA*. The offender must also have been convicted within the previous 10 years of a "designated substance offence", which is defined at s. 2(1) of the *CDSA* as any offence under Part I of the *CDSA* other than simple possession.

III. The Factual Background

[7] The appellant, Joseph Ryan Lloyd, was a drug addict and dealer in Vancouver's Downtown Eastside. He was addicted to cocaine, methamphetamine and heroin, and sold drugs to support his addiction. He had been convicted of a number of drug-related offences.

[8] On February 8, 2013, Mr. Lloyd was convicted of possession of a Schedule I substance, methamphetamine, for the purpose of trafficking, and sentenced to jail. A month after his release, he was again arrested and charged with three counts of possession for the purpose of trafficking of a Schedule I drug, namely crack cocaine, methamphetamine, and heroin. The presiding judge, Galati Prov. Ct. J., convicted him on all three counts.

[9] At the sentencing hearing, Mr. Lloyd told the provincial court judge that he trafficked in drugs to support his drug addiction, but that he was taking steps to get help. He acknowledged that the drugs he trafficked in were dangerous and addictive, and that

. . .

> **(D)** a, au cours des dix dernières années, été reconnue coupable d'une infraction désignée ou purgé une peine d'emprisonnement relativement à une telle infraction,

[6] Pour encourir la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement, le délinquant doit être déclaré coupable de trafic ou de possession, en vue d'en faire le trafic, de toute quantité d'une substance inscrite à l'annexe I telle que la cocaïne, l'héroïne ou la méthamphétamine, ou de trois kilogrammes ou plus d'une substance inscrite à l'annexe II, à savoir le cannabis (al. 5(3)a) et (a.1) de la *LRCDAS*). Le délinquant doit aussi, au cours des 10 années précédentes, avoir été déclaré coupable d'une « infraction désignée », laquelle s'entend, selon le par. 2(1) de la *LRCDAS*, de toute infraction prévue par la partie I de la *LRCDAS*, sauf la possession simple.

III. Le contexte factuel

[7] Toxicomane et trafiquant de drogue du quartier Downtown Eastside à Vancouver, l'appelant, Joseph Ryan Lloyd, souffrait d'une dépendance à la cocaïne, à la méthamphétamine et à l'héroïne et il vendait de la drogue pour satisfaire son besoin de consommation. Il a été déclaré coupable d'un certain nombre d'infractions liées à la drogue.

[8] Le 8 février 2013, M. Lloyd a été déclaré coupable de possession d'une substance inscrite à l'annexe I — la méthamphétamine — en vue d'en faire le trafic. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement. Un mois après sa mise en liberté, il a de nouveau été arrêté puis accusé de trois chefs de possession, en vue d'en faire le trafic, d'une drogue inscrite à l'annexe I, à savoir le crack, la méthamphétamine et l'héroïne. Le juge Galati, de la cour provinciale, l'a reconnu coupable des trois chefs d'accusation.

[9] À l'audience de détermination de la peine, M. Lloyd a dit se livrer au trafic de la drogue pour satisfaire son besoin de consommation, mais avoir entrepris des démarches pour obtenir de l'aide. Il a reconnu que les drogues dont il faisait le trafic étaient

until recently he had given no thought to their effect on the people who purchased them. Because he had been convicted of a similar drug offence shortly before, he was subject to a mandatory minimum sentence of one year of imprisonment, pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA*. Mr. Lloyd therefore asked for a declaration under s. 24(1) of the *Charter* that the mandatory minimum provision is unconstitutional and of no force or effect because it violates ss. 7, 9 and 12 of the *Charter.*

dangereuses et créaient une dépendance, et que ce n'était que récemment qu'il avait songé à l'effet qu'elles avaient sur les personnes qui se les procuraient. Comme il avait, peu de temps auparavant, été déclaré coupable d'une infraction apparentée en matière de drogue, il était passible d'une peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement suivant la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS*. M. Lloyd a donc demandé, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*, une déclaration selon laquelle la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire est inconstitutionnelle et inopérante parce qu'elle contrevient aux art. 7, 9 et 12 de la *Charte.*

[10] Galati Prov. Ct. J. acknowledged that lower sentences have occasionally been imposed on repeat offender, addicted traffickers: 2014 BCPC 8. In this case, however, he found — without considering the mandatory minimum provision — that the appropriate sentencing range for Mr. Lloyd's offences was 12 to 18 months, and that the appropriate sentence for him was 12 months. He noted that, in spite of this conclusion, Mr. Lloyd had standing to challenge the constitutional validity of the mandatory minimum because of its potential inflationary effect on the appropriate sentencing range. Turning to that issue, Galati Prov. Ct. J. found that the mandatory minimum violates s. 12 of the *Charter* because it would impose cruel and unusual punishment in cases where, for example, an addict possesses a small amount of a Schedule I drug to share with a spouse or a friend. A one-year sentence for such an offender, he held, would be grossly disproportionate to what is justified by the legitimate penological goals and sentencing principles of the *CDSA*, and would be considered abhorrent or intolerable by most Canadians. Galati Prov. Ct. J. rejected the claim that the mandatory minimum sentence also violates ss. 7 and 9 of the *Charter*. He found that the violation of s. 12 was not justified under s. 1 of the *Charter* (2014 BCPC 11), and sentenced Mr. Lloyd to one year of imprisonment.

[10] Le juge Galati reconnaît que des peines moins sévères ont parfois été infligées à des trafiquants toxicomanes récidivistes (2014 BCPC 8). En l'espèce, toutefois, il conclut — sans tenir compte de la disposition sur la peine minimale obligatoire — que la fourchette des peines appropriées pour les infractions commises par M. Lloyd est de 12 à 18 mois d'emprisonnement, et qu'un emprisonnement de 12 mois convient dans son cas. Il signale que malgré cette conclusion, M. Lloyd a qualité pour contester la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire étant donné l'effet à la hausse que celle-ci peut avoir sur la fourchette applicable. Sur ce point, le juge Galati statue que la peine minimale obligatoire contrevient à l'art. 12 de la *Charte* parce qu'elle emporte l'infliction d'une peine cruelle et inusitée lorsque, par exemple, le toxicomane possède une petite quantité d'une drogue inscrite à l'annexe I en vue de la partager avec sa conjointe ou un ami. Dans un tel cas, une peine d'emprisonnement d'un an est selon lui exagérément disproportionnée à ce que justifient les objectifs pénologiques légitimes et les principes de détermination de la peine qui sous-tendent la *LRCDAS.* Il ajoute que la plupart des Canadiens la tiendraient pour odieuse ou intolérable. Le juge Galati rejette l'allégation selon laquelle la peine minimale obligatoire contrevient en outre aux art. 7 et 9 de la *Charte*. Il estime que l'atteinte à l'art. 12 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* (2014 BCPC 11), et il condamne M. Lloyd à un an d'emprisonnement.

[11] The British Columbia Court of Appeal (Groberman J.A., for himself and Newbury and

[11] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge Groberman, s'exprimant en son nom, et les

Kirkpatrick JJ.A.) held that judges of the Provincial Court do not have the power to make formal declarations of constitutional invalidity: 2014 BCCA 224, 356 B.C.A.C. 275. Only superior courts of inherent jurisdiction have this power. The Court of Appeal therefore set aside what it read as the provincial court judge's declaration of unconstitutionality. It further held that while Mr. Lloyd had standing to challenge the mandatory minimum provision under which he was sentenced, the court was not obligated to consider the issue unless it would have had an impact on the sentence. Because the minimum sentence provision at issue did not result in a significant change to the low end of the sentencing range, and could not have affected Mr. Lloyd, the court declined to consider the constitutional challenge to the mandatory minimum provision.

[12] The Court of Appeal also allowed the Crown's sentence appeal and increased Mr. Lloyd's sentence to 18 months concurrent for the three offences. It held that a sentence at the high end of the normal range was justified because (1) Mr. Lloyd possessed three different substances for street-level distribution; (2) the substances are dangerous, highly addictive, and socially destructive; (3) he committed the offences while on probation; (4) he was carrying a knife in a sheath, contrary to the terms of his probation; (5) he had a lengthy criminal record, with 21 prior convictions; and (6) his attempts at rehabilitation were embryonic, and he showed little insight into the harm caused to others. The Court of Appeal held that the sentencing judge wrongly took three to four months as the low end of the normal range for sentences, when in fact it was one year. It increased the sentence accordingly.

juges Newbury et Kirkpatrick) statue qu'un juge de la cour provinciale n'a pas le pouvoir de déclarer formellement une disposition inconstitutionnelle (2014 BCCA 224, 356 B.C.A.C. 275). Seule une cour supérieure ayant une compétence inhérente possède ce pouvoir. La Cour d'appel annule donc ce qui constitue, selon elle, une déclaration d'inconstitutionnalité par le juge de la cour provinciale. Elle conclut également que même si M. Lloyd a qualité pour contester la disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire et sous le régime de laquelle il a été condamné, elle n'est tenue de se prononcer que si la disposition est susceptible d'influer sur la peine. Comme la disposition contestée ne modifie pas sensiblement l'extrémité inférieure de la fourchette de peines applicable et ne peut avoir d'incidence sur M. Lloyd, la Cour d'appel refuse de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire.

[12] La Cour d'appel fait également droit à l'appel du ministère public quant à la peine et porte celle-ci à 18 mois d'emprisonnement pour chacune des trois infractions, à purger concurremment. Elle conclut qu'une peine située à l'extrémité supérieure de la fourchette habituelle est justifiée pour les motifs suivants : (1) M. Lloyd avait en sa possession trois substances différentes destinées à la distribution dans la rue; (2) ces substances sont dangereuses, créent une grande dépendance et ont un effet destructeur sur la société; (3) les infractions ont été commises alors que M. Lloyd faisait l'objet d'une ordonnance de probation; (4) ce dernier portait un couteau sous étui, contrairement aux conditions de son ordonnance de probation; (5) il possédait un lourd casier judiciaire constitué de 21 déclarations de culpabilité; (6) ses efforts de réadaptation demeuraient au stade embryonnaire et il semblait peu conscient du tort causé à autrui. La Cour d'appel estime que le juge qui a déterminé la peine a considéré à tort que l'extrémité inférieure de la fourchette habituelle correspond à trois ou quatre mois d'emprisonnement alors qu'il s'agit en réalité d'un an d'emprisonnement. Elle accroît la durée de la peine en conséquence.

IV. Analysis

[13] Three issues are raised on appeal: (1) Did the provincial court judge have the power to decide the constitutionality of the mandatory minimum sentence? (2) Is the mandatory minimum sentence law at issue unconstitutional? (3) Did the Court of Appeal err in increasing Mr. Lloyd's sentence from 12 months to 18 months?

A. *Did the Provincial Court Judge Have the Power to Decide the Constitutionality of the Mandatory Minimum Sentence?*

[14] The provincial court judge, having found that the mandatory minimum sentence at issue would affect Mr. Lloyd's sentence only if it raised the floor of the appropriate range of sentences, proceeded to consider the law's constitutionality and "declare" it unconstitutional. The Court of Appeal set aside this declaration and declined to consider the question on the ground that the challenged law does not raise the threshold of the sentencing range and thus could not have affected Mr. Lloyd's sentence. The Crown asks us to confirm that provincial courts cannot make declarations of constitutional invalidity and should rule on the constitutionality of a mandatory minimum sentence only if it would have an impact on the offender before them.

[15] The law on this matter is clear. Provincial court judges are not empowered to make formal declarations that a law is of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*; only superior court judges of inherent jurisdiction and courts with statutory authority possess this power. However, provincial court judges do have the power to determine the constitutionality of a law where it is properly before them. As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 316, "it has always been open to provincial courts to declare legislation invalid in criminal cases. No one may be convicted of an offence under an invalid statute." See also *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations*

IV. Analyse

[13] Le pourvoi soulève trois questions : (1) Le juge de la cour provinciale avait-il le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire? (2) La disposition prévoyant la peine minimale obligatoire en cause est-elle inconstitutionnelle? (3) La Cour d'appel a-t-elle tort de faire passer la peine de M. Lloyd de 12 à 18 mois d'emprisonnement?

A. *Le juge de la cour provinciale avait-il le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire?*

[14] Après avoir conclu que la peine minimale obligatoire en cause influerait sur la peine infligée à M. Lloyd uniquement si elle avait pour effet d'élever le plancher de la fourchette de peines applicable, le juge de la cour provinciale se penche sur la constitutionnalité de la règle de droit contestée et [TRADUCTION] « déclare » celle-ci inconstitutionnelle. La Cour d'appel annule la déclaration d'inconstitutionnalité et refuse d'examiner la question au motif que la règle de droit contestée n'a pas pour effet, selon elle, d'élever le plancher de la fourchette et ne peut donc pas influer sur la peine infligée à M. Lloyd. Le ministère public nous demande de confirmer qu'une cour provinciale ne peut déclarer une disposition inconstitutionnelle et qu'elle ne devrait se prononcer sur la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire que lorsque cette peine a une incidence sur le délinquant en cause.

[15] Le droit applicable en la matière est clair. Un juge d'une cour provinciale n'est pas habilité à faire une déclaration formelle selon laquelle une règle de droit est inopérante en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Seul possède ce pouvoir un juge d'une cour supérieure ayant une compétence inhérente ou d'un tribunal qui en est légalement investi. Le juge d'une cour provinciale a toutefois le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d'une règle de droit lorsque la question est soulevée dans une instance dont il est à juste titre saisi. Comme le dit la Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 316, « les cours provinciales ont toujours eu la possibilité de déclarer une loi

Board), [1991] 2 S.C.R. 5, at pp. 14-17; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 592; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (B.C.C.A.), at pp. 439-40; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-25.

[16] Just as no one may be convicted of an offence under an invalid statute, so too may no one be sentenced under an invalid statute. Provincial court judges must have the power to determine the constitutional validity of mandatory minimum provisions when the issue arises in a case they are hearing. This power flows directly from their statutory power to decide the cases before them. The rule of law demands no less.

[17] In my view, the provincial court judge in this case did no more than this. Mr. Lloyd challenged the mandatory minimum that formed part of the sentencing regime that applied to him. As the Court of Appeal found, he was entitled to do so. The provincial court judge was entitled to consider the constitutionality of the mandatory minimum provision. He ultimately concluded that the mandatory minimum sentence was not grossly disproportionate as to Mr. Lloyd. The fact that he used the word "declare" does not convert his conclusion to a formal declaration that the law is of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[18] To be sure, it does not follow that a provincial court judge is obligated to consider the constitutionality of a mandatory minimum provision where it can have no impact on the sentence in the case at issue. Judicial economy dictates that judges should not squander time and resources on matters they need not decide. But a formalistic approach should be avoided. Thus, once the judge in this case determined that the mandatory minimum did not materially exceed the bottom of the sentencing

invalide dans des affaires criminelles. Nul ne peut être reconnu coupable d'infraction à une loi invalide. » Voir aussi *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p. 14-17; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 592; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (C.A. C.-B.), p. 439-440; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-25.

[16] Nul ne pouvant être déclaré coupable d'une infraction sous le régime d'une loi invalide, nul ne peut non plus se voir infliger une peine sur le fondement d'une loi invalide. Un juge d'une cour provinciale doit pouvoir statuer sur la constitutionnalité d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire lorsque la question est soulevée dans une affaire qu'il instruit. Ce pouvoir découle directement de celui, que lui confère la loi, de trancher les litiges dont il est saisi. La primauté du droit n'exige rien de moins.

[17] À mon avis, le juge de la cour provinciale ne fait rien de plus en l'espèce. M. Lloyd contestait la peine minimale obligatoire qui fait partie du régime de détermination de la peine auquel il est soumis. Comme le conclut la Cour d'appel, il était en droit de le faire. Le juge de la cour provinciale pouvait se pencher sur la constitutionnalité de la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire. Il a finalement conclu que la peine minimale obligatoire n'est pas exagérément disproportionnée dans le cas de M. Lloyd. L'emploi du verbe [TRADUCTION] « déclarer » ne transforme pas sa conclusion en une déclaration formelle selon laquelle la règle de droit est inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[18] Il ne s'ensuit certes pas que le juge de la cour provinciale est tenu de se pencher sur la constitutionnalité d'une disposition qui prévoit une peine minimale obligatoire lorsque celle-ci n'est pas susceptible d'influer sur la peine infligée dans le cas considéré. Le principe de l'économie des ressources judiciaires commande que les tribunaux s'abstiennent de consacrer temps et ressources à des questions qu'ils n'ont pas besoin de trancher. Il ne faut toutefois pas se montrer trop strict à cet

range applicable to Mr. Lloyd, he could have declined to consider its constitutionality. To put it in legal terms, the doctrine of mootness should be flexibly applied. If an issue arises as to the validity of the law, the provincial court judge has the power to determine it as part of the decision-making process in the case. To compel provincial court judges to conduct an analysis of whether the law could have any impact on an offender's sentence, as a condition precedent to considering the law's constitutional validity, would place artificial constraints on the trial and decision-making process.

[19] The effect of a finding by a provincial court judge that a law does not conform to the Constitution is to permit the judge to refuse to apply it in the case at bar. The finding does not render the law of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. It is open to provincial court judges in subsequent cases to decline to apply the law, for reasons already given or for their own; however, the law remains in full force or effect, absent a formal declaration of invalidity by a court of inherent jurisdiction.

[20] I conclude that the provincial court judge in this case had the power to consider the constitutional validity of the challenged sentencing provision in the course of making his decision on the case before him.

B. *Is the Mandatory Minimum Sentence Here Unconstitutional?*

[21] Section 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* provides a minimum sentence of one year of imprisonment for trafficking or possession for the purpose of trafficking in a Schedule I or II drug, where the offender has been convicted of any drug offence (except possession) within the previous 10 years. The law

égard. Dès lors qu'il a conclu en l'espèce que la peine minimale obligatoire n'excédait pas sensiblement la peine correspondant à l'extrémité inférieure de la fourchette applicable à M. Lloyd, le juge pouvait refuser d'examiner sa constitutionnalité. En langue juridique, la doctrine du caractère théorique doit s'appliquer avec souplesse. Lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est contestée, le juge de la cour provinciale a le pouvoir de trancher dans l'exercice du pouvoir juridictionnel qu'il possède dans l'instance. L'obliger à se demander, avant qu'il ne puisse examiner la constitutionnalité de la règle de droit, si cette dernière pourrait avoir une incidence sur la peine infligée au délinquant aurait pour effet d'assujettir le déroulement du procès et l'exercice du pouvoir juridictionnel à des contraintes artificielles.

[19] Conclure qu'une règle de droit n'est pas conforme à la Constitution permet à un juge de la cour provinciale de refuser d'appliquer cette règle dans l'affaire dont il est saisi. La règle de droit n'est pas pour autant inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est loisible aux juges de la cour provinciale de refuser d'appliquer la règle de droit dans des affaires subséquentes pour les motifs déjà exposés ou pour d'autres motifs qui leur sont propres. La règle de droit demeure toutefois pleinement opérante en l'absence d'une déclaration formelle d'invalidité par une cour ayant une compétence inhérente.

[20] Je conclus que le juge de la cour provinciale pouvait, en exerçant son pouvoir juridictionnel dans l'instance dont il était saisi, se pencher sur la constitutionnalité de la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire.

B. *La peine minimale obligatoire en cause est-elle inconstitutionnelle?*

[21] La division 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS* dispose qu'une peine minimale d'un an d'emprisonnement est infligée pour trafic ou possession, en vue d'en faire le trafic, d'une drogue inscrite aux annexes I ou II au délinquant qui, au cours des 10 années précédentes, a été reconnu coupable de

provides an exception to the minimum one-year sentence if the offender has, prior to sentencing, successfully completed a drug treatment court program or another program approved under s. 720(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46: s. 10(5) of the *CDSA*. The question is whether this law violates the *Charter*.

(1) Does the Law Violate Section 12 of the *Charter*?

[22] The analytical framework to determine whether a sentence constitutes a "cruel and unusual" punishment under s. 12 of the *Charter* was recently clarified by this Court in *Nur*. A sentence will infringe s. 12 if it is "grossly disproportionate" to the punishment that is appropriate, having regard to the nature of the offence and the circumstances of the offender: *Nur*, at para. 39; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. A law will violate s. 12 if it imposes a grossly disproportionate sentence on the individual before the court, or if the law's reasonably foreseeable applications will impose grossly disproportionate sentences on others: *Nur*, at para. 77.

[23] A challenge to a mandatory minimum sentencing provision under s. 12 of the *Charter* involves two steps: *Nur*, at para. 46. First, the court must determine what constitutes a proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code*. The court need not fix the sentence or sentencing range at a specific point, particularly for a reasonable hypothetical case framed at a high level of generality. But the court should consider, even implicitly, the rough scale of the appropriate sentence. Second, the court must ask whether the mandatory minimum requires the judge to impose a sentence that is grossly disproportionate to the offence and its circumstances: *Smith*, at p. 1073; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 498; *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at paras. 26-29; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 337-38. In the past, this Court has referred to

toute infraction en matière de drogue (sauf la possession). Une exception est prévue dans le cas du délinquant qui, avant la détermination de sa peine, termine avec succès un programme judiciaire de traitement de la toxicomanie ou un autre programme agréé visé au par. 720(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (par. 10(5) de la *LRCDAS*). La question est de savoir si cette règle de droit contrevient à la *Charte*.

(1) La règle de droit contrevient-elle à l'art. 12 de la *Charte*?

[22] Récemment, dans l'arrêt *Nur*, la Cour a clarifié le cadre analytique dans lequel il convient d'examiner si une peine constitue ou non une peine « cruel[le] et inusité[e] » au sens de l'art. 12 de la *Charte*. Une peine contrevient à l'art. 12 lorsqu'elle est « exagérément disproportionnée » à la peine qui convient, eu égard à la nature de l'infraction et à la situation du délinquant (*Nur*, par. 39; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073). Une règle de droit porte atteinte à l'art. 12 lorsqu'elle a pour effet d'infliger à l'accusé une peine exagérément disproportionnée ou que ses applications raisonnablement prévisibles infligeront à d'autres personnes des peines exagérément disproportionnées (*Nur*, par. 77).

[23] Statuer au regard de l'art. 12 de la *Charte* sur une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire commande une analyse en deux étapes (*Nur*, par. 46). Premièrement, le tribunal doit déterminer ce qui constitue une peine proportionnée à l'infraction eu égard aux objectifs et aux principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Il n'a pas à attribuer à la peine ou à la fourchette de peines des valeurs précises, spécialement dans le cas d'une situation hypothétique raisonnable revêtant un degré élevé de généralité. Mais il doit considérer, ne serait-ce qu'implicitement, l'échelle générale des peines qui sont appropriées. Deuxièmement, le tribunal doit se demander si la peine minimale obligatoire le contraint à infliger une peine exagérément disproportionnée à l'infraction et aux circonstances de sa perpétration (*Smith*, p. 1073; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, p. 498; *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 26-29; *R.*

proportionality as the relationship between the sentence to be imposed and the sentence that is fit and proportionate: see e.g. *Nur*, at para. 46; *Smith*, at pp. 1072-73. The question, put simply, is this: In view of the fit and proportionate sentence, is the mandatory minimum sentence grossly disproportionate to the offence and its circumstances? If so, the provision violates s. 12.

[24] This Court has established a high bar for finding that a sentence represents a cruel and unusual punishment. To be "grossly disproportionate" a sentence must be more than merely excessive. It must be "so excessive as to outrage standards of decency" and "abhorrent or intolerable" to society: *Smith*, at p. 1072, citing *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688; *Morrisey*, at para. 26; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 14. The wider the range of conduct and circumstances captured by the mandatory minimum, the more likely it is that the mandatory minimum will apply to offenders for whom the sentence would be grossly disproportionate.

[25] This brings us to the law challenged in this case. Mr. Lloyd concedes that the one-year minimum jail term is not a sentence that is grossly disproportionate as applied to him but only in relation to reasonably foreseeable applications of the law to others. The question before us is therefore: Could a one-year sentence of imprisonment be grossly disproportionate to the offence of possession for the purpose of trafficking a Schedule I substance in reasonably foreseeable cases?

[26] On its face, a one-year sentence for an offender with a prior conviction for a drug offence who is convicted for trafficking or possession for the purpose of trafficking in a Schedule I drug, such as cocaine, heroin or methamphetamine, may not seem excessive. Schedule I drugs are highly addictive and inflict great harm on individuals and society. Trafficking in these drugs is rightly considered a serious offence: see *R. v. Greyeyes*, [1997] 2 S.C.R. 825, at

c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 337-338). Par le passé, la Cour a vu dans la proportionnalité le rapport entre la peine devant être infligée et celle qui est juste et proportionnée (voir p. ex. *Nur*, par. 46; *Smith*, p. 1072-1073). Pour simplifier, disons qu'il faut se demander si, compte tenu de la peine juste et proportionnée, la peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée à l'infraction et aux circonstances de sa perpétration. Dans l'affirmative, la disposition contrevient à l'art. 12.

[24] La Cour place la barre haute lorsqu'il s'agit de savoir si une peine constitue une peine cruelle et inusitée. Pour qu'elle soit « exagérément disproportionnée », la peine ne peut être simplement excessive. Elle doit être « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine », de même qu'« odieuse ou intolérable » socialement (*Smith*, p. 1072, citant *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688; *Morrisey*, par. 26; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 14). Plus la variété des comportements et des circonstances qui font encourir la peine minimale obligatoire est grande, plus cette peine est susceptible d'être infligée à des délinquants pour lesquels elle est exagérément disproportionnée.

[25] Passons maintenant à la règle de droit contestée en l'espèce. M. Lloyd concède que la peine minimale d'un an d'emprisonnement ne constitue pas une peine exagérément disproportionnée dans son cas et qu'elle l'est seulement dans ses applications raisonnablement prévisibles à d'autres personnes. Il faut donc se demander si, dans certains cas raisonnablement prévisibles, une peine d'un an d'emprisonnement peut être exagérément disproportionnée à l'infraction de possession d'une substance inscrite à l'annexe I en vue d'en faire le trafic.

[26] De prime abord, une peine d'un an d'emprisonnement infligée à un délinquant qui a déjà été reconnu coupable d'une infraction liée à la drogue et qui, cette fois, est déclaré coupable de trafic ou de possession, en vue d'en faire le trafic, d'une substance inscrite à l'annexe I telle que la cocaïne, l'héroïne ou la méthamphétamine peut ne pas paraître excessive. Les substances inscrites à l'annexe I créent de grandes dépendances et causent de grands

para. 6, per L'Heureux-Dubé J.; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 80, per Cory J. (dissenting on another issue).

[27] The problem with the mandatory minimum sentence provision in this case is that it "casts its net over a wide range of potential conduct": *Nur*, at para. 82. As a result, it catches not only the serious drug trafficking that is its proper aim, but conduct that is much less blameworthy. This renders it constitutionally vulnerable.

[28] Three features of the law make it applicable in a large number of situations, varying greatly in an offender's blameworthiness.

[29] First, it applies to any amount of Schedule I substances. As such, it applies indiscriminately to professional drug dealers who sell dangerous substances for profit and to drug addicts who possess small quantities of drugs that they intend to share with a friend, a spouse, or other addicts.

[30] Second, the definition of "traffic" in the *CDSA* captures a very broad range of conduct. It targets not only people selling drugs, but all who "administer, give, transfer, transport, send or deliver the substance" (s. 2(1)), irrespective of the reason for doing so and regardless of the intent to make a profit. As such, it would catch someone who gives a small amount of a drug to a friend, or someone who is only trafficking to support his own habit.

[31] Third, the minimum sentence applies when there is a prior conviction for any "designated substance offence" within the previous 10 years, which captures any of the offences in ss. 4 to 10 of the

préjudices aux individus et à la société. On considère à juste titre que le trafic de ces drogues constitue une infraction grave (voir *R. c. Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825, par. 6, la juge L'Heureux-Dubé; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 80, le juge Cory, dissident sur un autre point).

[27] La disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire contestée en l'espèce est problématique en ce qu'elle « s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels » (*Nur*, par. 82). Par voie de conséquence, elle vise non seulement le trafic de drogue hautement répréhensible, ce qui correspond à son objectif légitime, mais aussi le comportement qui se révèle beaucoup moins répréhensible. Dès lors, elle est vulnérable sur le plan constitutionnel.

[28] Trois de ses caractéristiques font que la règle de droit s'applique dans un grand nombre de situations dans lesquelles la culpabilité morale varie beaucoup d'un délinquant à l'autre.

[29] Premièrement, elle s'applique à toute quantité d'une substance inscrite à l'annexe I. Elle s'applique donc indifféremment au trafiquant de drogue professionnel qui vend des substances dangereuses afin de réaliser un profit et au toxicomane qui a en sa possession une petite quantité de drogue qu'il compte partager avec un ami, sa conjointe ou un autre toxicomane.

[30] Deuxièmement, selon la définition qu'en donne la *LRCDAS*, le « trafic » s'entend d'une très grande variété d'actes. Il englobe la vente de drogue, mais aussi « [l']administration, [le] don, [la] cession, [le] transport, [l']expédition ou [la] livraison [de la] substance » (par. 2(1)), indépendamment du motif sous-jacent et peu importe qu'il y ait ou non intention de réaliser un profit. La disposition englobe donc le fait de donner une petite quantité de drogue à un ami ou de s'adonner au trafic seulement pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation.

[31] Troisièmement, la peine minimale s'applique lorsqu'il y a déjà eu, au cours des 10 années précédentes, déclaration de culpabilité relativement à une « infraction désignée », ce qui englobe toute

CDSA, except the offence of simple possession. In addition, the prior conviction can be for any substance, in any amount — even, for example, a small amount of marihuana.

[32] At one end of the range of conduct caught by the mandatory minimum sentence provision stands a professional drug dealer who engages in the business of dangerous drugs for profit, who is in possession of a large amount of Schedule I substances, and who has been convicted many times for similar offences. At the other end of the range stands the addict who is charged for sharing a small amount of a Schedule I drug with a friend or spouse, and finds herself sentenced to a year in prison because of a single conviction for sharing marihuana in a social occasion nine years before. I agree with the provincial court judge that most Canadians would be shocked to find that such a person could be sent to prison for one year.

[33] Another foreseeable situation caught by the law is the following. A drug addict with a prior conviction for trafficking is convicted of a second offence. In both cases, he was only trafficking in order to support his own addiction. Between conviction and the sentencing he goes to a rehabilitation centre and conquers his addiction. He comes to the sentencing court asking for a short sentence that will allow him to resume a healthy and productive life. Under the law the judge has no choice but to sentence him to a year in prison. Such a sentence would also be grossly disproportionate to what is fit in the circumstances and would shock the conscience of Canadians.

[34] It is argued that the exception to the mandatory minimum sentence provisions at issue in this case cures its constitutional infirmity. The law does not require the court to impose the one-year

infraction prévue aux art. 4 à 10 de la *LRCDAS*, sauf celle de possession simple. En outre, la condamnation antérieure peut être intervenue pour n'importe quelle substance et n'importe quelle quantité (par exemple, une petite quantité de marihuana).

[32] À une extrémité de la gamme, le comportement qui tombe sous le coup de la disposition sur la peine minimale obligatoire est celui du trafiquant de drogue professionnel qui fait le commerce de drogues dangereuses pour le profit, qui est en possession d'une grande quantité de substances inscrites à l'annexe I et qui a maintes fois été déclaré coupable d'infractions apparentées. À l'autre extrémité, il y a le toxicomane qui fait l'objet d'une accusation de trafic pour avoir partagé avec un ami ou sa conjointe une petite quantité d'une substance inscrite à l'annexe I et qui écope d'un an de prison parce qu'il a déjà été reconnu coupable de trafic, une seule fois, neuf ans auparavant, après avoir partagé de la marihuana lors d'une réunion sociale. Je conviens avec le juge de la cour provinciale que la plupart des Canadiens seraient consternés d'apprendre qu'une telle personne pourrait écoper d'un an de prison.

[33] Une autre situation dans laquelle la règle de droit est raisonnablement susceptible de s'appliquer est la suivante. Un toxicomane est reconnu coupable de trafic une deuxième fois. Comme pour la fois précédente, il ne s'est livré au trafic que pour satisfaire son propre besoin de consommation. Dans l'intervalle compris entre la déclaration de culpabilité et la détermination de la peine, il se rend dans un centre de désintoxication et parvient à vaincre sa dépendance. Le jour de la détermination de sa peine, il demande à être emprisonné moins longtemps afin de pouvoir mener à nouveau une vie saine et productive. Légalement, le juge n'a d'autre choix que de le condamner à un an de prison. Une telle peine est également exagérément disproportionnée à ce qui est juste dans les circonstances et elle est de nature à choquer la conscience des Canadiens.

[34] On fait valoir que l'exception prévue à l'application de la disposition sur la peine minimale obligatoire visée en l'espèce remédie au vice constitutionnel. La règle de droit ne commande pas l'infliction

minimum jail term if, prior to the imposition of sentence, the offender successfully completes an approved drug treatment court program or a treatment program under s. 720(2) of the *Criminal Code*: s. 10(5) of the *CDSA*. This exception is a step in the right direction. However, it is too narrow to cure the constitutional infirmity. First, it is confined to particular programs, which a particular offender may or may not be able to access. At the time of Mr. Lloyd's sentencing, there was only one approved drug treatment program in Vancouver. Second, to be admissible to these programs, the offender must usually plead guilty and forfeit his right to a trial. One constitutional deprivation cannot cure another. Third, the requirement that the offender successfully complete the program may not be realistic for heavily addicted offenders whose conduct does not merit a year in jail. Finally, in most programs, the Crown has the discretion to disqualify an applicant. As stated in *Nur*, exemptions from minimum sentences based on Crown discretion provide only "illusory" protection against grossly disproportionate punishment (para. 94).

[35] As I have already said, in light of *Nur*, the reality is this: mandatory minimum sentences that, as here, apply to offences that can be committed in various ways, under a broad array of circumstances and by a wide range of people are vulnerable to constitutional challenge. This is because such laws will almost inevitably include an acceptable reasonable hypothetical for which the mandatory minimum will be found unconstitutional. If Parliament hopes to sustain mandatory minimum penalties for offences that cast a wide net, it should consider narrowing their reach so that they only catch offenders that merit the mandatory minimum sentences.

de la peine minimale d'un an d'emprisonnement lorsque, avant la détermination de la peine, le délinquant termine avec succès un programme judiciaire de traitement approuvé ou un programme de traitement agréé conformément au par. 720(2) du *Code criminel* (par. 10(5) de la *LRCDAS*). L'établissement de cette exception constitue un pas dans la bonne direction, mais il ne suffit pas pour remédier au vice constitutionnel. En premier lieu, l'exception ne vaut que pour certains programmes auxquels le délinquant en cause peut avoir accès ou non. Lors de la condamnation de M. Lloyd à sa peine, il n'existait qu'un seul programme de traitement agréé de la toxicomanie à Vancouver. En deuxième lieu, pour pouvoir participer à un tel programme, le délinquant doit habituellement inscrire un plaidoyer de culpabilité et renoncer à son droit à un procès. Une atteinte constitutionnelle ne saurait remédier à une autre. En troisième lieu, l'exigence de terminer le programme avec succès peut ne pas être réaliste lorsque le délinquant souffre d'une grande dépendance et que ses actes ne justifient pas un séjour d'un an en prison. Enfin, en ce qui concerne la plupart des programmes, le ministère public est investi d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'empêcher la participation d'un délinquant. Comme le dit la Cour dans *Nur*, l'exception à l'infliction de la peine minimale qui découle de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire n'offre qu'une protection « illusoire » contre la peine exagérément disproportionnée (par. 94).

[35] Le fait est, je le répète, au vu de l'arrêt *Nur*, que la peine minimale obligatoire qui, comme celle contestée en l'espèce, s'applique à une infraction susceptible d'être perpétrée de diverses manières, dans maintes circonstances différentes et par une grande variété de personnes se révèle vulnérable sur le plan constitutionnel. La raison en est que la disposition qui la prévoit englobera presque inévitablement une situation hypothétique raisonnable acceptable dans laquelle le minimum obligatoire sera jugé inconstitutionnel. Si le législateur tient à prévoir des peines minimales obligatoires pour des infractions qui ratissent large, il lui faudra envisager de réduire leur champ d'application de manière qu'elles ne visent que les délinquants qui méritent de se les voir infliger.

[36] Another solution would be for Parliament to build a safety valve that would allow judges to exempt outliers for whom the mandatory minimum will constitute cruel and unusual punishment. Residual judicial discretion for exceptional cases is a technique widely used to avoid injustice and constitutional infirmity in other countries: Department of Justice Canada, Research and Statistics Division, *Mandatory Sentences of Imprisonment in Common Law Jurisdictions: Some Representative Models* (2005) (online), at pp. 1, 4 and 35. It allows the legislature to impose severe sentences for offences deemed abhorrent, while avoiding unconstitutionally disproportionate sentences in exceptional cases. The residual judicial discretion is usually confined to exceptional cases and may require the judge to give reasons justifying departing from the mandatory minimum sentence prescribed by the law. It is for the legislature to determine the parameters of the residual judicial discretion. The laws of other countries reveal a variety of approaches: *Criminal Law Amendment Act, 1997* (S. Afr.), No. 105 of 1997, s. 51(3)(*a*); *Firearms Act 1968* (U.K.), 1968, c. 27, s. 51A(2); *Violent Crime Reduction Act 2006* (U.K.), 2006, c. 38, s. 29(4); *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* (U.K.), 2000, c. 6, ss. 109(3), 110(2) and 111(2); *Sentencing Act* (N.T.), s. 78DI; *Sentencing Act 1991* (Vic.), s. 10(1); *Sentencing Act 2002* (N.Z.), ss. 86E, 102 and 103; *Criminal Law (Sentencing) Act 1988* (S.A.), s. 17; 18 U.S.C. § 3553(f) (2012); *Penal Code* [*Brottsbalken*] (Swed.), c. 29, s. 5. There is no precise formula and only one requirement — that the residual discretion allow for a lesser sentence where application of the mandatory minimum would result in a sentence that is grossly disproportionate to what is fit and appropriate and would constitute cruel and unusual punishment.

[37] I conclude that the challenged mandatory minimum sentence of one year of imprisonment violates s. 12 of the *Charter.*

[36] Le législateur pourrait par ailleurs recourir à un mécanisme qui permettrait au tribunal d'écarter la peine minimale obligatoire dans les cas exceptionnels où elle constituerait une peine cruelle et inusitée. L'octroi d'un pouvoir discrétionnaire résiduel susceptible d'être exercé dans les cas exceptionnels est un moyen répandu à l'étranger pour prévenir l'injustice et l'inconstitutionnalité (Ministère de la Justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, *Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de common law : Quelques modèles représentatifs* (2005) (en ligne), p. 1, 4-5 et 35). Il permet au législateur de prévoir de lourdes peines pour les crimes jugés odieux tout en évitant l'infliction de peines qui sont disproportionnées au point d'être inconstitutionnelles dans certains cas exceptionnels. Le pouvoir discrétionnaire résiduel ne peut habituellement être exercé qu'à titre exceptionnel, et le tribunal peut devoir préciser les raisons pour lesquelles il n'inflige pas la peine minimale obligatoire que prescrit la loi. Il appartient au législateur d'arrêter les paramètres du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal. Différentes approches ressortent des lois adoptées à l'étranger : *Criminal Law Amendment Act, 1997* (Afr. du Sud), nº 105 de 1997, al. 51(3)(*a*); *Firearms Act 1968* (R.-U.), 1968, c. 27, par. 51A(2); *Violent Crime Reduction Act 2006* (R.-U.), 2006, c. 38, par. 29(4); *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* (R.-U.), 2000, c. 6, par. 109(3), 110(2) et 111(2); *Sentencing Act* (N.T.), art. 78DI; *Sentencing Act 1991* (Vic.), par. 10(1); *Sentencing Act 2002* (N.-Z.), art. 86E, 102 et 103; *Criminal Law (Sentencing) Act 1988* (S.A.), art. 17; 18 U.S.C. § 3553(f) (2012); *Code pénal* [*Brottsbalken*] (Suède), c. 29, art. 5. Il n'existe pas de formule précise, mais seulement une exigence unique, à savoir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel permette d'infliger une peine moindre que la peine minimale obligatoire lorsque celle-ci équivaudrait à une peine exagérément disproportionnée à ce qui est juste et approprié et constituerait une peine cruelle et inusitée.

[37] J'arrive à la conclusion que la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement contestée en l'espèce contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

(2) Does the Law Violate Section 7 of the *Charter*?

[38] In view of my conclusion that the law violates s. 12 of the *Charter*, the question of whether it also violates the s. 7 guarantee of liberty need not be addressed. However, it may be useful to comment on the issue, since it has arisen in this and other cases.

[39] Section 7 of the *Charter* provides that no person may be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. Mr. Lloyd argues that the principle of proportionality in sentencing — that the judge should impose a fit sentence having regard to all relevant factors — is a principle of fundamental justice under s. 7. The challenged mandatory minimum sentence prevents trial judges from considering all relevant circumstances in sentencing. Therefore, Mr. Lloyd asserts, it violates s. 7.

[40] I am unable to accept the submission that the principle of proportionality in sentencing is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. My starting point is the observation that principles of fundamental justice in s. 7 must be defined in a way that promotes coherence within the *Charter* and conformity to the respective roles of Parliament and the courts.

[41] I turn first to coherence within the *Charter*. It is necessary to read s. 7 in a way that is consistent with s. 12. Mr. Lloyd's proposal would set a new constitutional standard for sentencing laws — a standard that is lower than the cruel and unusual punishment standard prescribed by s. 12. As McIntyre J. (dissenting on another issue) stated in *Smith*, at p. 1107:

While section 7 sets out broad and general rights which often extend over the same ground as other rights set out in the *Charter*, it cannot be read so broadly as to render other rights nugatory. If section 7 were found to impose

(2) La règle de droit contrevient-elle à l'art. 7 de la *Charte*?

[38] Étant donné ma conclusion selon laquelle la règle de droit contrevient à l'art. 12 de la *Charte*, point n'est besoin de se demander si elle porte aussi atteinte au droit à la liberté que garantit l'art. 7. Cependant, il peut être opportun d'examiner la question puisqu'elle est soulevée dans le dossier et qu'elle l'a été dans d'autres.

[39] L'article 7 de la *Charte* dispose qu'il ne peut être porté atteinte à la liberté d'une personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. M. Lloyd soutient que la proportionnalité de la peine — le juge étant tenu d'infliger une peine juste eu égard à tous les facteurs pertinents — constitue un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7. La peine minimale obligatoire contestée empêche le juge du procès de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes au moment de déterminer la peine. C'est pourquoi M. Lloyd prétend qu'elle contrevient à l'art. 7.

[40] Je ne peux faire droit à la prétention selon laquelle le principe de proportionnalité dans la détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7 de la *Charte*. Je fais observer à cet égard que les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 doivent être définis de manière à favoriser la cohérence interne de la *Charte* et le respect des fonctions respectives du Parlement et des tribunaux.

[41] Considérons d'abord la cohérence interne de la *Charte*. L'article 7 doit être interprété d'une façon conciliable avec l'art. 12. La thèse de M. Lloyd revient à soumettre les dispositions relatives à la détermination de la peine à une nouvelle norme constitutionnelle, une norme moins stricte que celle de la peine cruelle et inusitée de l'art.12. Comme le dit le juge McIntyre (dissident sur un autre point) dans l'arrêt *Smith*, p. 1107 :

L'article 7 proclame des droits de nature générale et de portée très large qui recoupent parfois les autres droits énoncés dans la *Charte*, mais on ne saurait lui donner une interprétation large au point de rendre nuls ces autres

greater restrictions on punishment than s. 12 — for example by prohibiting punishments which were merely excessive — it would entirely subsume s. 12 and render it otiose. For this reason, I cannot find that s. 7 raises any rights or issues not already considered under s. 12.

[42] This Court again held that ss. 7 and 12 could not impose a different standard with respect to the proportionality of punishment in *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 160, per Gonthier and Binnie JJ.:

> Is there then a principle of fundamental justice embedded in s. 7 that would give rise to a constitutional remedy against a punishment that does not infringe s. 12? We do not think so. To find that gross and excessive disproportionality of punishment is required under s. 12 but a lesser degree of proportionality suffices under s. 7 would render incoherent the scheme of interconnected "legal rights" set out in ss. 7 to 14 of the *Charter* by attributing contradictory standards to ss. 12 and 7 in relation to the same subject matter. Such a result, in our view, would be unacceptable.

[43] Recognition of the principle of proportionality in sentencing as a principle of fundamental justice under s. 7 would also have implications for the respective roles of Parliament and the courts. The principle of proportionality is an admirable guide for judges seeking to impose fit sentences within the legal parameters established by Parliament. But it is not an overarching constitutional principle that allows judges to subvert the norms of punishment enacted by Parliament. Those norms are judged only by the standard of s. 12.

[44] It has been said that "proportionality in sentencing could aptly be described as a principle of fundamental justice": *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 36. However, this does not mean that proportionality constitutes a new principle of fundamental justice distinct from the well-established principle of gross disproportionality under s. 7 of the *Charter*.

droits. Si on concluait que l'art. 7 impose des restrictions plus sévères que l'art. 12 en matière de peine, comme par exemple en interdisant les peines simplement excessives, il subsumerait complètement l'art. 12 et le rendrait inutile. C'est pourquoi il m'est impossible de conclure que l'art. 7 soulève des droits ou des questions qui n'ont pas déjà été examinés dans le contexte de l'art. 12.

[42] Dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 160, les juges Gonthier et Binnie statuent de nouveau que les art. 7 et 12 ne peuvent imposer des normes différentes quant à la proportionnalité de la peine :

> En conséquence, existe-t-il un principe de justice fondamentale consacré à l'art. 7 qui donnerait droit à une réparation constitutionnelle lorsqu'une peine ne contrevient pas à l'art. 12? Nous ne le croyons pas. Conclure qu'une disproportion exagérée et excessive est requise pour qu'une peine porte atteinte à l'art. 12, mais qu'un degré de disproportion moindre suffit pour qu'il y ait atteinte à l'art. 7 rendrait incohérent l'ensemble des « garanties juridiques » interreliées énoncées aux art. 7 à 14 de la *Charte* en assignant aux art. 12 et 7 des normes contradictoires pour une même question. Un tel résultat serait selon nous inacceptable.

[43] Reconnaître que la proportionnalité de la peine constitue un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7 aurait aussi des répercussions sur les fonctions respectives du Parlement et des tribunaux. Le principe de proportionnalité offre un repère inestimable au juge soucieux d'infliger une peine juste à l'intérieur des limites que fixe le législateur. Elle ne constitue cependant pas un principe constitutionnel prépondérant qui permet au tribunal de faire abstraction des normes de sanction établies par le législateur. Ces normes ne peuvent être appréciées qu'au regard de l'art. 12.

[44] Dans l'arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 36, la Cour dit qu'« on peut décrire à juste titre la proportionnalité de la peine comme un principe de justice fondamentale ». Pour autant, la proportionnalité ne constitue cependant pas un nouveau principe de justice fondamentale distinct du principe bien établi de la disproportion exagérée auquel on recourt pour l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

[45] Parliament has the power to make policy choices with respect to the imposition of punishment for criminal activities and the crafting of sentences that it deems appropriate to balance the objectives of deterrence, denunciation, rehabilitation and protection of society. Courts owe Parliament deference in a s. 12 analysis. As Borins Dist. Ct. J. stated in an oft-approved passage:

> It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the Charter is properly a judicial function, the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest of cases where the punishment prescribed is so excessive when compared with the punishment prescribed for other offences as to outrage standards of decency.

(*R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (Ont.), at p. 238)

[46] Similarly, in *Lyons*, at pp. 344-45, La Forest J. stressed the importance of the high threshold of s. 12, explaining that the word "grossly" "reflect[ed] this Court's concern not to hold Parliament to a standard so exacting . . . as to require punishments to be perfectly suited to accommodate the moral nuances of every crime and every offender".

[47] I conclude that proportionality is not a principle of fundamental justice, and that the challenged mandatory minimum does not violate s. 7 of the *Charter*.

[45] Le Parlement possède le pouvoir de faire des choix de politique générale en ce qui a trait à l'infliction de peines aux auteurs d'actes criminels et d'arrêter les peines qu'il juge appropriées pour tenir compte des objectifs que sont la dissuasion, la dénonciation, la réadaptation et la protection de la société. Dans leur analyse au regard de l'art. 12, les tribunaux doivent faire preuve de déférence vis-à-vis du législateur. Voici un passage maintes fois cité des motifs du juge Borins, de la Cour de district, sur ce point :

> [TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une large discrétion pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la Charte constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes où la peine prescrite est excessive, comparativement à la peine prévue pour d'autres infractions, au point de constituer une atteinte aux normes de la décence.

(*R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (Ont.), p. 238)

[46] Dans la même veine, le juge La Forest souligne, dans l'arrêt *Lyons*, p. 344-345, l'importance du critère strict qu'établit l'art. 12. Il explique que l'adverbe « exagérément » « traduit le souci qu'avait cette Cour de ne pas astreindre le législateur à une norme à ce point sévère [. . .] qu'elle exigerait des peines parfaitement adaptées aux nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant ».

[47] Je conclus que la proportionnalité ne constitue pas un principe de justice fondamentale et que la peine minimale obligatoire contestée en l'espèce ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte.*

(3) Is the Violation of Section 12 Saved by Section 1 of the *Charter*?

[48] In my view, the Crown has not made the case that the challenged law's imposition of grossly disproportionate punishment on some people is justified by an overarching objective. It is therefore not a reasonable limit on the s. 12 right.

[49] Parliament's objective — to combat the distribution of illicit drugs — is unquestionably an important objective: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 141. This objective is rationally connected to the imposition of a one-year mandatory minimum sentence for the offence of possession for the purpose of trafficking of Schedule I drugs. However, the law does not minimally impair the s. 12 right. As discussed above, the law covers a wide array of situations of varying moral blameworthiness, without differentiation or exemption, save for the single exception in s. 10(5) of the *CDSA*. The Crown has not established that less harmful means to achieve Parliament's objective of combatting the distribution of illicit drugs, whether by narrowing the reach of the law or by providing for judicial discretion in exceptional cases, were not available. Nor has it shown that the impact of the limit on offenders deprived of their rights is proportionate to the good flowing from their inclusion in the law.

[50] I conclude that the violation of the s. 12 right is not justified under s. 1 of the *Charter*.

C. *Did the Court of Appeal Err in Increasing the Sentence From One Year to 18 Months?*

[51] Mr. Lloyd also appeals from the Court of Appeal's substitution of a sentence of 18 months of imprisonment for the one-year sentence imposed by the provincial court judge.

[52] A trial judge's determination of the appropriate sentence is entitled to deference. Appellate

(3) L'atteinte à l'art. 12 est-elle justifiée par application de l'article premier de la *Charte*?

[48] À mon sens, le ministère public n'a pas prouvé qu'un objectif prépondérant justifie que la règle de droit contestée inflige à certaines personnes une peine exagérément disproportionnée. La règle de droit contestée ne restreint donc pas dans des limites raisonnables le droit garanti à l'art. 12.

[49] L'objectif du législateur, à savoir contrer la distribution de drogues illégales, est assurément important (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 141). Il a un lien rationnel avec l'infliction de la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement à l'auteur d'une infraction de possession, en vue d'en faire le trafic, d'une substance inscrite à l'annexe I. Toutefois, la règle de droit en cause ne porte pas atteinte le moins possible au droit garanti par l'art. 12. Rappelons qu'elle s'applique dans une grande variété de situations où la culpabilité morale varie d'un délinquant à l'autre, à l'exclusion de toute distinction ou exception, sauf l'unique exception que prévoit le par. 10(5) de la *LRCDAS*. Le ministère public n'a pas établi l'inexistence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objectif du législateur de contrer la distribution de drogues illégales, qu'il s'agisse de restreindre le champ d'application de la règle de droit ou de permettre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans les cas exceptionnels. Il n'a pas non plus prouvé que l'effet préjudiciable de la restriction des droits des délinquants est proportionnel à son effet bénéfique.

[50] J'estime donc que l'atteinte au droit garanti par l'art. 12 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte.*

C. *La Cour d'appel a-t-elle tort de faire passer la peine d'emprisonnement d'un an à 18 mois?*

[51] M. Lloyd interjette aussi appel de la substitution par la Cour d'appel d'une peine d'emprisonnement de 18 mois à la peine d'un an infligée en cour provinciale.

[52] Le juge du procès qui détermine la peine appropriée a droit à la déférence. Une cour d'appel

courts cannot alter a trial judge's sentence unless it is demonstrated that the trial judge made a legal error or imposed a sentence that is demonstrably unfit: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 11, per Wagner J. The Court of Appeal in this case took the view that the provincial court judge applied the wrong sentencing range — a range of three to four months at the low end to 18 months at the high end. A careful reading of the reasons of the provincial court judge does not, in my respectful view, bear this out. The trial judge noted that sentences of three to four months for the offence had been upheld in a few exceptional cases, but went on to identify the appropriate sentencing range as 12 to 18 months. Noting a number of mitigating factors, he sentenced Mr. Lloyd to 12 months. In any event, even if the provincial court judge had erred in stating the range, the Court of Appeal would not have been entitled to intervene. "[T]he choice of sentencing range or of a category within a range falls within the trial judge's discretion and cannot in itself constitute a reviewable error": *Lacasse*, at para. 51.

[53] The Court of Appeal also took issue with the provincial court judge's weighing of the factors relevant to Mr. Lloyd's sentence. It stated that the case was "not one in which there were many mitigating factors that would call for a particularly light sentence": para. 68. But, to once again quote Wagner J. in *Lacasse*, "an appellate court may not intervene simply because it would have weighed the relevant factors differently" (para. 49).

[54] Finally, the Court of Appeal did not establish that a 12-month sentence in this case was demonstrably unfit.

[55] I would restore the sentence of one year imposed by the provincial court judge.

V. Conclusion

[56] The appeal is allowed. Section 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* is declared to be inconsistent with

ne peut infirmer sa décision que s'il est démontré qu'il a commis une erreur de droit ou infligé une peine manifestement non indiquée (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 11, le juge Wagner). Dans la présente affaire, la Cour d'appel se dit d'avis que le juge de la cour provinciale n'applique pas la bonne fourchette de peines en fixant le plancher à trois à quatre mois et le plafond à 18 mois. Soit dit en tout respect, ce n'est pas ce qui ressort de la lecture attentive des motifs du juge de la cour provinciale. Le juge signale que des peines de trois à quatre mois ont été confirmées pour l'infraction dans quelques cas exceptionnels, mais il ajoute que la peine indiquée en l'espèce se situe entre 12 et 18 mois. Compte tenu de certaines circonstances atténuantes, il condamne M. Lloyd à 12 mois d'emprisonnement. Quoi qu'il en soit, même si le juge de la cour provinciale avait retenu une fourchette erronée, la Cour d'appel n'aurait pas été admise à intervenir : « [L]e choix de la fourchette de peines ou de l'une de ses catégories relève de la discrétion du juge de première instance et ne peut, en soi, constituer une erreur révisable » (*Lacasse*, par. 51).

[53] La Cour d'appel critique la manière dont le juge de la cour provinciale apprécie les facteurs susceptibles d'influer sur la peine de M. Lloyd. Elle dit qu'il [TRADUCTION] « ne s'agit pas d'un cas où de nombreuses circonstances atténuantes militent en faveur d'une peine particulièrement clémente » (par. 68). Or, il convient de citer une fois encore les motifs du juge Wagner dans *Lacasse* : « [U]ne cour d'appel ne peut intervenir simplement parce qu'elle aurait attribué un poids différent aux facteurs pertinents » (par. 49).

[54] Enfin, la Cour d'appel ne fait pas la démonstration qu'une peine de 12 mois d'emprisonnement est manifestement non indiquée en l'espèce.

[55] Je suis d'avis de rétablir la peine d'un an infligée par le juge de la cour provinciale.

V. Conclusion

[56] Le pourvoi est accueilli. La division 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS* est déclarée incompatible avec

s. 12 of the *Charter* and not justified under s. 1. It is therefore of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The sentence of the Court of Appeal is set aside and the sentence of one year of imprisonment imposed by the provincial court judge is restored.

The following are the reasons delivered by

WAGNER, GASCON AND BROWN JJ. (dissenting in part) —

I. Overview

[57] Judicial discretion is fundamental to sentencing in Canada. Between the "distant statutory poles" of minimum and maximum sentences, judges have "considerable latitude in ordering an appropriate period of incarceration which advances the goals of sentencing and properly reflects the overall culpability of the offender": *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 37. This wide discretion ensures that, in accordance with the "fundamental principle" of sentencing, judges impose sentences that are fit and proportionate to the gravity of a particular offence, and to the degree of responsibility of a particular offender: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.1.

[58] Judicial sentencing discretion is also key to the public's confidence in the criminal justice system. Unfit sentences — whether because they are too severe or too lenient — "could cause the public to question the credibility of the system in light of its objectives": *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 3. As Wilson J. observed in her concurring reasons in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 533:

It is basic to any theory of punishment that the sentence imposed bear some relationship to the offence; it must be a "fit" sentence proportionate to the seriousness of the offence. Only if this is so can the public be satisfied that the offender "deserved" the punishment he

l'art. 12 de la *Charte* et non justifiée au regard de l'article premier. Elle est donc déclarée inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La peine infligée par la Cour d'appel est annulée, et celle d'un an d'emprisonnement prononcée par le juge de la cour provinciale est rétablie.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES WAGNER, GASCON ET BROWN (dissidents en partie) —

I. Aperçu

[57] Au Canada, le pouvoir discrétionnaire du tribunal est fondamental en matière de détermination de la peine. Entre les « pôles éloignés » que sont la peine minimale et la peine maximale, le tribunal jouit d'« une grande latitude dans la détermination de la période d'incarcération favorisant les objectifs de la détermination de la peine et tenant compte de la culpabilité générale du contrevenant » (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 37). Grâce à ce large pouvoir discrétionnaire, le tribunal inflige, conformément au « principe fondamental » qui préside à sa détermination, une peine qui est à la fois appropriée et proportionnelle à la gravité de l'infraction perpétrée et au degré de responsabilité du délinquant (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718.1).

[58] Le pouvoir discrétionnaire du tribunal est aussi crucial pour maintenir la confiance du public dans le système de justice pénale. Une peine inappropriée parce qu'elle est soit trop sévère, soit trop clémente « peut [. . .] susciter dans l'esprit du justiciable un doute quant à la crédibilité du système compte tenu de ses objectifs » (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 3). Dans *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533, la juge Wilson (motifs concordants) fait d'ailleurs observer ce qui suit :

Il est essentiel, dans toute théorie des peines, que la sentence imposée ait un certain rapport avec l'infraction. Il faut que la sentence soit appropriée et proportionnelle à la gravité de l'infraction. Ce n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant « méritait »

received and feel a confidence in the fairness and rationality of the system.

[59] Mandatory minimum sentences can sometimes be inconsistent with the principle that sentences should be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Mandatory minimums shift the focus of sentencing away from the particular offender's circumstances, and instead prioritize denunciation, general deterrence and retribution. As a result, "[t]hey may, in extreme cases, impose unjust sentences": *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 44.

[60] Nevertheless, while mandatory minimums are sometimes inconsistent with the proportionality principle, the Court has long held that they do not, in and of themselves, impose cruel and unusual punishment: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1077, per Lamer J.; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 501. Mandatory minimums are "a forceful expression of governmental policy in the area of criminal law": *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 45. As such, Parliament is owed substantial deference in crafting mandatory minimum sentences: *Goltz*, at p. 501; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.). It is only on "rare and unique occasions" that a minimum sentence will infringe s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as the test for infringing s. 12 is "very properly stringent and demanding": *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at p. 1417. This longstanding framework was maintained and reaffirmed last year by the Court in *Nur*.

[61] We accept the Chief Justice's account of the facts of this case and the decisions below. We also agree with her analysis on the jurisdiction of provincial court judges and her analysis of s. 7 of the *Charter*. Finally, for the reasons given by the Chief Justice, we would allow the appellant's sentence appeal, and reduce his sentence from 18 months to 12 months, as ordered by the provincial court judge.

la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l'équité et la rationalité du système.

[59] Une peine minimale obligatoire peut parfois être inconciliable avec le principe selon lequel une peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Elle ne s'attache plus à la situation du délinquant en cause, mais privilégie plutôt la dénonciation, la dissuasion générale et le châtiment. Ainsi, « [d]ans certains cas extrêmes, elle peut même emporter l'infliction d'une peine injuste » (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 44).

[60] Néanmoins, même si une peine minimale obligatoire peut parfois aller à l'encontre du principe de proportionnalité, la Cour a décidé il y a longtemps qu'elle ne constitue pas en soi une peine cruelle et inusitée (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1077, le juge Lamer; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, p. 501). La peine minimale obligatoire « est l'expression claire d'une politique générale dans le domaine du droit pénal » (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 45). C'est pourquoi le législateur a droit à une grande déférence lorsqu'il établit une peine minimale obligatoire (*Goltz*, p. 501; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist. Ont.)). Ce n'est que « très rarement » qu'une peine minimale contreviendra à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car le critère auquel il faut alors satisfaire est « à bon droit strict et exigeant » (*Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, p. 1417). Dans l'arrêt *Nur* rendu l'an dernier, la Cour confirme l'application de ces paramètres reconnus depuis longtemps.

[61] Nous souscrivons à l'exposé des faits et des décisions des juridictions inférieures qui figure dans les motifs de la Juge en chef. Nous acceptons également l'analyse de notre collègue concernant la compétence d'un juge d'une cour provinciale et l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Enfin, pour les motifs invoqués par la Juge en chef, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi de l'appelant en ce qui concerne la peine infligée et de ramener celle-ci de 18 à 12 mois d'emprisonnement, de manière à rétablir la peine imposée par le juge de la cour provinciale.

[62] We respectfully disagree, however, with the Chief Justice's analysis of s. 12 of the *Charter*. Applying the "stringent and demanding" s. 12 test to this appeal, we cannot conclude that the challenged one-year mandatory minimum infringes s. 12. The Court has struck down mandatory minimums under s. 12 only in very rare cases. Indeed, it has done so only *twice* in the decades since the *Charter*'s enactment. This is simply not one of those rare cases. The impugned provision would not result in grossly disproportionate sentences for any of the hypothetical offenders used by the Chief Justice to justify her finding that s. 12 is infringed. In our view, if the well-established s. 12 jurisprudence is applied, the challenged one-year mandatory minimum is constitutional.

II. Analysis

A. *The Court Has Very Rarely Invalidated Mandatory Minimum Sentences*

[63] The Court has upheld the constitutionality of mandatory minimum sentences in almost every case where it has considered the issue. It has rarely found mandatory minimum sentences to be unconstitutional, given the extremely high threshold that must be met before a s. 12 infringement will be found. This approach acknowledges Parliament's legitimate role in the sentencing process, while ensuring that no Canadian is subjected to cruel and unusual punishment.

[64] For instance, in *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, the Court upheld the mandatory minimum sentence for first degree murder of life imprisonment with no eligibility for parole for 25 years. *Luxton* involved a murder that occurred in the course of a forcible confinement. Pursuant to then s. 214(5)(*e*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 231(5)(e)), this murder was deemed to be first

[62] Toutefois, nous nous dissocions respectueusement de l'analyse de la Juge en chef concernant l'application de l'art. 12 de la *Charte*. Si on retient en l'espèce le critère « strict et exigeant » que commande l'art. 12, nous ne pouvons conclure que la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que conteste l'appelant porte atteinte au droit garanti à l'art. 12. La Cour n'invalide que très rarement une peine minimale obligatoire sur le fondement de l'art. 12. Cela n'est arrivé en fait que *deux fois* au cours des décennies qui ont suivi l'entrée en vigueur de la *Charte*. La présente espèce n'est tout simplement pas de celles qui justifient une mesure aussi exceptionnelle. La disposition attaquée n'a pas pour effet d'infliger une peine exagérément disproportionnée dans l'une ou l'autre des situations hypothétiques retenues par la Juge en chef pour étayer sa conclusion selon laquelle il y a atteinte au droit garanti par l'art. 12. À notre avis, en raison de la jurisprudence bien établie relative à l'art. 12, la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement attaquée en l'espèce est constitutionnelle.

II. Analyse

A. *La Cour invalide très rarement une peine minimale obligatoire*

[63] La Cour a confirmé la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire contestée devant elle dans presque tous les cas dont elle a été saisie. Elle a rarement conclu à l'inconstitutionnalité d'une peine minimale obligatoire au regard de l'art. 12 étant donné le seuil extrêmement élevé qu'il faut franchir pour parvenir à pareille conclusion. Cette approche reconnaît le rôle légitime du législateur dans le processus de détermination de la peine tout en faisant en sorte qu'aucun Canadien ne se voie infliger une peine cruelle et inusitée.

[64] À titre d'exemple, dans *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, la Cour confirme la peine minimale obligatoire prévue pour le crime de meurtre au premier degré, soit l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. Dans cette affaire, le meurtre a eu lieu pendant une séquestration. Suivant le libellé de l'al. 214(5)*e*) du *Code criminel* d'alors, S.R.C. 1970, c. C-34 (disposition

degree murder even though it was not "planned and deliberate". The Court nevertheless found that the mandatory minimum sentence for first degree murder did not infringe s. 12 in these circumstances.

[65] In *Goltz*, the Court upheld a mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment and a $300 fine for the offence of driving while prohibited. An offender had to have a poor driving record resulting in a driving prohibition, and drive in knowing breach of the prohibition, in order to be convicted under this section. Justice Gonthier, writing for the majority, stated that the offence of driving while prohibited was "grave" because "[i]t may involve a risk to the lives and limbs of innocent users of the province's roads, by persons designated bad drivers by a fair and cautious identification system, who knowingly step outside the law" (p. 511). A sentence of seven days' imprisonment for this offence did not constitute cruel and unusual punishment.

[66] In *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, a four-year mandatory minimum sentence for the offence of criminal negligence causing death with a firearm was found not to infringe s. 12. The offence captured conduct that was "wanton or reckless, and deserving of criminal liability" (para. 36), regardless of whether the offender had the subjective intention to break the law.

[67] In *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, the Court held that the mandatory minimum sentence for second degree murder of life imprisonment with no eligibility for parole for 10 years did not infringe s. 12. It stated that the *mens rea* required for second degree murder — subjective foresight of death — is the "most serious level of moral blameworthiness" (para. 82), regardless of the offender's subjective motives for committing the offence. A mandatory minimum sentence of life imprisonment is not cruel and unusual punishment where "the gravest possible consequences resulted from an act

aujourd'hui remplacée par l'al. 231(5)e)), il y avait présomption de meurtre au premier degré malgré l'absence de « préméditation ». La Cour estime néanmoins dans les circonstances que la peine minimale obligatoire pour meurtre au premier degré ne contrevient pas à l'art. 12.

[65] Dans l'arrêt *Goltz*, la Cour confirme une peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement et de 300 $ d'amende prévue pour l'infraction de conduite sous le coup d'une interdiction. Pour qu'il soit déclaré coupable de l'infraction, le délinquant devait avoir eu un piètre dossier de conduite qui avait mené à l'interdiction et avoir pris le volant en se sachant sous le coup d'une interdiction. Au nom des juges majoritaires, le juge Gonthier dit que l'infraction de conduite sous le coup d'une interdiction est « grave » parce qu'« [e]lle peut mettre en danger même la vie d'innocents usagers des routes de la province du fait que des personnes désignées mauvais conducteurs dans le cadre d'un système juste et prudent d'identification désobéissent sciemment à la loi » (p. 511). Sept jours d'emprisonnement pour avoir commis cette infraction ne sauraient constituer une peine cruelle et inusitée.

[66] Dans *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, la Cour statue qu'un emprisonnement minimal de quatre ans pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu n'est pas contraire à l'art. 12. L'infraction s'entend d'un acte « ayant un caractère déréglé ou téméraire justifiant que [l]a responsabilité criminelle soit engagée » (par. 36), que l'accusé ait eu ou non l'intention subjective de désobéir à la loi.

[67] Dans *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3, la Cour opine que la peine minimale obligatoire prévue pour le meurtre au deuxième degré, à savoir l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans, ne contrevient pas à l'art. 12. Elle affirme que la *mens rea* requise pour le meurtre au deuxième degré — la prévision subjective de la mort — correspond au « plus sérieux niveau de culpabilité morale » (par. 82), peu importe le mobile qu'ait pu avoir le délinquant. La peine minimale obligatoire — l'emprisonnement à perpétuité — n'est ni cruelle ni inusitée lorsque « les

of the most serious and morally blameworthy intentionality" (para. 84).

[68] Finally, in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, the Court upheld a four-year mandatory minimum sentence for manslaughter with a firearm.

[69] In comparison, there have been only two instances since the advent of the *Charter* where the Court has found that a mandatory minimum sentence infringes s. 12: *Smith* and *Nur*.

[70] In *Smith*, at issue was a seven-year mandatory minimum for importing narcotics into Canada. The minimum applied regardless of the seriousness or quantity of the imported drugs, or whether the drugs were intended for personal use: pp. 1077-78. Justice Lamer held that the minimum infringed s. 12 because of the "wide net" it cast: p. 1077. He relied on the hypothetical case of a young person who drove back into Canada from a winter break in the U.S. with his or her first "joint of grass" (p. 1053).

[71] In *Nur*, the Court considered the three-year mandatory minimum for an offender's first conviction for possessing prohibited or restricted firearms when the firearm is loaded or kept with readily accessible ammunition. The minimum was five years for a second or subsequent conviction. Again, in striking down the minimums, the Court emphasized their breadth. These minimums applied even in the case of a "licensing" type offence, when a "licensed and responsible gun owner who stores his unloaded firearm safely with ammunition nearby . . . makes a mistake as to where it can be stored" (para. 82). The minimums were grossly disproportionate in the licensing scenario because of the "minimal blameworthiness of the offender . . . and the absence of any harm or real risk of harm flowing from the conduct" (para. 83). In its s. 1 *Charter* analysis, the Court suggested that a constitutionally compliant alternative would keep "a close correspondence

plus graves conséquences possible ont découlé d'un acte dont l'intentionnalité est la plus grave et la plus moralement coupable » (par. 84).

[68] Enfin, dans *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, la Cour reconnaît la validité d'un emprisonnement minimal de quatre ans pour homicide involontaire coupable avec usage d'une arme à feu.

[69] À l'opposé, depuis l'avènement de la *Charte*, on ne recense que deux arrêts — *Smith* et *Nur* — dans lesquels la Cour conclut qu'une peine minimale obligatoire contrevient à l'art. 12.

[70] Dans *Smith*, le litige porte sur l'emprisonnement minimal de sept ans prévu pour l'importation de stupéfiants au Canada. La peine minimale s'applique indépendamment de la quantité et de la nocivité de la drogue importée, ainsi que de son usage projeté, personnel ou non (p. 1077-1078). Le juge Lamer conclut que la peine minimale contrevient à l'art. 12 à cause de sa « portée » (p. 1077). Il se fonde sur la situation hypothétique d'une jeune personne qui, après avoir passé son congé de mi-session aux États-Unis, rentre au pays en ayant en sa possession son premier « joint de mari » (p. 1053).

[71] Dans *Nur*, la Cour examine la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement infligée à l'auteur d'une première infraction de possession d'arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargées ou avec des munitions facilement accessibles. L'emprisonnement minimal est de cinq ans en cas de récidive. Là encore, la Cour invalide les peines minimales en soulignant leur portée. Les peines minimales valent même pour l'auteur d'une infraction de type « réglementaire », soit pour « le propriétaire responsable d'une arme, titulaire d'un permis, qui entrepose son arme à feu non chargée de façon sécuritaire avec des munitions à proximité, mais qui se méprend sur le lieu d'entreposage autorisé » (par. 82). Les peines minimales sont jugées exagérément disproportionnées dans le cas hypothétique d'une infraction de type réglementaire étant donné la « faible culpabilité morale du délinquant [. . .] et l'absence de préjudice ou de risque

between conduct attracting significant moral blameworthiness — such as those engaged in criminal activity or conduct that poses a danger to others — and the mandatory minimum" (para. 117).

B. *This Case Is Not One of These Rare Cases*

[72] The impugned one-year mandatory minimum in s. 5(3)(a)(i)(D) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("*CDSA*"), was enacted in 2012 as part of the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1: see s. 39(1). It provides as follows:

5 (1) No person shall traffic in a substance included in Schedule I, II, III or IV or in any substance represented or held out by that person to be such a substance.

(2) No person shall, for the purpose of trafficking, possess a substance included in Schedule I, II, III or IV.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2)

(a) subject to paragraph (a.1), if the subject matter of the offence is a substance included in Schedule I or II, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life, and

(i) to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year if

. . .

(D) the person was convicted of a designated substance offence, or had served a term of imprisonment for a designated substance offence, within the previous 10 years, or

. . .

réel qu'un préjudice découle du comportement » (par. 83). Dans son analyse au regard de l'article premier de la *Charte*, la Cour laisse entendre qu'une solution de rechange conforme à la *Charte* serait de veiller à ce qu'« il existe un rapport étroit entre le comportement auquel est associée une grande culpabilité morale — p. ex. le comportement ou l'acte criminel qui présente un danger pour autrui — et la peine minimale obligatoire » (par. 117).

B. *La présente espèce ne saurait s'ajouter aux rares cas recensés*

[72] La disposition prévoyant l'emprisonnement minimal obligatoire d'un an attaquée en l'espèce — la div. 5(3)a)(i)(D) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« *LRCDAS* ») — a été adoptée en 2012 dans le cadre de la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1 (voir le par. 39(1)). Voici son libellé :

5 (1) Il est interdit de faire le trafic de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV ou de toute substance présentée ou tenue pour telle par le trafiquant.

(2) Il est interdit d'avoir en sa possession, en vue d'en faire le trafic, toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV.

(3) Quiconque contrevient aux paragraphes (1) ou (2) commet :

a) dans le cas de substances inscrites aux annexes I ou II, mais sous réserve de l'alinéa a.1), un acte criminel passible de l'emprisonnement à perpétuité, la durée de l'emprisonnement ne pouvant être inférieure :

(i) à un an, si la personne, selon le cas :

. . .

(D) a, au cours des dix dernières années, été reconnue coupable d'une infraction désignée ou purgé une peine d'emprisonnement relativement à une telle infraction,

. . .

(a.1) if the subject matter of the offence is a substance included in Schedule II in an amount that is not more than the amount set out for that substance in Schedule VII, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than five years less a day;

a.1) dans le cas de substances inscrites à la fois à l'annexe II et à l'annexe VII, et ce, pourvu que la quantité en cause n'excède pas celle mentionnée à cette dernière annexe, un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans moins un jour;

[73] Two conditions must be satisfied for the challenged one-year mandatory minimum to apply.

[73] L'emprisonnement minimal obligatoire d'un an s'applique à deux conditions.

[74] First, the offender must have trafficked, or possessed for the purpose of trafficking, any amount of a Schedule I substance, three kilograms of cannabis resin or marihuana (Schedule II substances), or any amount of the other Schedule II substances (ss. 5(3)(a), 5(3)(a.1) and Schedule VII). Schedule I contains the most serious drugs, such as opium, codeine, heroin, cocaine, fentanyl, and methamphetamine. Therefore, the mandatory minimum applies where the offender traffics or possesses for the purpose of trafficking any amount of the most serious drugs known to our law, or a significant quantity of cannabis, a less serious drug.

[74] Premièrement, le délinquant doit avoir fait le trafic ou avoir été en possession, en vue d'en faire le trafic, de quelque quantité d'une substance inscrite à l'annexe I, de trois kilogrammes de résine de cannabis ou de marihuana (des substances inscrites à l'annexe II) ou de quelque quantité d'une autre substance inscrite à l'annexe II (al. 5(3)a), 5(3)a.1) et annexe VII). L'annexe I énumère les drogues les plus dangereuses, tels l'opium, la codéine, l'héroïne, la cocaïne, le fentanyl et la méthamphétamine. La peine minimale obligatoire vise donc le délinquant reconnu coupable de trafic ou de possession, en vue d'en faire le trafic, de quelque quantité de l'une ou l'autre des drogues les plus dangereuses connues du législateur, ou d'une grande quantité de cannabis, une drogue moins dangereuse.

[75] Second, the offender must have either been convicted of a designated substance offence, or served a term of imprisonment for a designated substance offence, within the previous 10 years. A "designated substance offence" is any offence under Part I of the *CDSA*, except for simple possession: s. 2(1) of the *CDSA*. Thus, the minimum applies if the offender has a prior record for offences such as trafficking, possession for the purpose of trafficking, importing and exporting, or production.

[75] Deuxièmement, le délinquant doit soit avoir été déclaré coupable d'une infraction désignée, soit avoir purgé une peine d'emprisonnement relativement à une telle infraction, au cours des 10 années précédentes. Une « infraction désignée » s'entend de toute infraction prévue par la partie I de la *LRCDAS*, à l'exception de la possession simple (par. 2(1) de la *LRCDAS*). Par conséquent, le délinquant encourt la peine minimale s'il a déjà été reconnu coupable de certaines infractions telles que trafic, possession en vue de faire le trafic, importation, exportation ou production.

[76] We observe that the one-year mandatory minimum sentence in s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* confirmed existing sentencing practice for this offence. As noted by the provincial court judge, 2014 BCPC 8, at para. 45 (CanLII), the impugned mandatory minimum codified the bottom of the sentencing range for trafficking in Schedule I substances by offenders with at least one prior, related conviction.

[76] Nous notons que l'emprisonnement minimal obligatoire d'un an prévu à la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS* confirme l'usage qui valait auparavant pour sanctionner l'auteur d'une telle infraction. Le juge de la cour provinciale (2014 BCPC 8) signale d'ailleurs au par. 45 (CanLII) que la peine minimale obligatoire contestée consacre l'extrémité inférieure de la fourchette de peines applicable jusqu'alors au

Across Canada, offenders who trafficked in small amounts of Schedule I substances with at least one prior, related conviction were routinely sentenced to at least 12 months' imprisonment: see, e.g., *R. v. Tabujara*, 2010 BCSC 1568 (1 year); *R. v. Yonis*, 2011 ABPC 20 (2 years less a day); *R. v. Johnson*, 2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41 (18 months); *R. v. Young*, 2010 NWTSC 18 (13 months); *R. v. Desmond*, 2010 BCPC 127 (20 months); *R. v. Bryan*, 2010 NWTSC 41 (1 year); *R. v. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 5271 (1 year); *R. v. Meunier*, 2011 QCCQ 1588 (18 months); *R. v. Tracey*, 2008 CanLII 68168 (Ont. S.C.J.) (15 months); *R. v. Draskoczi*, 2008 NWTTC 12 (18 months); *R. v. Kotsabasakis*, 2008 NBQB 266, 334 N.B.R. (2d) 396 (15 months); *R. v. Rainville*, 2010 ABCA 288, 490 A.R. 150 (18 months); *R. v. Delorme*, 2010 NWTSC 42 (20 months).

[77] Further, a prior conviction for a related offence has historically and consistently been treated as an aggravating factor in sentencing, justifying an increased sentence within the range of appropriate sentences for the offence and the offender: *R. v. Scheer* (1932), 26 Alta. L.R. 489 (App. Div.), at p. 491; C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at p. 371. The application of the mandatory minimum in s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* is conditional upon the offender having such a prior conviction. Again, Parliament has merely codified an existing sentencing practice.

[78] Parliament also recognized that many people traffic serious drugs in order to support their own addictions. Sections 10(4) and (5) were added to the *CDSA* in 2012 to allow sentencing judges to refrain from imposing the mandatory minimum sentence on offenders who successfully complete drug treatment programs:

trafic d'une substance inscrite à l'annexe I lorsque le délinquant a déjà été reconnu coupable au moins une fois d'une infraction apparentée. Dans l'ensemble du Canada, le délinquant qui s'était livré au trafic d'une petite quantité d'une substance inscrite à l'annexe I et qui avait auparavant été reconnu coupable au moins une fois d'une infraction apparentée était systématiquement condamné à un emprisonnement d'au moins 12 mois (voir p. ex. *R. c. Tabujara*, 2010 BCSC 1568 (1 an); *R. c. Yonis*, 2011 ABPC 20 (2 ans moins un jour); *R. c. Johnson*, 2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41 (18 mois); *R. c. Young*, 2010 NWTSC 18 (13 mois); *R. c. Desmond*, 2010 BCPC 127 (20 mois); *R. c. Bryan*, 2010 NWTSC 41 (1 an); *R. c. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 5271 (1 an); *R. c. Meunier*, 2011 QCCQ 1588 (18 mois); *R. c. Tracey*, 2008 CanLII 68168 (C.S.J. Ont.) (15 mois); *R. c. Draskoczi*, 2008 NWTTC 12 (18 mois); *R. c. Kotsabasakis*, 2008 NBBR 266, 334 R.N.-B. (2e) 396 (15 mois); *R. c. Rainville*, 2010 ABCA 288, 490 A.R. 150 (18 mois); *R. c. Delorme*, 2010 NWTSC 42 (20 mois).

[77] En outre, la commission antérieure d'une infraction apparentée a toujours été considérée comme une circonstance aggravante qui justifiait l'infliction d'une peine sévère parmi celles tenues pour appropriées à l'infraction et au délinquant (*R. c. Scheer* (1932), 26 Alta. L.R. 489 (Div. app.), p. 491; C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8e éd. 2012), p. 371). Pour encourir la peine minimale obligatoire prévue à la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS*, le délinquant doit avoir déjà été reconnu coupable d'une infraction apparentée. Encore là, le législateur ne fait que consacrer un usage existant en matière de détermination de la peine.

[78] Le Parlement reconnaît par ailleurs que bon nombre de personnes qui s'adonnent au trafic de drogues dangereuses le font afin de pouvoir satisfaire leur propre dépendance. Les paragraphes 10(4) et (5) ont été ajoutés à la *LRCDAS* en 2012 dans le but de permettre au tribunal qui détermine la peine de s'abstenir d'infliger la peine minimale obligatoire au délinquant qui termine avec succès un programme de traitement de la toxicomanie :

(4) A court sentencing a person who is convicted of an offence under this Part may delay sentencing to enable the offender

(a) to participate in a drug treatment court program approved by the Attorney General; or

(b) to attend a treatment program under subsection 720(2) of the *Criminal Code*.

(5) If the offender successfully completes a program under subsection (4), the court is not required to impose the minimum punishment for the offence for which the person was convicted.

[79] Thus, it is only offenders who traffic in serious drugs *and* who have a prior related conviction or served a prison term for a drug offence (excluding simple possession) within the past 10 years *and* who do not successfully complete a treatment program between conviction and sentencing that are subject to a mandatory minimum sentence of one year in prison. This is a very narrow and tailored mandatory minimum sentence.

[80] The conduct caught by s. 5(3)(a)(i)(D) bears no resemblance to the harmless "licensing" offence that was found to infringe s. 12 of the *Charter* in *Nur*. In *Nur*, the provision was found to infringe s. 12 because it applied to "truly criminal conduct [that] poses a real and immediate danger to the public" (para. 82, quoting 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, at para. 51, per Doherty J.A.), as well as to an offender with "minimal blameworthiness" (para. 83) who simply makes a mistake about where his firearm may be stored.

[81] Section 5(3)(a)(i)(D) applies only to the offences of trafficking or possession for the purpose of trafficking. An offender may traffic Schedule I or

(4) Le tribunal qui détermine la peine à infliger à une personne reconnue coupable d'une infraction prévue par la présente partie peut reporter la détermination de la peine :

a) afin de permettre à la personne de participer à un programme judiciaire de traitement de la toxicomanie approuvé par le procureur général;

b) afin de permettre à la personne de participer à un programme conformément au paragraphe 720(2) du *Code criminel*.

(5) Le tribunal n'est pas tenu d'infliger une peine minimale d'emprisonnement à la personne qui termine avec succès un programme visé au paragraphe (4).

[79] Dès lors, seul le délinquant qui fait le trafic de drogues dangereuses *et* qui a déjà commis une infraction apparentée ou purgé une peine d'emprisonnement relativement à une infraction liée à la drogue (à l'exception de la simple possession) au cours des 10 années précédentes *et* qui ne termine pas avec succès un programme de traitement entre sa déclaration de culpabilité et la détermination de sa peine encourt la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement. Il s'agit d'une peine minimale obligatoire dont la portée est très étroitement circonscrite.

[80] Le comportement qui tombe sous le coup de la div. 5(3)a)(i)(D) ne s'apparente en rien à celui, inoffensif, qui correspond à l'infraction de type « réglementaire » sur laquelle la Cour s'appuie dans *Nur* pour conclure à une violation de l'art. 12 de la *Charte*. Dans cette décision, la Cour statue que la disposition va à l'encontre de l'art. 12 parce qu'elle s'applique non seulement au « comportement [. . .] véritablement criminel [qui] expose le public à un danger réel et immédiat » (par. 82, citant 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, par. 51, le juge Doherty), mais aussi au délinquant ayant une « faible culpabilité morale » (par. 83) qui se méprend seulement sur le lieu d'entreposage autorisé de son arme à feu.

[81] La division 5(3)a)(i)(D) s'applique uniquement aux infractions de trafic et de possession en vue de faire le trafic. Un délinquant peut se livrer

II drugs in a variety of ways. However, in order to be convicted of trafficking, the offender must intend to traffic the drugs and must know the substance he is trafficking. The act of trafficking will always disseminate the harms and associated miseries caused by illicit drugs to other members of society. Even at the low end of the moral blameworthiness spectrum for this offence, there is nothing resembling the responsible gun owner in *Nur* who mistakenly stores his firearm in the wrong place. All trafficking is serious and involves blameworthy conduct.

[82] Indeed, as the Chief Justice recognizes, Schedule I drugs in particular pose severe health risks to users, including the risk of addiction and overdose. Drug trafficking also leads to serious social harms. For instance, some heavy drug users turn to crime in order to support their drug habits: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 85-88, per Cory J. (dissenting). Drug abuse also imposes "significant if not staggering" societal costs in the form of health care and law enforcement expenses (para. 89). Trafficking in illicit drugs, especially dangerous drugs such as those listed in Schedule I, is a serious crime.

[83] The one-year mandatory minimum at issue in this appeal also stands in stark contrast to the provision that was struck down in *Smith*. The provision in *Smith* imposed a mandatory minimum sentence of seven years for importing any amount of a narcotic, whether the importation was for distribution or mere personal use. There was no exemption clause allowing for a lesser sentence in certain circumstances, and no prior conviction for a related offence was required before it would apply. Cognizant of these shortcomings, Lamer J. in his s. 1 *Charter* analysis suggested several modifications to the minimum that would make it constitutional. He wrote, at pp. 1080-81:

au trafic d'une substance inscrite aux annexes I ou II de multiples façons. Cependant, pour commettre l'infraction, il doit avoir l'intention de faire le trafic de la substance en cause et connaître la nature de la substance dont il fait le trafic. Le trafic fera toujours en sorte que d'autres membres de la société connaissent les dommages et les souffrances causés par les drogues illicites. Même à l'extrémité inférieure du continuum de culpabilité morale correspondant à cette infraction, rien ne s'apparente à la situation, considérée dans *Nur*, du propriétaire d'arme responsable qui entrepose par erreur son arme au mauvais endroit. Tout trafic est grave et comporte un acte moralement répréhensible.

[82] La Juge en chef reconnaît en effet que les drogues inscrites à l'annexe I exposent tout particulièrement leurs usagers à de sérieux problèmes de santé, dont la toxicomanie et la surdose. Le trafic de la drogue engendre aussi de graves problèmes sociaux. En effet, certains grands toxicomanes recourent au crime pour pouvoir satisfaire leur besoin de consommation (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 85-88, le juge Cory (dissident)). De plus, la toxicomanie inflige à la société un coût « important, voire consternant » pour la prestation de soins de santé et l'application de la loi (par. 89). Le trafic de drogues illicites, surtout de drogues dangereuses comme celles inscrites à l'annexe I, constitue un crime grave.

[83] La peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que vise le pourvoi se distingue aussi nettement de celle invalidée dans *Smith*. La disposition alors en cause prévoyait un emprisonnement minimal obligatoire de sept ans pour l'importation de toute quantité d'un stupéfiant, que ce soit pour en faire le trafic ou pour la seule consommation personnelle. Nulle exception ne permettait d'alléger la peine dans certaines circonstances, et nulle déclaration de culpabilité antérieure pour une infraction apparentée n'était requise pour que s'applique la peine minimale obligatoire. Conscient de ces lacunes, le juge Lamer, dans l'analyse à laquelle il se livre au regard de l'article premier de la *Charte*, propose quelques modifications de nature à rendre constitutionnelle la peine minimale. Il écrit ce qui suit aux p. 1080-1081 :

Clearly there is no need to be indiscriminate. We do not need to sentence the small offenders to seven years in prison in order to deter the serious offender. . . . The result sought could be achieved by limiting the imposition of a minimum sentence to the importing of certain quantities, to certain specific narcotics of the schedule, to repeat offenders, or even to a combination of these factors. [Emphasis added.]

Manifestement, il n'est pas nécessaire d'agir sans distinction. Il n'est pas nécessaire de condamner les petits contrevenants à sept ans de prison pour dissuader l'auteur d'une infraction grave. [. . .] Le résultat recherché aurait pu être atteint en limitant l'imposition d'une peine minimale à l'importation de certaines quantités, à certains stupéfiants déterminés de l'annexe, aux récidivistes ou même à une combinaison de ces facteurs. [Nous soulignons.]

[84] Section 5(3)(a)(i)(D) is limited in the manner Lamer J. suggested in *Smith*. It applies only to trafficking offences (not when the drugs are for personal use). It applies only to specific narcotics (Schedule I and II drugs) in specific quantities (of certain Schedule II drugs). And it applies only to certain repeat offenders.

[84] La portée de la div. 5(3)a)(i)(D) est circonscrite de la manière ainsi préconisée par le juge Lamer dans *Smith*. La peine minimale obligatoire ne vaut que pour l'infraction de trafic (elle est inapplicable lorsque la drogue est destinée à l'usage personnel). Seuls sont visés certains stupéfiants (les drogues inscrites aux annexes I et II) et certaines quantités (de certaines drogues inscrites à l'annexe II). Et elle ne peut être infligée qu'à certains récidivistes.

[85] The Chief Justice finds that the challenged one-year mandatory minimum "casts its net over a wide range of potential conduct" (para. 27, citing *Nur*, at para. 82), and suggests that all mandatory minimums for offences that can be committed in many ways, in many different circumstances, and by a wide range of people, are "constitutionally vulnerable because they will almost inevitably catch situations where the prescribed mandatory minimum would require an unconstitutional sentence": para. 3; see also para. 35. We respectfully disagree. If the challenged minimum is compared to those in *Smith* and *Nur*, this mandatory minimum simply does not cover a "wide range" of conduct. It is, rather, carefully tailored to catch only harmful and highly blameworthy conduct.

[85] La Juge en chef estime que la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement contestée en l'espèce « s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels » (par. 27, citant *Nur*, par. 82) et laisse entendre que la disposition qui rend passible d'une peine minimale obligatoire l'auteur d'une infraction qui peut être perpétrée de nombreuses manières et dans de nombreuses circonstances différentes, par une grande variété de personnes, se révèle « vulnérable sur le plan constitutionnel, car elle s'appliquera presque inévitablement dans des situations où le minimum obligatoire équivaudra à une peine inconstitutionnelle » (par. 3; voir également le par. 35). Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas d'accord. Comparée aux peines minimales contestées dans les affaires *Smith* et *Nur*, celle attaquée en l'espèce n'est tout simplement pas applicable à une « vaste gamme » de comportements. La disposition qui la prévoit est en fait soigneusement rédigée pour ne viser que le comportement préjudiciable et hautement répréhensible.

C. *The Reasonable Hypotheticals Considered Do Not Support a Section 12 Infringement*

C. *Les situations hypothétiques raisonnables considérées n'étayent pas la violation de l'art. 12*

[86] The Chief Justice accepts that the one-year mandatory minimum is not grossly disproportionate

[86] La Juge en chef admet que la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement n'est pas

as applied to the appellant, Mr. Lloyd. The only issue is whether it imposes grossly disproportionate punishment in reasonably foreseeable scenarios.

[87] When considering s. 12 *Charter* challenges to mandatory minimums, courts should keep firmly in mind that, by its terms, s. 12 does not prohibit merely excessive or disproportionate punishments. It prohibits only "cruel and unusual treatment or punishment". As a result, the "gross disproportionality" test that has developed under s. 12 is, quite rightly, a difficult standard to meet. To infringe s. 12, the punishment must be "so excessive as to outrage standards of decency": *Smith*, at p. 1072, citing *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688, per Laskin C.J. In other words, Canadians must find the punishment "abhorrent or intolerable": *Morrisey*, at para. 26. A merely disproportionate punishment does not infringe s. 12: *Smith*, at p. 1072; *Nur*, at para. 39. And in crafting mandatory minimums, Parliament is not obliged to perfectly accommodate "the moral nuances of every crime and every offender": *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 345.

[88] With respect, the gross disproportionality standard is not satisfied in either of the hypothetical situations relied on by the Chief Justice. In essence, what she does is consider mitigating circumstances in isolation from the moral blameworthiness of the offence, which the mandatory minimum is intended to address.

(1) The Sharing Scenario

[89] First, the Chief Justice invokes the situation of an "addict who is charged for sharing a small amount of a Schedule I drug with a friend or spouse, and finds herself sentenced to a year in prison because of a single conviction for sharing marihuana in a social occasion nine years before" (para. 32). The

exagérément disproportionnée dans le cas de l'appelant, M. Lloyd. Reste seulement à se demander si la disposition qui la prévoit inflige une peine exagérément disproportionnée dans certaines situations hypothétiques raisonnables.

[87] Le tribunal saisi de la contestation d'une peine minimale sur le fondement de l'art. 12 de la *Charte* doit demeurer bien conscient du fait que, de par son libellé, cette disposition n'interdit pas la peine qui est seulement excessive ou disproportionnée. L'article 12 ne prohibe que les « traitements ou peines cruels et inusités ». C'est pourquoi il est difficile, à juste titre, de satisfaire au critère de la « disproportion exagérée » qui a été établi pour les besoins de son application. Pour qu'elle soit contraire à l'art. 12, la peine infligée doit être « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » (*Smith*, p. 1072, citant *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688, le juge en chef Laskin). Autrement dit, les Canadiens doivent considérer que la peine est « odieuse ou intolérable » (*Morrisey*, par. 26). La peine qui n'est que disproportionnée ne contrevient pas à l'art. 12 (*Smith*, p. 1072; *Nur*, par. 39). Au moment de concevoir une peine minimale obligatoire, le législateur n'a pas à l'adapter parfaitement aux « nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant » (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 345).

[88] Avec égards, le critère de la disproportion exagérée n'est respecté dans aucune des situations hypothétiques invoquées par la Juge en chef. Essentiellement, notre collègue considère les circonstances atténuantes indépendamment du caractère moralement répréhensible de l'infraction auquel le minimum obligatoire est censé s'appliquer.

(1) Le scénario du partage

[89] D'abord, la Juge en chef évoque la situation d'un « toxicomane qui fait l'objet d'une accusation de trafic pour avoir partagé avec un ami ou sa conjointe une petite quantité d'une substance inscrite à l'annexe I et qui écope d'un an de prison parce qu'il a déjà été reconnu coupable de trafic, une seule

provincial court judge invoked a similar hypothetical situation in his analysis (paras. 48-49).

[90] In our respectful view, this hypothetical scenario cannot be relied on in the s. 12 analysis. If the circumstances described in a hypothetical scenario might not result in a conviction for the offence at issue, then the hypothetical is not reasonable and should not be considered: *Goltz*, at pp. 519-20. The analysis must focus on the effect of the sentence once a conviction has properly been secured, rather than the effect of the sentence where the innocence of the accused remains debatable. The jurisprudence suggests that the sharing scenario the provincial court judge described could fall outside the offence of trafficking and instead constitute mere joint possession: *R. v. Gardiner* (1987), 35 C.C.C. (3d) 461 (Ont. C.A.); *R. v. Weiler* (1975), 23 C.C.C. (2d) 556 (Ont. C.A.). Of course, if this hypothetical offender were convicted merely of joint possession, then the challenged mandatory minimum would not apply.

[91] Assuming that sharing can ground a conviction for trafficking, the Chief Justice's hypothetical scenario still strikes us as unfit for consideration under s. 12. In that hypothetical, the offender is convicted of trafficking for sharing drugs not once, but twice — with the prior sharing incident occurring nine years before, and involving only marihuana. Since there appear to be very few reported cases where offenders have been convicted of trafficking for sharing drugs, a scenario involving a *two-time* sharing trafficker with no other conviction strikes us as "far-fetched" or "marginally imaginable", and thus inappropriate for the s. 12 analysis: *Nur*, at para. 54, citing *Goltz*, at p. 506. With respect, it also comes very close to "the most innocent and sympathetic case imaginable": *Nur*, at para. 75.

fois, neuf ans auparavant, après avoir partagé de la marihuana lors d'une réunion sociale » (par. 32). Le juge de la cour provinciale renvoie d'ailleurs à une situation hypothétique semblable dans son analyse (par. 48-49).

[90] Avec égards, ce scénario ne saurait étayer l'analyse que commande l'art. 12. Lorsque la situation envisagée ne peut entraîner une déclaration de culpabilité quant à l'infraction en cause, il ne s'agit pas d'une situation hypothétique raisonnable et il ne faut pas la considérer (*Goltz*, p. 519-520). L'analyse doit s'attacher à l'effet de la peine une fois la culpabilité régulièrement établie, non à l'effet de la peine lorsque la culpabilité ou l'innocence de l'accusé n'est pas déterminée de façon définitive. Il appert de la jurisprudence que le partage envisagé par le juge de la cour provinciale pourrait ne pas constituer un trafic, mais plutôt une simple possession commune (*R. c. Gardiner* (1987), 35 C.C.C. (3d) 461 (C.A. Ont.); *R. c. Weiler* (1975), 23 C.C.C. (2d) 556 (C.A. Ont.)). Évidemment, si ce délinquant hypothétique était seulement déclaré coupable de possession commune, la peine minimale obligatoire contestée ne s'appliquerait pas.

[91] À supposer que le partage puisse fonder une déclaration de culpabilité pour trafic, nous demeurons convaincus que le scénario de la Juge en chef ne saurait être pris en compte au regard de l'art. 12. Dans cette situation hypothétique, le délinquant est reconnu coupable de trafic après avoir partagé de la drogue, de marihuana seulement, non pas une mais deux fois, le premier partage remontant à neuf ans. Comme très peu de décisions semblent avoir été publiées relativement à des affaires où le délinquant a été déclaré coupable de trafic après avoir partagé de la drogue, le scénario d'un délinquant reconnu coupable de trafic *deux fois* par suite d'un partage et qui n'a pas été déclaré coupable d'une autre infraction nous apparaît nettement « invraisemblabl[e] » ou « difficilement imaginabl[e] » et, de ce fait, inapproprié pour les besoins de l'analyse que commande l'art. 12 (*Nur*, par. 54, citant *Goltz*, p. 506). Avec égards, cela revient presque à constituer « un dossier qui, par sa bénignité, inspirerait la plus grande sympathie possible » (*Nur*, par. 75).

[92] That said, even if the Chief Justice's sharing scenario were accepted as a reasonable hypothetical, we are nevertheless of the opinion that the impugned provision would not impose grossly disproportionate punishment. It has been held at least once that those who traffic by sharing are less morally blameworthy than those who traffic for profit. In the somewhat dated case of *R. v. O'Connor*, 1975 CarswellBC 842 (WL Can.), a husband was found guilty of trafficking for transporting cannabis and LSD home for him and his wife to use. He bought the drugs with his wife's knowledge and consent and had prior convictions of an unknown nature. On the peculiar facts of that case, the Court of Appeal reduced the sentence from three years' to three months' imprisonment on the basis of the offender's diminished moral blameworthiness:

> . . . while I have no doubt that the conduct in this case amounted to trafficking . . . when we come to the matter of sentence in this case it should be regarded as a case of possession without any element whatever of a commercial dealing in the drugs . . . . [para. 6]

[93] While the "sharing" trafficker may be somewhat less morally blameworthy than the cold-blooded trafficker of hard drugs for profit, we are not convinced that she is so much less morally blameworthy that a one-year sentence would "outrage standards of decency". Whether the offender traffics by sharing, or to support her own addiction, or purely for profit, she facilitates the distribution of dangerous substances into the community. She may provide drugs to people who would not otherwise have had access to them. The harm to the community — in the form of overdose, addiction, and the crime that sometimes comes with supporting addiction — remains the same regardless of the offender's motives.

[92] Cela dit, à supposer que le partage envisagé par la Juge en chef constitue une situation hypothétique raisonnable, nous demeurons d'avis que la disposition attaquée n'inflige pas une peine exagérément disproportionnée. On recense au moins une décision dans laquelle le tribunal statue que la culpabilité morale de la personne qui se livre au trafic de la drogue en la partageant est moindre que celle de la personne qui se livre au trafic de la drogue pour réaliser un profit. Dans une affaire quelque peu ancienne — *R. c. O'Connor*, 1975 CarswellBC 842 (WL Can.) —, un mari a été déclaré coupable de trafic parce qu'il avait apporté à la maison du cannabis et du LSD destinés à sa consommation et à celle de son épouse, laquelle avait été informée de l'achat et y avait consenti. Le mari avait déjà été reconnu coupable d'infractions de nature non précisée. Au vu des faits particuliers du dossier, la Cour d'appel a ramené la peine de trois ans à trois mois d'emprisonnement en invoquant la faible culpabilité morale du délinquant :

> [TRADUCTION] . . . je ne doute certes pas qu'il y a bel et bien eu trafic [. . .], mais lorsqu'il s'agit de déterminer la peine, il faut voir dans les faits de l'espèce une possession totalement exempte de quelque attribut du commerce de la drogue . . . [par. 6]

[93] Bien que le trafiquant « partageur » puisse être en quelque sorte moins moralement coupable que le trafiquant insensible qui se livre au commerce de drogues dures pour le profit, nous ne sommes pas convaincus que son degré de culpabilité morale soit si inférieur qu'une peine d'emprisonnement d'un an soit « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine ». Qu'il s'adonne au trafic de la drogue en la partageant, pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation ou pour le seul profit, le délinquant facilite la distribution de substances dangereuses au sein de la collectivité. Il est possible qu'il fournisse de la drogue à des gens qui n'y auraient pas accès autrement. Le préjudice causé à la société — surdose, toxicomanie et crimes que commettent parfois les toxicomanes pour se procurer de la drogue — demeure, quelle que soit la motivation du délinquant.

[94] Furthermore, the sharing trafficker in this scenario has a prior drug-related conviction. She was clearly on notice that trafficking in illicit substances is a serious offence, and yet she chose to traffic again anyway. The blameworthiness of a repeat offender must be higher than that of a first-time offender.

[95] Given the seriousness of the offence of drug trafficking and the deference owed to Parliament in setting mandatory minimum policies, we cannot agree that this well-tailored one-year mandatory minimum imposes grossly disproportionate punishment in this scenario.

(2) The Rehabilitation Scenario

[96] The Chief Justice also proposes the scenario of a drug addict with a prior trafficking conviction who is convicted of a second trafficking offence. He traffics to support his addiction. Between conviction for the second offence and sentencing, he is rehabilitated and overcomes his addiction. He seeks a short sentence from the judge so that he can resume a healthy life. The sentencing judge is required to impose a one-year minimum sentence.

[97] We are not convinced that the application of the mandatory minimum in this scenario is a grossly disproportionate punishment, for two reasons. First, the mandatory minimum may not even apply. Second, even if the minimum does apply, the scenario is remarkably similar to the circumstances of Mr. Lloyd himself, for whom the Chief Justice agrees that this one-year sentence is not cruel and unusual.

[98] First, the exemption clause in ss. 10(4) and (5) of the *CDSA* states that the mandatory minimum sentence does not apply where the offender attends

[94] Qui plus est, dans le scénario considéré, le trafiquant partageur a déjà commis des infractions liées à la drogue. Il savait sans l'ombre d'un doute que le trafic d'une substance illicite constitue une infraction grave, mais il a quand même décidé de s'y livrer une fois de plus. La culpabilité morale imputée au récidiviste doit être plus grande que celle imputée à l'auteur d'une première infraction.

[95] Vu la gravité de l'infraction de trafic de drogue et la déférence qui s'impose vis-à-vis du législateur et de ses politiques générales en matière de peines minimales obligatoires, nous ne pouvons convenir que, dans cette situation hypothétique, la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement et dont la portée est bien circonscrite inflige une peine exagérément disproportionnée.

(2) Le scénario de la réadaptation

[96] La Juge en chef invoque en outre le scénario du toxicomane qui a été reconnu coupable de trafic dans le passé et qui l'est une fois de plus. Le délinquant se livre au trafic de la drogue pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation. Entre sa déclaration de culpabilité pour la seconde infraction et la détermination de sa peine, il suit un programme de réadaptation et surmonte sa dépendance. Il demande au tribunal de le condamner à un emprisonnement d'une durée inférieure afin qu'il puisse à nouveau mener une vie saine, mais le tribunal est tenu de lui infliger le minimum obligatoire.

[97] Nous ne sommes pas persuadés que, dans un tel cas, la peine minimale obligatoire constitue une peine exagérément disproportionnée, et ce, pour deux raisons. D'abord, le minimum obligatoire pourrait ne pas même s'appliquer. Ensuite, à supposer qu'il s'applique, la situation du délinquant hypothétique s'apparente beaucoup à celle de M. Lloyd en l'espèce, une situation pour laquelle la Juge en chef estime qu'un emprisonnement d'un an n'est ni cruel ni inusité.

[98] Premièrement, l'exception que prévoient les par. 10(4) et (5) de la *LRCDAS* fait en sorte que la peine minimale obligatoire ne s'applique pas lorsque

and successfully completes an approved treatment program between conviction and sentencing. If the offender in this reasonable hypothetical did indeed go to "a rehabilitation centre and conque[r] his addiction" (Chief Justice's reasons, at para. 33) between conviction and sentencing, s. 10(5) of the *CDSA* could apply and the sentencing judge would not be required to impose the mandatory minimum sentence at all.

[99] Second, even if the minimum applies, it does not impose grossly disproportionate punishment. In this scenario, the offender has a prior conviction for a related offence, but was trafficking in order to support his own addiction, and is on the path to a healthy and productive life. Similarly, Mr. Lloyd has prior convictions for drug trafficking, but he testified at sentencing that he trafficked only to support his own addictions. Between conviction and sentencing, he contacted rehabilitation facilities and took the addictions programming that was available to him. He came to court at sentencing and asked for a short sentence of three to four months. The Chief Justice's second hypothetical offender would be subject to the same sentencing range as Mr. Lloyd in British Columbia, a range which the courts below both agreed was 12 to 18 months. Indeed, both are "low level dealers with prior relevant convictions, trafficking to support their own addictions", as put by the provincial court judge in establishing the applicable range (para. 28).

[100] The Chief Justice agrees that a one-year sentence is fit for Mr. Lloyd. If this is accepted, then we question how it can be possible for a one-year sentence to be grossly disproportionate for a reasonable hypothetical offender who is almost identically

le délinquant termine avec succès un programme de traitement agréé entre le moment où il est reconnu coupable et celui où il sera condamné à une peine. Si, dans cette situation hypothétique raisonnable, le délinquant se rend dans « un centre de désintoxication et parvient à vaincre sa dépendance » (motifs de la Juge en chef, par. 33) après avoir été reconnu coupable mais avant d'avoir été condamné à une peine, le par. 10(5) de la *LRCDAS* pourrait s'appliquer et le tribunal ne serait aucunement tenu d'infliger la peine minimale obligatoire.

[99] Deuxièmement, même si la peine minimale s'applique, elle n'équivaut pas à une peine exagérément disproportionnée. Suivant ce scénario, le délinquant a déjà commis une infraction liée à la drogue, mais il s'est livré au trafic pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation et il est en voie de mener une vie saine et productive. M. Lloyd a lui aussi déjà commis des infractions liées à la drogue, mais lors de la détermination de sa peine, il a dit ne s'être livré au trafic que pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation. Entre le moment où il a été reconnu coupable et celui où il devait être condamné à une peine, il a communiqué avec un centre de désintoxication et s'est inscrit aux programmes qui s'offraient à lui. Il s'est présenté à l'audience de détermination de la peine et a demandé qu'on le condamne seulement à trois ou quatre mois d'emprisonnement. Suivant le deuxième scénario de la Juge en chef, le délinquant est assujetti à la même fourchette de peines que M. Lloyd en Colombie-Britannique, soit une fourchette de peines dont les deux juridictions inférieures conviennent qu'elle est comprise entre 12 et 18 mois. Comme l'a dit le juge de la cour provinciale lorsqu'il a déterminé la fourchette applicable, les deux délinquants sont en effet [TRADUCTION] « de petits trafiquants qui possèdent un casier judiciaire et qui se livrent au trafic pour pouvoir satisfaire leur propre besoin de consommation » (par. 28).

[100] Puisque la Juge en chef reconnaît qu'un emprisonnement d'un an est approprié dans le cas de M. Lloyd, comment alors cette peine pourrait-elle se révéler exagérément disproportionnée dans une situation hypothétique raisonnable presque identique

situated to Mr. Lloyd himself. More generally, if a challenged mandatory minimum corresponds to the lower end of the sentencing range applicable to the hypothetical offender relied on, as it does here, we wonder if that minimum can ever be found to be grossly disproportionate on the basis of such a hypothetical.

(3) Other Hypothetical Scenarios

[101] Like the Chief Justice, we do not propose to discuss in detail the various hypothetical scenarios raised by the interveners. Many of the interveners suggested hypothetical scenarios, sometimes based on reported cases, which included offenders with various personal characteristics. For instance, the African Canadian Legal Clinic suggested a scenario that emphasizes the circumstances of African Canadians. Pivot Legal Society and the Union of British Columbia Indian Chiefs suggested scenarios involving Aboriginal offenders and addicted offenders. The West Coast Women's Legal Education and Action Fund suggested hypotheticals that focus on the experiences of female offenders.

[102] The interveners' hypothetical scenarios do not convince us that the challenged one-year mandatory minimum imposes grossly disproportionate punishment. In conducting the reasonable hypothetical analysis under s. 12, courts must inevitably consider the personal circumstances of hypothetical offenders, provided of course that courts do not artificially concoct "the most innocent and sympathetic case imaginable": *Nur*, at para. 75. But the personal circumstances of hypothetical offenders must not be allowed to overwhelm the analysis. When considering reasonable hypotheticals, courts must also not lose sight of the seriousness of the conduct that the mandatory minimum proscribes. It must be recalled that the conduct captured by this one-year mandatory minimum — trafficking or possessing for the purpose of trafficking Schedule I or II substances, with a related prior conviction — remains serious, harmful and morally blameworthy.

à la situation de M. Lloyd? D'un point de vue plus général, si comme c'est le cas en l'espèce, le minimum obligatoire contesté correspond à l'extrémité inférieure de la fourchette de peines applicable au délinquant hypothétique, nous voyons mal comment ce minimum peut être qualifié d'exagérément disproportionné suivant un tel scénario.

(3) Autres scénarios

[101] À l'instar de la Juge en chef, nous nous abstenons d'examiner le détail des différentes situations hypothétiques avancées par les intervenants. Nombre d'entre eux formulent, parfois à partir de décisions publiées, des hypothèses où les délinquants ont diverses caractéristiques personnelles. À titre d'exemple, la Clinique juridique africaine canadienne avance un scénario qui met en évidence la situation des Canadiens de race noire. Les organismes Pivot Legal Society et Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique conjecturent sur le sort des délinquants autochtones et des délinquants toxicomanes. Quant au West Coast Women's Legal Education and Action Fund, ses hypothèses s'attachent aux situations vécues par les délinquantes.

[102] Les scénarios des intervenants ne nous convainquent pas du caractère exagérément disproportionné de l'emprisonnement minimal d'un an contesté en l'espèce. Lorsqu'il est appelé à examiner des situations hypothétiques raisonnables au regard de l'art. 12, le tribunal doit forcément tenir compte de la situation personnelle des délinquants hypothétiques, à condition bien sûr de ne pas concocter « un dossier qui, par sa bénignité, inspirerait la plus grande sympathie possible » (*Nur*, par. 75). Toutefois, la situation personnelle des délinquants hypothétiques ne doit pas prendre toute la place. Le tribunal qui examine des situations hypothétiques raisonnables ne doit pas non plus perdre de vue la gravité du comportement auquel s'applique la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement. Il faut se rappeler que, en l'espèce, les actes réprimés — trafic ou possession en vue du trafic d'une substance inscrite aux annexes I ou II, et perpétration antérieure d'une infraction apparentée — demeurent graves, préjudiciables et moralement répréhensibles.

[103] Moreover, mandatory minimum sentences need not "simultaneously pursue all of the traditional sentencing principles" in order to pass constitutional muster: *Morrisey*, at para. 46 (emphasis deleted). Parliament may, within constitutional limits, set a minimum sentence that prioritizes general deterrence, denunciation and retribution over other sentencing objectives like rehabilitation. Similarly, we would add, it is open to Parliament to set a statutory minimum that prioritizes deterrence, denunciation and retribution over other statutory sentencing considerations, such as, to take just one example, the sentencing judge's duty to consider "all available sanctions, other than imprisonment, that are reasonable in the circumstances . . . with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders": *Criminal Code*, s. 718.2(e); *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 85; *Nasogaluak*, at para. 45.

[104] Parliament must simply refrain from setting minimums that are "so excessive as to outrage standards of decency": *Smith*, at p. 1072 (emphasis added). We are not convinced that a one-year term of imprisonment for the serious conduct caught by the challenged minimum crosses this high constitutional threshold. Accordingly, we conclude that the challenged one-year mandatory minimum does not infringe s. 12 of the *Charter*.

D. *Mandatory Minimums Are Not Per Se Unconstitutional*

[105] That said, some further comments about the potential implications of the Chief Justice's reasons are, in our view, warranted.

[106] The Chief Justice suggests that mandatory minimums for offences that can be committed in many ways, in many different circumstances, and by a wide range of people, are "constitutionally vulnerable because they will almost inevitably catch situations where the prescribed mandatory minimum would require an unconstitutional sentence": para. 3;

[103] Par ailleurs, une peine minimale obligatoire n'a pas à « vise[r] à la fois tous les objectifs traditionnels de détermination de la peine » pour satisfaire aux exigences de la Constitution (*Morrisey*, par. 46 (soulignement omis)). Le législateur peut, à l'intérieur des limites établies par la Constitution, fixer une peine minimale qui accorde plus d'importance à la dissuasion générale, à la dénonciation et au châtiment qu'aux autres objectifs de détermination de la peine, telle la réadaptation. Qui plus est, il est loisible au législateur de fixer une peine minimale qui accorde plus d'importance à la dissuasion, à la dénonciation et au châtiment qu'aux autres considérations législatives propres à la détermination de la peine, notamment, pour ne donner qu'un exemple, l'obligation du tribunal d'examiner, « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances » (*Code criminel*, al. 718.2e); *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 85; *Nasogaluak*, par. 45).

[104] Le législateur doit seulement se garder de fixer une peine minimale qui est « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » (*Smith*, p. 1072 (nous soulignons)). Nous ne sommes pas convaincus que l'emprisonnement d'un an prévu pour les actes graves que vise la disposition contestée franchit ce seuil constitutionnel élevé. Nous arrivons donc à la conclusion que l'emprisonnement minimal obligatoire d'un an attaqué en l'espèce ne contrevient pas à l'art. 12 de la *Charte*.

D. *Les peines minimales obligatoires ne sont pas inconstitutionnelles en soi*

[105] Cela dit, certaines remarques supplémentaires s'imposent selon nous au sujet des répercussions possibles de l'approche de la Juge en chef.

[106] La Juge en chef laisse entendre que la disposition qui rend passible d'une peine minimale obligatoire l'auteur d'une infraction qui peut être perpétrée de nombreuses manières et dans de nombreuses circonstances différentes, par une grande variété de personnes, se révèle « vulnérable sur le plan constitutionnel, car elle s'appliquera presque inévitablement

see also para. 35. This statement, however, is in tension with the Court's s. 12 jurisprudence. In the past, the Court has upheld mandatory minimums that cover a wide range of potential conduct, including in *Morrisey*, *Luxton* and *Latimer*, for offences such as criminal negligence causing death with a firearm and murder. Criminal negligence homicides "can be committed in an almost infinite variety of ways": *Morrisey*, at para. 31. And "[t]he culpability of murderers must vary as much as, and perhaps more than, the culpability of those accused of any other crime": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 53-10. The Chief Justice's reasons would represent, in our respectful view, a departure from the Court's jurisprudence, which has consistently maintained that mandatory minimums are not *per se* unconstitutional: *Smith*, at p. 1077.

dans des situations où le minimum obligatoire équivaudra à une peine inconstitutionnelle » (par. 3; voir également le par. 35). Cette affirmation entre cependant en conflit avec la jurisprudence de la Cour relative à l'art. 12. Par le passé, la Cour a confirmé des peines minimales qui s'appliquaient à une vaste gamme de comportements potentiels, notamment dans les arrêts *Morrisey*, *Luxton* et *Latimer*, relativement à des infractions comme la négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu et le meurtre. Or, l'homicide résultant de négligence criminelle « peut être commi[s] d'un nombre presque infini de façons » (*Morrisey*, par. 31). De plus, [TRADUCTION] « [l]a culpabilité varie sans doute autant, sinon plus, d'un meurtrier à l'autre que d'un auteur de tout autre crime à un autre » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 53-10). L'approche préconisée par la Juge en chef revient à notre humble avis à se dissocier de la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle les peines minimales obligatoires ne sont pas inconstitutionnelles en soi (*Smith*, p. 1077).

[107] The Chief Justice's s. 12 analysis also seems to be in tension with her reasoning on s. 7 of the *Charter*. She rejects Mr. Lloyd's argument that "proportionality in sentencing" is a principle of fundamental justice under s. 7 on the basis that there is no "overarching constitutional principle that allows judges to subvert the norms of punishment enacted by Parliament" (para. 43). She also states that Parliament may make "policy choices with respect to the imposition of punishment for criminal activities and the crafting of sentences that it deems appropriate to balance the objectives of deterrence, denunciation, rehabilitation and protection of society" (para. 45). Yet, if few mandatory minimums can survive the scrutiny exemplified in the Chief Justice's reasons on s. 12, then one must question what role is left for Parliament's legitimate policy choices in setting punishment.

[107] Le raisonnement de la Juge en chef concernant l'art. 12 paraît également entrer en conflit avec celui qu'elle tient relativement à l'art. 7 de la *Charte*. Elle rejette la thèse de M. Lloyd selon laquelle la « proportionnalité de la peine » constitue un principe de justice fondamentale pour l'application de l'art. 7 au motif qu'il n'y a pas de « principe constitutionnel prépondérant qui permet au tribunal de faire abstraction des normes de sanction établies par le législateur » (par. 43). Elle ajoute que le législateur « possède le pouvoir de faire des choix de politique générale en ce qui a trait à l'infliction de peines aux auteurs d'actes criminels et d'arrêter les peines qu'il juge appropriées pour tenir compte des objectifs que sont la dissuasion, la dénonciation, la réadaptation et la protection de la société » (par. 45). Or, si un petit nombre seulement de peines minimales obligatoires peuvent résister au contrôle que préconise la Juge en chef au regard de l'art. 12, il faut se demander de quel pouvoir jouit encore le législateur pour l'adoption de politiques générales légitimes en matière de peines.

[108] We should not, however, be taken as disagreeing with the suggestion that Parliament may wish to consider providing judges some discretion to

[108] Nous ne sommes toutefois pas en désaccord avec l'idée que le législateur puisse vouloir envisager la possibilité de conférer au tribunal un pouvoir

avoid applying mandatory minimums in appropriate cases: Chief Justice's reasons, at para. 36. But we wish to make clear that Parliament is not obliged to create exemptions to mandatory minimums as a matter of constitutional law. Parliament may legislate to limit judges' sentencing discretion. Limiting judicial discretion is one of the key purposes of mandatory minimum sentences, and this purpose may be inconsistent with providing judges a safety valve to avoid the application of the mandatory minimum in some cases. As the Chief Justice observed in *Ferguson*, at para. 55, the purpose of mandatory minimums is

> to remove judicial discretion and to send a clear and unequivocal message to potential offenders that if they commit a certain offence, or commit it in a certain way, they will receive a sentence equal to or exceeding the mandatory minimum specified by Parliament.

[109] Whether Parliament should enact judicial safety valves to mandatory minimum sentences, and if so, what form they should take, are questions of policy that are within the exclusive domain of Parliament. The only limits on Parliament's discretion are provided by the Constitution, and in particular, the *Charter* right not to be subjected to cruel and unusual punishment. Section 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* does not exceed this limit and does not amount to cruel and unusual punishment.

III. Conclusion

[110] Accordingly, in our view, the impugned one-year mandatory minimum does not infringe s. 12 of the *Charter*, and for the reasons given by the Chief Justice, it does not infringe s. 7 either. We agree with the Chief Justice that the sentence appeal should be allowed, and the 12-month sentence imposed by the provincial court judge restored.

discrétionnaire qui lui permettrait de se soustraire à l'obligation d'infliger la peine minimale lorsque les circonstances s'y prêtent (motifs de la Juge en chef, par. 36). Mais nous tenons à préciser que le législateur n'a pas l'obligation constitutionnelle de prévoir une exception à l'application d'une peine minimale obligatoire. Le législateur peut restreindre le pouvoir discrétionnaire du tribunal en matière de détermination de la peine. Restreindre le pouvoir discrétionnaire du tribunal est d'ailleurs l'un des objectifs principaux de l'établissement de peines minimales obligatoires, et cet objectif peut se révéler incompatible avec la création d'un mécanisme qui permettrait au tribunal d'écarter la peine minimale obligatoire dans certains cas. Comme le signale la Juge en chef dans l'arrêt *Ferguson*, par. 55, l'objectif de la peine minimale obligatoire est de

> retirer leur pouvoir discrétionnaire aux juges et faire comprendre de façon claire et non équivoque aux contrevenants éventuels que, s'ils commettent une certaine infraction ou s'ils la commettent d'une certaine manière, ils se verront infliger une peine égale ou supérieure à la peine minimale obligatoire prescrite par le législateur.

[109] La question de savoir si le législateur devrait ou non prévoir un mécanisme permettant d'écarter l'infliction d'une peine minimale obligatoire et, dans l'affirmative, quelle forme ce mécanisme devrait revêtir, relève de la politique générale et du pouvoir exclusif du Parlement. Seuls la Constitution et, plus particulièrement, le droit garanti par la *Charte* d'être protégé contre les peines cruelles et inusitées limitent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. La division 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS* respecte cette limite, et la peine qu'elle prévoit n'équivaut pas à une peine cruelle et inusitée.

III. Conclusion

[110] Nous sommes donc d'avis que l'emprisonnement minimal obligatoire d'un an contesté en l'espèce ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 12 de la *Charte* et, pour les motifs exposés par la Juge en chef, qu'il ne contrevient pas non plus à l'art. 7. Nous convenons avec la Juge en chef qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rétablir la peine de 12 mois infligée par le juge de la cour provinciale.

Appeal allowed, WAGNER, GASCON *and* BROWN JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant: David N. Fai Law Corporation, Vancouver; Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Peck and Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: Faisal Mirza, Mississauga; African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the interveners the Pivot Legal Society and the Union of British Columbia Indian Chiefs: Maia Tsurumi, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.

Solicitor for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, the Prisoners with HIV/AIDS Support Action Network and the Canadian Association of People Who Use Drugs: HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: MN Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Derstine Penman, Toronto.

Solicitors for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund: La Liberté Cronin, Vancouver; West Coast LEAF, Vancouver.

Pourvoi accueilli, les juges WAGNER, GASCON *et* BROWN *sont dissidents en partie.*

Procureurs de l'appelant : David N. Fai Law Corporation, Vancouver; Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Peck and Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne : Faisal Mirza, Mississauga; Clinique juridique africaine canadienne, Toronto.

Procureurs des intervenantes Pivot Legal Society et l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique : Maia Tsurumi, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.

Procureur des intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, le Réseau d'action et de soutien des prisonniers et prisonnières vivant avec le VIH/sida et l'Association canadienne des personnes qui utilisent des drogues : HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : MN Law, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Derstine Penman, Toronto.

Procureurs de l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund : La Liberté Cronin, Vancouver; West Coast LEAF, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Hamidreza Safarzadeh-Markhali
Respondent

and

Attorney General of Canada, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), John Howard Society of Canada, West Coast Prison Justice Society and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Safarzadeh-Markhali

2016 SCC 14

File No.: 36162.

2015: November 4; 2016: April 15.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Credit for pre-sentence custody — Criminal Code denying enhanced credit in certain circumstances — Whether denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail primarily because of prior conviction is overbroad in violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(9.1), 719(3.1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Hamidreza Safarzadeh-Markhali
Intimé

et

Procureur général du Canada, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Société John Howard du Canada, West Coast Prison Justice Society et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Safarzadeh-Markhali

2016 CSC 14

N° du greffe : 36162.

2015 : 4 novembre; 2016 : 15 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Crédit pour détention présentencielle — Exclusion par le Code criminel de la majoration du crédit dans certaines circonstances — L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a-t-elle une portée excessive de manière à contrevenir à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(9.1), 719(3.1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Sentencing courts have historically given enhanced credit for time spent in pre-sentence custody, typically at a rate of two days for every day of detention. The *Truth in Sentencing Act* amended the *Criminal Code* to provide a general expectation of one day of credit for every day spent in pre-sentence custody and, if the circumstances justify it, enhanced credit to a maximum of one and a half days. Pursuant to s. 719(3.1) of the *Code*, enhanced credit is not available if the person was denied bail primarily because of a prior conviction. M was arrested, charged with several offences and consented to his detention. At his bail hearing, the bail judge concluded that s. 515(9.1) required her to make an endorsement that M's detention was warranted primarily because of M's criminal record. The endorsement made M ineligible to receive enhanced credit for pre-sentence custody. The sentencing judge found the restrictions on enhanced credit in s. 719(3.1) of the *Code* unconstitutional. The Ontario Court of Appeal agreed and concluded that the challenged portion of s. 719(3.1) is of no force and effect.

Held: The appeal should be dismissed.

The denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail primarily because of a prior conviction is overbroad because it catches people in ways that have nothing to do with the legislative purpose of s. 719(3.1) of the *Code*, which is to enhance public safety and security. Section 719(3.1) thus violates s. 7 of the *Charter*.

It is clear that s. 719(3.1) limits liberty. Its effect is to require offenders who come within its ambit to serve more time in prison than they would have otherwise. Laws that curtail liberty in a way that is overbroad do not conform to the principles of fundamental justice.

The first step in the overbreadth analysis is to ascertain the purpose of the challenged law. To determine a law's purpose, courts look to statements of purpose in the legislation, if any; the text, context, and scheme of the legislation; and extrinsic evidence such as legislative history and evolution. In presenting the *Truth in Sentencing Act* to Parliament, the Minister of Justice explained that denial of enhanced credit was aimed at promoting public safety and public confidence in the justice system, by imposing longer sentences on violent and repeat offenders and increasing their exposure to rehabilitative programming. Based

Les tribunaux appelés à déterminer la peine ont, par le passé, majoré le crédit accordé pour la durée de la détention présentencielle, habituellement à raison de deux jours contre un. La *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* a modifié le *Code criminel* de sorte qu'un jour de crédit soit généralement alloué pour chaque jour de détention présentencielle et qu'un crédit majoré d'au plus un jour et demi puisse être alloué si les circonstances le justifient. Suivant le par. 719(3.1) du *Code*, un crédit majoré ne peut être accordé à une personne qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure. Arrêté, puis accusé de plusieurs infractions, M a consenti à demeurer sous garde. À l'enquête sur la mise en liberté sous caution, la juge a conclu que le par. 515(9.1) l'obligeait à inscrire au dossier que M demeurait détenu principalement en raison de son casier judiciaire. Cette inscription rendait M inadmissible à un crédit majoré pour détention présentencielle. Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du crédit majoré prévue au par. 719(3.1) du *Code*. La Cour d'appel de l'Ontario s'est rangée à cet avis et a déclaré inopérante la partie contestée du par. 719(3.1).

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a une portée excessive parce qu'elle s'applique selon des modalités qui n'ont rien à voir avec l'objectif législatif qui sous-tend le par. 719(3.1) du *Code*, à savoir l'accroissement de la sûreté et de la sécurité publiques. Ce paragraphe contrevient donc à l'art. 7 de la *Charte*.

Le paragraphe 719(3.1) restreint manifestement la liberté. Il oblige le délinquant qui tombe sous le coup de son libellé à purger une peine d'emprisonnement plus longue que celle qu'il aurait purgée autrement. La règle de droit qui limite la liberté d'une manière excessive ne respecte pas les principes de justice fondamentale.

La première mesure à prendre pour se prononcer sur la portée excessive est de circonscrire l'objectif de la règle de droit contestée. Lorsqu'il s'agit de déterminer l'objectif de la règle de droit, le tribunal considère son énoncé dans le texte de loi, s'il en est, le texte, le contexte et l'économie de la loi, ainsi que des éléments de preuve extrinsèques tels que l'historique du texte de loi et son évolution. Dans sa présentation de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* au Parlement, le ministre de la Justice a expliqué que l'exclusion du crédit majoré visait à promouvoir la sûreté publique et la confiance des citoyens dans le

on the text, context and scheme of the legislation, coupled with the Minister's statements of purpose, the animating social value behind the denial of enhanced credit is enhancing public confidence in the justice system. The legislative purpose of the total denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail because of a prior conviction is to enhance public safety and security by increasing violent and chronic offenders' access to rehabilitation programs. The means for achieving the legislative purpose is the challenged provision itself and the effect of the provision is to impose longer periods of custody on all persons who receive an endorsement under s. 515(9.1) of the *Code*.

It is a principle of fundamental justice that a law that deprives a person of life, liberty, or security of the person must not do so in a way that is overbroad. The law must not go further than reasonably necessary to achieve its legislative goals. The provision in issue captures people it was not intended to capture: offenders who do not pose a threat to public safety or security. Section 515(9.1) does not specify or even broadly identify the offences that warrant an endorsement and limited availability of judicial review means that persons wrongly tagged with an endorsement will be without recourse to have the error remedied.

The infringement of s. 7 of the *Charter* is not justified under s. 1. While the challenged provision is rationally connected to its purpose of enhancing public safety and security, it is neither minimally impairing nor proportionate. Alternative and more reasonable means of achieving its purposes were open to Parliament. The benefit to public safety by increasing access to rehabilitation programs is not trivial but the law's overbreadth means that offenders who have neither committed violent offences nor present a risk to public safety will be unnecessarily deprived of liberty.

The Court of Appeal erred in holding that proportionality in the sentencing process is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. The principles

système de justice par l'infliction de peines d'une durée accrue aux criminels violents et aux récidivistes, ainsi que par l'accroissement de l'accès de ces derniers à des programmes de réadaptation. Étant donné le texte, le contexte et l'économie de la loi, ainsi que les déclarations du ministre sur son objectif, la valeur sociale directrice derrière l'exclusion du crédit majoré est l'accroissement de la confiance du public dans le système de justice. L'objectif législatif de l'exclusion totale du crédit majoré dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution en raison d'une condamnation antérieure est d'accroître la sûreté et la sécurité publiques grâce à un accès accru des délinquants violents et chroniques à des programmes de réadaptation. Le moyen retenu pour atteindre l'objectif législatif correspond à la disposition contestée comme telle, et la disposition a pour effet de prévoir une période de détention d'une durée accrue dans le cas de toute personne dont le dossier de l'instance renferme une inscription conformément au par. 515(9.1) du *Code*.

Il est un principe de justice fondamentale selon lequel la disposition qui porte atteinte au droit d'une personne à la vie, à la liberté ou à la sécurité ne doit pas le faire de manière excessive. Elle doit s'en tenir à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre les objectifs législatifs. La disposition en cause s'applique à des personnes auxquelles elle n'est pas censée s'appliquer, à savoir des délinquants qui ne constituent pas une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Le paragraphe 515(9.1) omet de préciser, voire d'indiquer en gros, quelles infractions justifient une inscription, et l'accès restreint à la révision judiciaire fait en sorte que la personne dont le dossier renferme à tort une inscription est dépourvue de tout recours pour faire corriger l'erreur.

L'atteinte à l'art. 7 de la *Charte* n'est pas justifiée par application de l'article premier. La disposition contestée a un lien rationnel avec son objectif d'accroître la sûreté et la sécurité publiques, mais elle ne porte pas atteinte le moins possible au droit en cause et elle n'est pas proportionnée. Des moyens différents et plus raisonnables s'offraient au législateur pour atteindre ses objectifs. Les effets bénéfiques sur la sûreté publique qui découlent de l'accès accru à des programmes de réadaptation ne sont pas négligeables, mais la portée excessive de la règle de droit fait en sorte qu'un délinquant qui n'a pas commis une infraction de violence et qui ne présente pas non plus un risque pour la sûreté publique se voit inutilement privé de liberté.

La Cour d'appel a eu tort de statuer que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale au sens de

and purposes for determining a fit sentence, enumerated in s. 718 of the *Code* and provisions that follow — including the fundamental principle of proportionality in s. 718.1 — do not have constitutional status. The constitutional dimension of proportionality in sentencing is the prohibition of grossly disproportionate sentences in s. 12 of the *Charter*. The standard imposed by s. 7 with respect to sentencing is the same as it is under s. 12.

Cases Cited

Applied: *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; **referred to:** *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 12.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(9.1), 520(1), 521(1), 524(4), (8), 718, 718.1, 718.2(b), 719(3), (3.1).
Truth in Sentencing Act, S.C. 2009, c. 29.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 144, No. 41, 2nd Sess., 40th Parl., April 20, 2009, pp. 2417-18 and 2432.
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., May 6, 2009, pp. 11-12 and 15.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Watt and Strathy JJ.A.), 2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97, 316 C.C.C. (3d) 87, 325 O.A.C. 17, 13 C.R. (7th) 30, 319 C.R.R. (2d) 36, [2014] O.J. No. 4194 (QL), 2014 CarswellOnt 12258 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Block J., 2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32,

l'art. 7 de la *Charte*. Les principes et les objectifs de la détermination d'une peine juste, énoncés aux art. 718 et suivants du *Code*, y compris le principe fondamental de proportionnalité inscrit à l'art. 718.1, ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. La dimension constitutionnelle de la proportionnalité de la peine réside dans le fait que l'art. 12 de la *Charte* interdit l'infliction d'une peine qui serait exagérément disproportionnée. La norme qu'impose l'art. 7 au chapitre de la détermination de la peine est la même que pour l'art. 12.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; **arrêts mentionnés :** *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(9.1), 520(1), 521(1), 524(4), (8), 718, 718.1, 718.2b), 719(3), (3.1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur l'adéquation de la peine et du crime, L.C. 2009, c. 29.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, nº 20, 2e sess., 40e lég., 6 mai 2009, p. 11-12 et 15.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, nº 41, 2e sess., 40e lég., 20 avril 2009, p. 2417-2418 et 2432.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Watt et Strathy), 2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97, 316 C.C.C. (3d) 87, 325 O.A.C. 17, 13 C.R. (7th) 30, 319 C.R.R. (2d) 36, [2014] O.J. No. 4194 (QL), 2014 CarswellOnt 12258 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Block relative à la détermination de la peine,

[2012] O.J. No. 3563 (QL), 2012 CarswellOnt 9292 (WL Can.). Appeal dismissed.

Roger A. Pinnock, for the appellant.

Jill R. Presser, *Andrew Menchynski* and *Timothy J. Lutes*, for the respondent.

Sharlene Telles-Langdon and *Kathryn Hucal*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Nader R. Hasan and *Justin Safayeni*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Ingrid Grant, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Andrew S. Faith and *Jeffrey Haylock*, for the intervener the John Howard Society of Canada.

Greg J. Allen and *Kenneth K. Leung*, for the intervener the West Coast Prison Justice Society.

Jonathan Rudin and *Emily Hill*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] A person charged with a crime is held in custody pending trial unless released on bail. If found guilty at trial, an issue arises: In calculating the sentence, how much credit should the person receive for the time already spent in custody? A credit of one day for every day of pre-sentence custody will almost never put the person on equal footing with offenders released on bail, because the time spent in pre-sentence custody does not count for purposes of parole eligibility, earned remission and statutory release: *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, at para. 26. A one-for-one credit, in other words, results in longer incarceration for offenders detained

2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32, [2012] O.J. No. 3563 (QL), 2012 CarswellOnt 9292 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Roger A. Pinnock, pour l'appelante.

Jill R. Presser, *Andrew Menchynski* et *Timothy J. Lutes*, pour l'intimé.

Sharlene Telles-Langdon et *Kathryn Hucal*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Nader R. Hasan et *Justin Safayeni*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Ingrid Grant, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Andrew S. Faith et *Jeffrey Haylock*, pour l'intervenante la Société John Howard du Canada.

Greg J. Allen et *Kenneth K. Leung*, pour l'intervenante West Coast Prison Justice Society.

Jonathan Rudin et *Emily Hill*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La personne accusée d'un crime est détenue jusqu'à l'issue de son procès, sauf si elle est libérée sous caution. La question suivante se pose lorsqu'elle est déclarée coupable : dans le calcul de sa peine, quel crédit convient-il de lui accorder pour le temps déjà passé sous garde? L'octroi d'un crédit d'un jour pour chaque jour de détention présentencielle ne met presque jamais la personne qui n'est pas libérée sous caution sur un pied d'égalité avec celle qui l'est, car la durée de la détention présentencielle n'est pas prise en compte pour déterminer l'admissibilité à la libération conditionnelle, à la réduction méritée de peine ou à la libération d'office

in pre-sentence custody than for offenders released on bail. On account of this discrepancy and the reality that pre-sentence custody is generally more onerous than post-sentence custody, sentencing courts have historically given "enhanced" credit for time spent in pre-sentence custody.

[2] Parliament revised this regime in 2009. It did not do away with enhanced credit, but it capped that credit at one and a half days for each day of pre-sentence custody. Parliament also — which brings us to the issue in this case — removed a sentencing court's discretion to give any enhanced credit to offenders for pre-sentence custody, if they were denied bail primarily on the basis of their criminal record. The question is whether this law violates the right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[3] For the reasons that follow, I conclude that the provision infringes s. 7 of the *Charter*, and is not justified under s. 1 of the *Charter*.

II. Background

[4] The respondent, Hamidreza Safarzadeh-Markhali, was arrested and charged with several offences in November 2010. Because of the nature of some of the charges against him, Mr. Safarzadeh-Markhali bore the burden of justifying his release on bail. At his bail hearing, he initially sought to show cause for his release, but later made clear that he consented to his detention. Notwithstanding this consent, the bail judge concluded that s. 515(9.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, required her to make an endorsement that Mr. Safarzadeh-Markhali's detention was warranted primarily because of his criminal record. Under s. 719(3.1) of the *Code*, this endorsement made Mr. Safarzadeh-Markhali ineligible to receive enhanced credit for the pre-sentence custody that followed.

(*R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575, par. 26). Autrement dit, le délinquant qui n'obtient qu'un jour de crédit par jour de détention présentencielle passe plus de temps en prison que celui qui est libéré sous caution. Afin de combler cette différence, et parce que la détention antérieure au prononcé de la peine est généralement plus pénible que celle qui lui est postérieure, les tribunaux appelés à déterminer la peine ont de fait « majoré » le crédit accordé pour la durée de la détention présentencielle.

[2] En 2009, le législateur a soumis le régime à une révision. Il n'a pas supprimé la majoration du crédit, mais l'a plafonnée à un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle. En outre, et c'est l'objet du litige en l'espèce, le législateur a retiré au tribunal chargé de la détermination de la peine le pouvoir discrétionnaire qui lui permettait d'accorder un crédit majoré pour détention présentencielle au délinquant qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison de son casier judiciaire. Il s'agit de savoir si la disposition législative en cause porte atteinte au droit à la liberté que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la disposition contrevient à l'art. 7 de la *Charte* et que l'atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

II. Historique

[4] En novembre 2010, l'intimé, Hamidreza Safarzadeh-Markhali, a été arrêté puis accusé de plusieurs infractions. Étant donné la nature de certaines des accusations, il lui appartenait de justifier sa libération sous caution. Lors de l'enquête sur sa mise en liberté sous caution, il a d'abord tenté de justifier son élargissement, mais il a ensuite clairement indiqué qu'il consentait à demeurer sous garde. Malgré ce consentement, la juge qui présidait l'enquête a conclu que le par. 515(9.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, l'obligeait à inscrire au dossier que M. Safarzadeh-Markhali demeurait détenu principalement en raison de son casier judiciaire. Par application du par. 719(3.1) du *Code*, cette inscription rendait M. Safarzadeh-Markhali inadmissible à un crédit majoré pour la détention présentencielle qui a suivi.

[5] The sentencing judge and the Ontario Court of Appeal held that the removal of discretion to award enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) is unconstitutional. The Crown appeals.

[6] Mr. Safarzadeh-Markhali has been deported to Iran. While the appeal is moot as to him, counsel agree that the issue of whether the relevant portion of s. 719(3.1) of the *Criminal Code* is constitutional is of importance throughout Canada, and that we should decide it.

III. The Challenged Legislation

[7] The challenged legislation relates to the practice of granting enhanced credit for pre-sentence custody.

[8] Enhanced credit serves two purposes. First, it ensures that an offender detained in pre-sentence custody — which is not subject to parole and early release provisos — does not spend more time behind bars than an identically situated offender released on bail. Second, it compensates for factors such as overcrowding, inmate turnover, and labour disputes that make pre-sentence custody more onerous than post-sentence custody: *Summers*, at para. 28. For these reasons, sentencing courts have long followed a practice of granting offenders enhanced credit — typically at a rate of two for one, but occasionally higher or lower depending on an offender's particular circumstances — for time in pre-sentence custody.

[9] Parliament sought to change this practice by enacting the *Truth in Sentencing Act*, S.C. 2009, c. 29, which amended the *Criminal Code* to provide (1) a general expectation of one day of credit for every day spent in pre-sentence custody; (2) the possibility of enhanced credit, capped at one and a half days of credit for every day of pre-sentence custody,

[5] Le juge qui a prononcé la peine et la Cour d'appel de l'Ontario ont jugé inconstitutionnelle la suppression au par. 719(3.1) du pouvoir discrétionnaire permettant d'allouer un crédit majoré pour la détention présentencielle. Le ministère public interjette appel.

[6] M. Safarzadeh-Markhali a été expulsé en Iran. Le pourvoi est donc théorique à son égard, mais les avocats conviennent que la question de la constitutionnalité de la partie contestée du par. 719(3.1) du *Code criminel* revêt de l'importance à la grandeur du Canada et que notre Cour devrait la trancher.

III. La disposition législative contestée

[7] La disposition législative contestée touche à la pratique qui consiste à allouer un crédit majoré pour la détention présentencielle.

[8] Le crédit majoré permet d'atteindre deux objectifs. Premièrement, il fait en sorte que le délinquant détenu de manière préventive ne passe pas plus de temps en prison que le délinquant dans la même situation qui est libéré sous caution du fait que la durée de sa détention présentencielle n'est pas prise en compte aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée. Deuxièmement, il compense par exemple la surpopulation, le renouvellement constant des détenus et les conflits de travail qui rendent la détention antérieure au prononcé de la peine plus pénible que celle qui suit ce prononcé (*Summers*, par. 28). Voilà pourquoi les tribunaux chargés de la détermination de la peine recourent depuis longtemps à la pratique qui consiste à allouer au délinquant un crédit majoré — généralement à raison de deux jours contre un, mais parfois suivant un ratio plus ou moins élevé, selon la situation particulière du délinquant — pour la durée de la détention présentencielle.

[9] Désireux de modifier cette pratique, le législateur a édicté la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, L.C. 2009, c. 29, qui modifie le *Code criminel* de sorte (1) qu'un jour de crédit soit généralement alloué pour chaque jour de détention présentencielle, (2) qu'un crédit majoré d'au plus un jour et demi puisse être alloué pour chaque jour de

"if the circumstances justify it"; (3) *a cap of one day (i.e., no enhanced credit) if the offender was denied bail primarily on the basis of a prior conviction as certified under s. 515(9.1)*, or if the offender's bail was revoked under s. 524(4) or (8) of the *Code*.

détention présentencielle, « si les circonstances le justifient » et (3) *que le crédit ne puisse dépasser un jour (ce qui équivaut à supprimer toute majoration) lorsque le délinquant se voit refuser sa mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure selon l'attestation prévue au par. 515(9.1)*, ou que sa mise en liberté est révoquée en application des par. 524(4) ou (8) du *Code*.

[10] These provisions are found in ss. 719(3) and 719(3.1) of the *Criminal Code*:

[10] Les dispositions en cause sont les par. 719(3) et (3.1) du *Code criminel* :

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence but the court shall limit any credit for that time to a maximum of one day for each day spent in custody.

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction; il doit, le cas échéant, restreindre le temps alloué pour cette période à un maximum d'un jour pour chaque jour passé sous garde.

(3.1) Despite subsection (3), if the circumstances justify it, the maximum is one and one-half days for each day spent in custody unless the reason for detaining the person in custody was stated in the record under subsection 515(9.1) or the person was detained in custody under subsection 524(4) or (8).

(3.1) Malgré le paragraphe (3), si les circonstances le justifient, le maximum est d'un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, sauf dans le cas où la personne a été détenue pour le motif inscrit au dossier de l'instance en application du paragraphe 515(9.1) ou au titre de l'ordonnance rendue en application des paragraphes 524(4) ou (8).

This appeal is concerned only with the underlined portion of s. 719(3.1) of the *Criminal Code*.

Le pourvoi ne vise que la partie soulignée de ce dernier paragraphe.

[11] The denial of enhanced credit in s. 719(3.1) relevant here is triggered by an endorsement made by a bail judge under s. 515(9.1) of the *Criminal Code*:

[11] L'exclusion du crédit majoré visée en l'espèce intervient en application du par. 719(3.1) lorsque le dossier de l'instance renferme l'inscription du juge que prévoit le par. 515(9.1) du *Code criminel* :

(9.1) Despite subsection (9), if the justice orders that the accused be detained in custody primarily because of a previous conviction of the accused, the justice shall state that reason, in writing, in the record.

(9.1) Malgré le paragraphe (9), si le juge de paix ordonne la détention sous garde du prévenu en se fondant principalement sur toute condamnation antérieure, il est tenu d'inscrire ce motif au dossier de l'instance.

[12] No one disputes that a s. 515(9.1) endorsement is, in some circumstances, unreviewable. The review provisions of the *Criminal Code*, ss. 520(1) and 521(1), do not refer to endorsements under s. 515(9.1). In oral argument, the Crown took the position that if a reviewing judge vacates an accused's detention order, the endorsement is also necessarily vacated. As a matter of statutory interpretation, it is not obvious that this is so. In any event, the Crown

[12] Nul ne conteste que, dans certaines situations, l'inscription prévue au par. 515(9.1) est insusceptible de révision. Les dispositions du *Code criminel* relatives à la révision — les par. 520(1) et 521(1) — ne font pas mention de cette inscription. Dans sa plaidoirie, le ministère public a soutenu que lorsqu'un juge de révision annule l'ordonnance de détention, l'inscription est elle aussi forcément annulée. Or, selon les règles d'interprétation législative, ce n'est

concedes that a s. 515(9.1) endorsement is unreviewable where the reviewing judge determines that an accused's detention is justified, even if the reviewing judge believes that the bail judge erred in making the endorsement. Nor, it appears, would the sentencing judge have discretion to vacate an endorsement based, for example, on a clerical error, or on a conviction that was later reversed.

pas manifestement le cas. Le ministère public reconnaît de toute manière que l'inscription prévue au par. 515(9.1) est insusceptible de révision lorsque le juge de révision conclut que la détention est justifiée, et ce, même s'il est d'avis que le juge qui a présidé l'enquête sur la mise en liberté sous caution a eu tort d'inscrire un motif. Il appert en outre que le juge appelé à déterminer la peine ne possède pas non plus un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'annuler une inscription imputable, par exemple, à une erreur d'écriture ou à une déclaration de culpabilité ultérieurement infirmée.

IV. Judicial History

[13] At his bail hearing, Mr. Safarzadeh-Markhali consented to detention pending trial and argued that the bail judge should therefore not make a s. 515(9.1) endorsement. The judge rejected this argument and concluded that an endorsement was required. This made Mr. Safarzadeh-Markhali ineligible for enhanced credit for pre-sentence custody.

[14] Mr. Safarzadeh-Markhali was tried on June 14 and 17, 2011, and convicted on July 28, 2011. His sentencing was initially scheduled for December 9, 2011, but on December 1, newly retained counsel learned of the endorsement, and brought an application asserting that s. 719(3.1) of the *Criminal Code* violates s. 7 of the *Charter*.

[15] The sentencing judge, Block J., found the restrictions on enhanced credit in s. 719(3.1) of the *Criminal Code* unconstitutional, and credited Mr. Safarzadeh-Markhali with 31 months of pre-sentence custody based on a rate of one and a half for one, to be deducted from his sentence of six years (2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32). He held that the purposes of the statute that added s. 719(3.1) to the *Code*, the *Truth in Sentencing Act*, are to repress manipulation of pre-sentence custody to achieve a lower sentence than would otherwise be served, and to provide transparency in this aspect of the sentencing process. He went on to hold that s. 719(3.1): (1) problematically binds the discretion

IV. Historique judiciaire

[13] À l'enquête sur sa mise en liberté sous caution, M. Safarzadeh-Markhali a consenti à demeurer sous garde jusqu'à l'issue de son procès et a fait valoir que nulle inscription ne devait donc figurer à son dossier en application du par. 515(9.1). La juge a rejeté la prétention et conclu qu'une inscription était requise. Le motif alors inscrit au dossier a rendu M. Safarzadeh-Markhali inadmissible à un crédit majoré pour détention présentencielle.

[14] M. Safarzadeh-Markhali a subi son procès les 14 et 17 juin 2011, puis il a été déclaré coupable le 28 juillet 2011. Sa peine devait initialement être prononcée le 9 décembre 2011, mais le 1er décembre, son nouvel avocat a pris connaissance de l'inscription au dossier et a présenté une demande dans laquelle il soutenait que le par. 719(3.1) du *Code criminel* violait l'art. 7 de la *Charte*.

[15] Chargé de la détermination de la peine, le juge Block conclut à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du crédit majoré prévue au par. 719(3.1) du *Code criminel* et alloue à M. Safarzadeh-Markhali 31 mois de crédit pour détention présentencielle, soit un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, à déduire de sa peine de six ans d'emprisonnement (2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32). Il statue que la loi portant adjonction du par. 719(3.1) au *Code* — la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* — a pour objectifs d'empêcher le délinquant de manipuler le crédit pour détention présentencielle afin de purger une peine moindre que celle qu'il purgerait autrement et de rendre plus transparent ce volet du

of the sentencing judge; (2) has a disproportionate effect on equally placed offenders; (3) creates arbitrariness because the deprivation of liberty effected has no rational connection to either of the statute's stated aims; (4) leads to double-counting and double penalization; (5) improperly lowers the burden of proof for sentencing; and (6) has the oblique purpose of increasing sentences outside the sentencing process.

[16] The Court of Appeal (Rosenberg, Watt and Strathy JJ.A. (now Strathy C.J.O.)) agreed that the challenged portion of s. 719(3.1) of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 7 of the *Charter* (2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97). While it is open to Parliament to set markers to guide judges in sentencing, Strathy J.A. concluded that restricting credit for time served to a one-for-one ratio in this manner infringes s. 7, because it deprives affected persons of liberty in a manner inconsistent with the principle of proportionality in sentencing. This principle, which Strathy J.A. identified as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, prevents Parliament from making sentencing contingent on factors unrelated to the determination of a fit sentence. The challenged provision offends that principle because it subjects identically placed offenders to periods of incarceration of varying lengths for irrelevant reasons. Increasing the custodial terms of repeat offenders may be an appropriate objective. Strathy J.A. found, however, that Parliament's attempt to give effect to that objective through ss. 515(9.1) and 719(3.1) of the *Criminal Code* misses the mark, and results in unfairness, discrimination, and unjust sentences.

[17] The Court of Appeal held that the breach of s. 7 is not justified as a reasonable measure under s. 1 of the *Charter*. It held that the objectives of the denial of enhanced credit — which, at this stage, Strathy J.A. articulated as preventing manipulation of credit for pre-sentence custody and enhancing public safety by increasing the likelihood that repeat

processus de détermination de la peine. Il conclut par ailleurs que le par. 719(3.1) (1) limite indûment le pouvoir discrétionnaire du juge appelé à déterminer la peine, (2) a un effet disproportionné sur certains délinquants comparativement à d'autres dont la situation est identique, (3) crée de l'arbitraire, l'atteinte à la liberté n'ayant aucun lien rationnel avec l'un ou l'autre des objectifs déclarés de la loi, (4) entraîne une double prise en compte et une double sanction, (5) réduit indûment la charge de la preuve pour les besoins de la détermination de la peine et (6) vise indirectement à accroître les peines en marge du processus menant à leur détermination.

[16] La Cour d'appel (les juges Rosenberg, Watt et Strathy (maintenant Juge en chef de l'Ontario)) convient que la partie contestée du par. 719(3.1) du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* (2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97). Le juge Strathy conclut que même s'il est loisible au législateur d'établir des balises pour guider le juge appelé à déterminer la peine, plafonner ainsi le crédit alloué pour le temps passé sous garde à un jour contre un viole l'art. 7 puisque c'est porter atteinte à la liberté des personnes en cause d'une manière incompatible avec le principe de proportionnalité de la peine. Ce principe, que le juge Strathy assimile à un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*, empêche le législateur de faire reposer l'infliction de la peine sur des considérations étrangères à la détermination d'une juste peine. La disposition contestée contrevient à ce principe en ce qu'elle permet de condamner des délinquants dont les situations sont identiques à des peines d'emprisonnement différentes pour des raisons non valables. Accroître la durée de la détention des récidivistes peut constituer un objectif légitime. Le juge Strathy estime toutefois que la mesure prise par le législateur pour y parvenir, soit l'édiction des par. 515(9.1) et 719(3.1) du *Code criminel*, rate la cible et entraîne iniquité, discrimination et peines injustes.

[17] La Cour d'appel statue que l'atteinte à l'art. 7 n'est pas une mesure raisonnable qui se justifie au regard de l'article premier de la *Charte*. Elle tient pour urgents et réels les objectifs de l'exclusion du crédit majoré — à savoir, selon le juge Strathy, empêcher toute manipulation du crédit pour détention présentencielle et accroître la sûreté publique

offenders and those who breach their bail conditions will serve part of their sentence in post-sentence custody with access to rehabilitative programs unavailable in remand centres — are pressing and substantial. However, the denial of enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) of the *Criminal Code* is not rationally connected to these purposes, because it draws distinctions between offenders with criminal records on arbitrary grounds — whether they seek bail and whether, if denied bail, they receive an endorsement under s. 515(9.1) of the *Criminal Code*. Nor does the provision minimally impair the right to liberty, since Parliament could have achieved its objectives through less intrusive measures. Finally, the benefit secured by the provision — keeping some offenders in jail longer and thus increasing their access to rehabilitative programs — is outweighed by the detriment flowing from an artificial distinction that undermines public confidence in the justice system. The court therefore dismissed the Crown's appeal and concluded that the challenged portion of s. 719(3.1) is unconstitutional and of no force and effect.

V. Analysis

[18] The central issue on this appeal is whether s. 719(3.1) of the *Criminal Code* infringes s. 7 of the *Charter*. If it does, we must ask whether the limitation is justified under s. 1 of the *Charter*.

[19] Section 7 of the *Charter* provides the following:

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

[20] It is clear that s. 719(3.1) limits liberty. Its effect is to require offenders who come within its ambit

en augmentant la probabilité que les récidivistes et ceux qui contreviennent aux conditions de leur mise en liberté sous caution purgent une partie de leur peine d'emprisonnement en ayant accès à des programmes de réadaptation qui ne sont pas offerts dans les centres de détention provisoire. Toutefois, l'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle que prévoit le par. 719(3.1) du *Code criminel* n'a pas de lien rationnel avec ces objectifs puisque la mesure établit des distinctions arbitraires entre les délinquants qui ont un casier judiciaire, à savoir entre ceux qui demandent leur mise en liberté sous caution et ceux qui ne la demandent pas et, lorsque la mise en liberté sous caution leur est refusée, entre ceux dont le dossier renferme l'inscription prévue au par. 515(9.1) du *Code criminel* et ceux dont le dossier ne la renferme pas. La disposition ne porte pas non plus atteinte le moins possible au droit à la liberté, car le législateur aurait pu atteindre ses objectifs grâce à une mesure moins attentatoire. Enfin, l'avantage que procure la disposition, c'est-à-dire garder certains délinquants en prison plus longtemps et accroître de ce fait leur accès à des programmes de réadaptation, est supplanté par le préjudice issu d'une distinction artificielle qui mine la confiance du public dans le système de justice. La Cour d'appel rejette donc l'appel du ministère public et conclut que la partie contestée du par. 719(3.1) est inconstitutionnelle et inopérante.

V. Analyse

[18] La question principale en l'espèce est celle de savoir si le par. 719(3.1) du *Code criminel* porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'affirmative, nous devons nous demander si l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[19] L'article 7 de la *Charte* dispose :

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

[20] Le paragraphe 719(3.1) restreint manifestement la liberté. Il oblige le délinquant qui tombe

to serve more time in prison than they would have otherwise. The only issue under s. 7 is whether this deprivation of liberty comports with the principles of fundamental justice.

[21] The Court of Appeal based its analysis on the principle of proportionality in the sentencing process, which it found to be a principle of fundamental justice. The Crown argues that, while proportionality is an important principle of sentencing, it should not be treated as a principle of fundamental justice under s. 7. I agree with the Crown. Proportionality in the sentencing process, as distinct from the well-accepted principle of gross disproportionality under s. 7, is not a principle of fundamental justice.

[22] However, I conclude that the portion of the *Truth in Sentencing Act* challenged in this appeal — the denial of any enhanced credit for pre-sentence custody to persons to whom bail is denied primarily because of a prior conviction — violates s. 7 of the *Charter* for another reason: it is overbroad. Laws that curtail liberty in a way that is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate do not conform to the principles of fundamental justice: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 105. Mr. Safarzadeh-Markhali contends that the challenged provision violates all three of these principles. For the reasons that follow, I conclude that the challenged law is unconstitutionally overbroad, because its effect is to deprive some persons of liberty for reasons unrelated to its purpose. This conclusion makes it unnecessary to address whether the law is arbitrary or grossly disproportionate.

[23] The first step in the overbreadth analysis is to ascertain the purpose of the law. I turn to that now.

sous le coup de son libellé à purger une peine d'emprisonnement plus longue que celle qu'il aurait purgée autrement. La seule chose qu'il faut se demander pour l'application de l'art. 7 est si cette atteinte à la liberté respecte les principes de justice fondamentale.

[21] La Cour d'appel appuie son analyse sur le principe de proportionnalité dans le processus de détermination de la peine, un principe qui constitue selon elle un principe de justice fondamentale. Selon le ministère public, bien que la proportionnalité soit un principe important en matière de détermination de la peine, on ne doit pas y voir un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7. Je conviens avec lui que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine, qui se distingue du principe bien établi de la disproportion exagérée pour les besoins de l'art. 7, ne constitue pas un principe de justice fondamentale.

[22] J'arrive cependant à la conclusion que la partie de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* qui est contestée en l'espèce — celle qui exclut le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas d'un accusé qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* sous un autre rapport, celui de la portée excessive. La règle de droit qui limite la liberté de manière arbitraire, trop générale ou exagérément disproportionnée ne respecte pas les principes de justice fondamentale (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 105). M. Safarzadeh-Markhali prétend que la disposition attaquée viole ces principes sous les trois rapports. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la disposition est inconstitutionnelle du fait de sa portée excessive, car elle porte atteinte à la liberté de certaines personnes pour des raisons qui sont étrangères à son objectif. Ma conclusion rend inutile l'examen du caractère éventuellement arbitraire ou exagérément disproportionné de la disposition.

[23] La première mesure à prendre pour se prononcer sur la portée excessive est de circonscrire l'objectif de la règle de droit, ce que je fais ci-après.

A. *The Purpose of Section 719(3.1)*

[24] Whether a law is overbroad within the meaning of s. 7 turns on the relationship between the law's purpose and its effect: *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 24. It is critically important, therefore, to identify the purpose of the challenged law at the outset of the s. 7 inquiry.

[25] *Moriarity* summarizes the considerations that guide the task of properly characterizing Parliament's purpose in a s. 7 analysis into overbreadth.

[26] First, the law's purpose is distinct from the means used to achieve that purpose: *Moriarity*, at para. 27. A law's means may be helpful in determining its objective, but the two must be treated separately.

[27] Second, the law's purpose should be characterized at the appropriate level of generality, which "resides between the statement of an 'animating social value' — which is too general — and a narrow articulation" that amounts to a virtual repetition of the challenged provision, divorced from its context: *Moriarity*, at para. 28.

[28] Third, the statement of purpose should be both precise and succinct: *Moriarity*, at para. 29. Precision requires that courts focus on the purpose of the particular statutory provision subject to constitutional challenge: *ibid.*; see also *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144.

[29] Fourth, the analysis is not concerned with the appropriateness of the legislative purpose. The court must take the legislative objective "at face value" and assume that it is appropriate and lawful: *Moriarity*, at para. 30. The appropriateness of a legislative objective may be relevant to its constitutionality under other *Charter* provisions. But it has no place in the s. 7 analysis of overbreadth.

A. *L'objectif du par. 719(3.1)*

[24] La portée excessive au regard de l'art. 7 tient au lien entre l'objectif de la règle de droit et son effet (*R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 24). Il est donc crucial de déterminer l'objectif de la règle de droit attaquée au début de l'analyse effectuée en fonction de l'art. 7.

[25] L'arrêt *Moriarity* résume les considérations qui permettent de bien qualifier l'objectif du législateur pour les besoins de l'analyse relative à la portée excessive au regard de l'art. 7.

[26] Premièrement, il ne faut pas confondre l'objectif et le moyen retenu pour l'atteindre (*Moriarity*, par. 27). Le moyen choisi par le législateur peut servir à déterminer l'objectif, mais les deux doivent être considérés séparément.

[27] Deuxièmement, l'objectif de la règle de droit doit être qualifié en fonction du bon degré de généralité, lequel « se situe [. . .] entre la mention d'une "valeur sociale directrice" — énoncé trop général — et une formulation restrictive » équivalant à la quasi-répétition de la disposition contestée dissociée de son contexte (*Moriarity*, par. 28).

[28] Troisièmement, l'énoncé de l'objectif doit être à la fois succinct et précis (*Moriarity*, par. 29). La précision exige que le tribunal s'attache à l'objectif de la disposition législative particulière que vise la contestation constitutionnelle (*ibid.*; voir également *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144).

[29] Quatrièmement, l'analyse ne se soucie pas du caractère approprié de l'objectif législatif. Le tribunal doit considérer ce dernier « comme valide » et supposer qu'il est approprié et légitime (*Moriarity*, par. 30). Le caractère approprié de l'objectif législatif peut être pertinent quant à la constitutionnalité de la disposition au regard d'autres dispositions de la *Charte*. Toutefois, il n'a rien à voir avec l'analyse de la portée excessive effectuée en fonction de l'art. 7.

[30] With these propositions in mind, I turn to the task at hand: to formulate a statement of purpose for s. 719(3.1)'s denial of enhanced credit to persons denied bail primarily because of a prior conviction.

[31] To determine a law's purpose for a s. 7 overbreadth analysis, courts look to (1) statements of purpose in the legislation, if any; (2) the text, context, and scheme of the legislation; and (3) extrinsic evidence such as legislative history and evolution: *Moriarity*, at para. 31.

[32] The first source of purpose is statements of purpose in the legislation. The *Truth in Sentencing Act* does not contain explicit statements of legislative purpose. The title of the statute suggests that the evil to which it is directed is opaqueness in the sentencing process. Beyond this, however, the statute is silent as to its purposes. More to the point, it contains no explicit statement of the specific purpose of denying enhanced credit to offenders denied bail primarily on the basis of a prior conviction.

[33] I turn next to the text, context and scheme of the legislation. These provide the contextual matrix in which the challenged portion of s. 719(3.1)'s denial of enhanced credit is embedded.

[34] Part of the contextual matrix is this Court's decision in *Summers*, which considered, as a matter of statutory interpretation, the one-and-a-half-for-one cap on enhanced credit for pre-sentence custody. The Court there said that the broad purposes of the legislative scheme were to enhance public confidence in the justice system and make the process of granting enhanced credit more transparent: *Summers*, at paras. 52-53. *Summers* suggests a broad over-arching purpose for the 1.5:1 limit on enhanced

[30] Au vu de ces considérations, je m'attelle à la tâche qui m'incombe, soit cerner l'objectif de l'exclusion au par. 719(3.1) du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas d'une personne qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure.

[31] Lorsqu'il s'agit de déterminer l'objectif de la règle de droit sous le rapport de la portée excessive pour les besoins de l'art. 7, le tribunal considère (1) son énoncé dans le texte de loi, s'il en est, (2) le texte, le contexte et l'économie de la loi et (3) des éléments de preuve extrinsèques tels que l'historique du texte de loi et son évolution (*Moriarity*, par. 31).

[32] Le premier élément susceptible de nous éclairer réside dans l'énoncé de l'objectif par le législateur. La *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* ne renferme aucun exposé explicite de l'objectif législatif. L'intitulé de sa version anglaise (*Truth in Sentencing Act*) donne à penser que le mal auquel on entend remédier est l'opacité du processus de détermination de la peine. Hormis cet indice, la loi demeure muette sur ses objectifs. Plus précisément, elle n'énonce pas explicitement l'objectif particulier de l'exclusion du crédit majoré dans le cas du délinquant qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure.

[33] Passons en deuxième lieu au texte, au contexte et à l'économie de la loi, des éléments qui forment le cadre contextuel dans lequel se situe la partie contestée du par. 719(3.1) portant exclusion du crédit majoré.

[34] Une partie du cadre contextuel correspond à *Summers*, un arrêt dans lequel la Cour se penche, sous l'angle de l'interprétation législative, sur le plafonnement du crédit majoré pour détention présentencielle à un jour et demi contre un. Dans cet arrêt, la Cour dit que les grands objectifs du régime législatif sont d'accroître la confiance du public dans le système de justice et la transparence du processus d'octroi d'un crédit majoré (*Summers*, par. 52-53). Elle laisse entendre que, de manière

credit for pre-sentence custody — enhancing confidence in the justice system. This purpose is pitched at a high level of generality and underlies the other objectives of the scheme and the challenged provision. In the words of *Moriarity*, enhancing confidence in the justice system is more of an "animating social value" than a statement of purpose.

[35] Turning to the text of the provision, s. 515(9.1) of the *Criminal Code* requires a bail justice to make a written endorsement if the accused is detained "primarily because of a previous conviction". The language in this section is very broad. A lengthy record is not necessary, nor is a particular type of conviction required. Any previous conviction could theoretically lead to an endorsement. Section 515(9.1) tells justices only that they must make the endorsement if detention is ordered "primarily" for this reason. In short, the breadth of the section does not provide much guidance in determining Parliament's purpose, beyond indicating that Parliament intended to target accused persons with criminal records.

[36] This brings us to the third source of legislative purpose — extrinsic evidence of legislative history and evolution. We have little evidence of the legislative evolution of the challenged provision. However, we do have the statements of the Minister who introduced it. Statements of purpose in the legislative record may be rhetorical and imprecise. Yet providing information and explanations of proposed legislation is an important ministerial responsibility, and courts rightly look to it in determining the purpose of a challenged provision.

[37] In presenting the *Truth in Sentencing Act* to Parliament and the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, the Minister of Justice explained that denial of enhanced

générale, le plafonnement de la majoration à un jour et demi contre un vise surtout à accroître la confiance du public dans le système de justice. Cet objectif atteint un degré élevé de généralité et sous-tend les autres objectifs du régime et de la disposition contestée. Pour reprendre les termes employés dans *Moriarity*, accroître la confiance dans le système de justice constitue davantage une « valeur sociale directrice » qu'un énoncé de l'objectif poursuivi.

[35] En ce qui concerne le texte de la disposition, le par. 515(9.1) du *Code criminel* exige du juge qui préside l'enquête sur la mise en liberté sous caution qu'il inscrive au dossier de l'instance, le cas échéant, qu'il ordonne la détention de l'accusé « en se fondant principalement sur toute condamnation antérieure ». La formulation est très générale. Nul besoin d'un lourd casier judiciaire ou d'un type de condamnation en particulier. Théoriquement, toute condamnation antérieure peut mener à l'inscription. Le paragraphe 515(9.1) dit seulement qu'il doit y avoir inscription lorsque le juge ordonne la détention « principalement » pour ce motif. En bref, la portée de la disposition ne permet pas vraiment de cerner l'objectif du législateur, si ce n'est l'intention de viser les personnes qui possèdent un casier judiciaire.

[36] Examinons en troisième lieu les éléments de preuve extrinsèques que sont l'historique législatif de la règle de droit et son évolution. Peu d'éléments attestent l'évolution législative de la disposition contestée. Nous disposons toutefois des déclarations du ministre qui est à l'origine de la présentation à la Chambre des communes. Dans un dossier législatif, l'énoncé de l'objectif peut se révéler rhétorique et imprécis. Néanmoins, la communication de données et d'explications sur une mesure législative proposée correspond à une responsabilité ministérielle importante, et les tribunaux tiennent compte à bon droit de cette information pour cerner l'objectif d'une disposition contestée.

[37] Dans sa présentation de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* au Parlement et au Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, le ministre de la

credit was aimed at promoting public safety and public confidence in the justice system, by imposing longer sentences on violent and repeat offenders and increasing their exposure to rehabilitative programming. He said:

> The practice of awarding generous credit erodes public confidence in the integrity of the justice system. It also undermines the commitment of the government to enhance the safety and security of Canadians by keeping violent or repeat offenders in custody for longer periods. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 144, No. 41, 2nd Sess., 40th Parl., April 20, 2009 ("*Debates*"), at p. 2418)

The Minister's reference to "violent or repeat offenders" suggests that the challenged provision is targeted at two groups: (1) dangerous persons, who have committed crimes of violence or threatened violence; and (2) chronic offenders, whether convicted of violent crimes or not.

[38] The Minister also linked longer periods in custody to rehabilitation:

> As a result of [the challenged provision], a greater number of offenders would now serve a federal sentence of two or more years, and there will be an increased number of federal offenders spending time in federal custody.
>
> This time [in] the federal system will present the opportunity for longer-term programming that may have a positive effect on the offender. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., May 6, 2009 ("*Evidence*"), at pp. 11-12)

[39] The Minister referred to other goals. One was the goal of adequate or fit punishment, in a retributive sense. On this, he said:

Justice explique que l'exclusion du crédit majoré vise à promouvoir la sûreté publique et la confiance des citoyens dans le système de justice par l'infliction de peines d'une durée accrue aux criminels violents et aux récidivistes et par l'accroissement de l'accès de ces derniers à des programmes de réadaptation. Voici ce qu'il dit :

> La pratique des crédits généreux mine la confiance du public dans l'intégrité du système de justice. Elle porte également atteinte à l'engagement que le gouvernement a pris en faveur de l'accroissement de la sécurité des Canadiens par le maintien en détention pendant plus longtemps des criminels violents et des récidivistes. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, nº 41, 2e sess., 40e lég., 20 avril 2009 (« *Débats* »), p. 2418)

L'emploi par le ministre des termes « criminels violents » et « récidivistes » donne à penser que la disposition attaquée vise deux groupes, soit (1) les personnes dangereuses, celles qui ont commis des crimes de violence ou proféré des menaces de violence, et (2) les délinquants chroniques, qu'ils aient été condamnés pour des crimes de violence ou non.

[38] Le ministre fait aussi le lien entre des peines d'emprisonnement d'une durée accrue et la réadaptation :

> Par suite de [l'adoption de la disposition contestée], un plus grand nombre de délinquants devront désormais purger une peine fédérale de deux ans et plus, si bien qu'il y aura davantage de détenus purgeant une peine dans un établissement correctionnel fédéral.
>
> À ce moment-là, le système fédéral offrira aux détenus l'occasion de profiter de programmes de plus longue durée qui peuvent avoir une incidence positive sur leur comportement. [Je souligne.]

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, nº 20, 2e sess., 40e lég., 6 mai 2009 (« *Témoignages* »), p. 11-12)

[39] Le ministre renvoie à d'autres objectifs, dont celui, d'ordre punitif, d'infliger une peine adéquate ou juste. Il dit ce qui suit à ce sujet :

Not only does [enhanced credit] deprive offenders of the prison programs that might help to keep them out of jail in the future, it also fails to punish them adequately for the deeds that led to their convictions in the first place. [Emphasis added.]

(*Debates*, at p. 2418)

[40] The Minister coupled the desire for adequate punishment with the idea that enhanced credit gives repeat offenders a "benefit" they do not deserve: "You shouldn't get any benefit for being detained if there are legitimate reasons for you not to make bail" (*Evidence*, at p. 15). Although the Minister erred in characterizing enhanced credit as a "benefit" (see *Summers*, at paras. 23-27), it is clear that he wanted to ensure "adequate" periods of incarceration for repeat offenders — a "final sentence [that] reflects the seriousness of the crime": *Evidence*, at p. 11.

[41] Do the Minister's comments on achieving adequate sentences for repeat offenders reflect the central purpose of denying any enhanced credit for pre-sentence custody to offenders denied bail because of a prior conviction? I think not. Those comments must be considered in context. The weight of the legislative record suggests that the challenged provision was geared towards promoting public safety and security, not retribution. Achieving adequate punishment is not, in the s. 7 analysis, a purpose of the challenged provision.

[42] Finally, the Minister referred to the goals of making the system more transparent and preventing offenders from manipulating the system: see e.g. *Debates*, at p. 2417. Once again, it is difficult to see these goals as the purpose of a total denial of enhanced credit for pre-sentence custody to persons denied bail primarily because of a prior conviction.

[43] The challenged provision — the denial of enhanced credit to repeat offenders who receive a s. 515(9.1) endorsement — is difficult to relate

Non seulement [l'octroi d'un crédit majoré] prive les délinquants de programmes qui pourraient les aider à éviter la prison par la suite, mais [il] ne les punit pas adéquatement pour leurs méfaits. [Je souligne.]

(*Débats*, p. 2418)

[40] Le ministre arrime la volonté d'une sanction adéquate à l'idée que le crédit majoré confère au récidiviste un « avantage » auquel il n'a pas droit : « Il ne faut pas que le fait de ne pas accorder la mise en liberté sous caution à un détenu, s'il y a des raisons légitimes de [ne pas] le faire, se transforme pour cette personne en un avantage de demeurer en détention » (*Témoignages*, p. 15). Même si le ministre a tort de qualifier le crédit majoré d'« avantage » (voir *Summers*, par. 23-27), son objectif est manifestement de faire en sorte qu'un récidiviste purge une peine d'emprisonnement « adéquate », qu'il y ait donc « adéquation de la peine infligée et de la gravité du crime » (*Témoignages*, p. 11).

[41] Les déclarations du ministre sur l'infliction de peines adéquates aux récidivistes reflètent-elles l'objectif premier d'exclure le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des récidivistes qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution à cause d'une condamnation antérieure? Je ne le crois pas. Il faut considérer les déclarations dans leur contexte. Il appert du dossier législatif que la disposition contestée a pour objet de favoriser la sûreté et la sécurité publiques, non de punir. Pour les besoins de l'art. 7, l'infliction d'une peine adéquate ne constitue pas un objectif de la disposition contestée.

[42] Enfin, le ministre mentionne l'objectif d'accroître la transparence du système et celui d'empêcher sa manipulation par les délinquants (voir p. ex. *Débats*, p. 2417). Là encore, il est difficile de voir dans ces deux objectifs celui d'exclure totalement le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des personnes qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure.

[43] La disposition attaquée, qui exclut la majoration du crédit dans le cas du récidiviste qui fait l'objet de l'inscription prévue au par. 515(9.1), peut

to a desire to make the system clearer or easier to understand. While requiring a bail judge to make a written notation that the primary basis for denying bail is a prior conviction may enhance transparency in the bail system, it cannot be said that the actual deprivation of liberty imposed by s. 719(3.1) seeks to further transparency.

[44] Similarly, the challenged provision, by its words and how it operates, is not directed at preventing offenders' manipulation of the system. The Minister expressed concern that under the old system, offenders were prolonging pre-sentence custody to take advantage of enhanced credit that would shorten their total time in custody. While this goal is reflected in the one-and-a-half-for-one cap on enhanced credit, which removes the incentive to extend the period of pre-sentence custody, it is not related to the challenged provision.

[45] In summary, examined in the light of *Moriarity*, the text, context and scheme of the legislation, coupled with the Minister's statements of purpose, lead me to the following conclusions.

[46] First, the *animating social value* behind the denial of enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) is enhancing public confidence in the justice system.

[47] Second, the *legislative purpose* of the total denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail because of a prior conviction is *to enhance public safety and security by increasing violent and chronic offenders' access to rehabilitation programs*. To be sure, the Minister referred to other legislative purposes — providing adequate punishment, increasing transparency in the pre-sentence credit system, and reducing manipulation. But these are peripheral, for the reasons discussed above.

difficilement se rattacher à la volonté d'une clarté ou d'une compréhension accrues du système. Même si exiger du juge qui préside l'enquête sur la mise en liberté sous caution qu'il indique par écrit que la principale raison du refus de la mise en liberté sous caution est l'existence d'une condamnation antérieure peut accroître la transparence du système de mise en liberté sous caution, on ne saurait prétendre que l'atteinte concrète à la liberté qui résulte du par. 719(3.1) vise à favoriser la transparence.

[44] Aussi, de par son libellé et la manière dont elle s'applique, la disposition en cause n'a pas pour objet d'empêcher la manipulation du système par les délinquants. Le ministre déplore que, dans le cadre du régime antérieur, les délinquants prolongeaient leur détention présentencielle afin de tirer avantage du crédit majoré qui écourtait la durée totale de leur séjour en prison. L'objectif de colmater cette faille se concilie certes avec le plafonnement de la majoration du crédit à un jour et demi contre un, une mesure qui n'encourage plus l'allongement de la détention présentencielle, mais il est sans lien avec la disposition contestée.

[45] En résumé, au vu de l'arrêt *Moriarity*, le texte, le contexte et l'économie de la loi, de pair avec les déclarations du ministre sur son objectif, me font tirer les conclusions suivantes.

[46] Premièrement, la *valeur sociale directrice* derrière l'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle que prévoit le par. 719(3.1) est l'accroissement de la confiance du public dans le système de justice.

[47] Deuxièmement, l'*objectif législatif* de cette exclusion totale dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution en raison d'une condamnation antérieure est d'*accroître la sûreté et la sécurité publiques en élargissant l'accès des délinquants violents et chroniques à des programmes de réadaptation*. Le ministre invoque certes d'autres objectifs législatifs — punir adéquatement, accroître la transparence du système de crédit pour détention présentencielle et diminuer la manipulation —, mais pour les motifs qui précèdent, ces objectifs revêtent un caractère accessoire.

[48] Third, the *means* for achieving the purpose of enhancing public safety and security is the challenged provision itself — the denial of enhanced credit for pre-sentence custody to persons refused bail primarily on the basis of their existing criminal record.

[49] Finally, the *effect* of the provision is to impose longer periods of custody on all persons who receive an endorsement indicating they were denied bail primarily on the basis of a previous conviction.

B. *Is the Law Overbroad?*

[50] It is a principle of fundamental justice that a law that deprives a person of life, liberty, or security of the person must not do so in a way that is overbroad. In other words, the law must not go further than reasonably necessary to achieve its legislative goals: *Bedford*, at para. 101.

[51] The Court explained the substance of the principle against overbreadth in *Bedford*, at paras. 112-13:

> Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. . . .
>
> Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an

[48] Troisièmement, le *moyen* retenu pour atteindre l'objectif d'accroître la sûreté et la sécurité publiques correspond à la disposition contestée comme telle, qui exclut le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas de la personne qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement parce qu'elle possède un casier judiciaire.

[49] Enfin, la disposition a pour *effet* de prévoir une période de détention d'une durée accrue dans le cas de toute personne dont le dossier de l'instance renferme une inscription selon laquelle la mise en liberté sous caution lui est refusée principalement en raison d'une condamnation antérieure.

B. *La règle de droit a-t-elle une portée excessive?*

[50] Il est un principe de justice fondamentale selon lequel la disposition qui porte atteinte au droit d'une personne à la vie, à la liberté ou à la sécurité ne doit pas le faire de manière excessive. En d'autres termes, elle doit s'en tenir à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs législatifs (*Bedford*, par. 101).

[51] Dans *Bedford*, la Cour définit la notion de portée excessive (par. 112-113) :

> Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certains* actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certains* de ses effets, mais pas tous. . .
>
> L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur

overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*. [Underlining added.]

[52] The denial of enhanced credit for presentence custody to offenders who are denied bail primarily because of a prior conviction is overbroad because it catches people in ways that have nothing to do with enhancing public safety and security.

[53] First, the provision's ambit captures people it was not intended to capture: offenders who do not pose a threat to public safety or security. Section 515(9.1) is broadly worded. It catches any person denied bail primarily for a criminal record, without specifying or even broadly identifying the nature or number of offences that would warrant a s. 515(9.1) endorsement. The section may therefore ensnare persons whose imprisonment does not advance the purpose of the law. For example, a person with two or three convictions for failing to appear in court might be subject to a s. 515(9.1) endorsement, even though he or she did not pose any real threat to public safety or security. And even if such a person receives greater access to rehabilitative programming and benefits from it, the consequence is not necessarily to improve public safety and security. In short, a s. 515(9.1) endorsement is an inexact proxy for the danger that an offender poses to public safety and security. The Crown says the law casts the net broadly because targeting all offenders with a criminal record is a more practical option than attempting to identify only offenders who pose a risk to public safety and security. But practicality is no answer to a charge of overbreadth under s. 7: *Bedford*, at para. 113.

[54] Second, regardless of the types of offenders the challenged provision was meant to capture,

l'*intéressé*. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*. [Je souligne.]

[52] L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a une portée excessive parce qu'elle s'applique selon des modalités qui n'ont rien à voir avec l'accroissement de la sûreté et de la sécurité publiques.

[53] Premièrement, la disposition s'applique à des personnes auxquelles elle n'est pas censée s'appliquer, soit les délinquants qui ne constituent pas une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Le paragraphe 515(9.1) est libellé de manière générale. Il vise quiconque se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison de son casier judiciaire sans préciser ni même indiquer en gros la nature ou le nombre des infractions qui justifient l'inscription. La disposition peut donc s'appliquer à des personnes dont l'emprisonnement ne contribue pas à la réalisation de l'objectif législatif. À titre d'exemple, une personne condamnée deux ou trois fois pour omission de se présenter devant le tribunal peut faire l'objet de l'inscription prévue au par. 515(9.1) même si elle ne constitue pas vraiment une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Et même si la personne bénéficie alors d'un plus grand accès à des programmes de réadaptation et en retire des avantages, la sûreté et la sécurité publiques n'en sont pas nécessairement accrues pour autant. En résumé, l'inscription prévue au par. 515(9.1) constitue un indicateur erroné du danger que présente un délinquant pour la sûreté et la sécurité publiques. Le ministère public soutient que la disposition ratisse large parce qu'il est plus pratique de viser tous les délinquants qui possèdent un casier judiciaire que les seuls délinquants qui constituent une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Or, le caractère pratique d'une mesure ne permet pas de réfuter une allégation de portée excessive fondée sur l'art. 7 (*Bedford*, par. 113).

[54] Deuxièmement, peu importe les catégories de délinquants auxquelles elle est censée s'appliquer,

the provision suffers from overbreadth because, as the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario) notes, the limited availability of judicial review means that persons wrongly tagged with an endorsement will be without recourse to have the error remedied. There is dispute about precisely when if ever review for an endorsement is available. But the Crown concedes that if the reviewing judge finds that the detention order was properly made, he or she is powerless to vacate an endorsement and that the sentencing judge has no choice under the challenged provision but to give effect to an endorsement in computing an offender's sentence. This absence of review and discretion renders the challenged provision overbroad for at least two categories of individuals: (1) persons who erroneously received the endorsement because their detention is not warranted primarily because of their criminal record, and (2) persons who, during the period between the bail hearing and sentencing, successfully appeal the conviction that drew the endorsement. In both cases, the effect of the provision is to strip persons of liberty even though their detention does not obviously advance public safety and security.

la disposition contestée a une portée excessive car, comme le fait observer l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario), en raison de l'accès restreint au recours en révision judiciaire, la personne dont le dossier renferme à tort une inscription est dépourvue de tout recours pour faire corriger l'erreur. On ne s'entend pas sur les cas précis dans lesquels la révision de l'inscription est possible. Le ministère public reconnaît cependant que le tribunal de révision qui conclut à la régularité de l'ordonnance de détention ne peut annuler l'inscription et que le juge qui détermine la peine n'a d'autre choix, en application de la disposition contestée, que de tenir compte de l'inscription dans le calcul de la peine. Cette absence de révision et de pouvoir discrétionnaire fait en sorte que la portée de la disposition contestée est excessive en ce qui concerne au moins deux catégories de personnes. Il y a d'abord celles qui sont victimes d'une inscription erronée en ce que leur détention n'est pas justifiée principalement par l'existence d'un casier judiciaire, puis celles qui, entre l'enquête sur leur mise en liberté sous caution et la détermination de leur peine, obtiennent en appel l'annulation de la déclaration de culpabilité qui a donné lieu à l'inscription. La disposition a pour effet de priver de leur liberté les personnes appartenant à l'une ou l'autre de ces catégories même si leur détention ne favorise pas manifestement la sûreté et la sécurité publiques.

[55] I conclude that the challenged provision seeks to advance the objective of enhancing public safety and security in a manner that is overbroad.

[55] J'arrive à la conclusion que la disposition contestée vise à accroître la sûreté et la sécurité publiques d'une manière qui est excessive.

C. *Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

C. *L'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[56] The Crown contends that if the challenged provision violates s. 7 of the *Charter*, the infringement is justified under s. 1. I cannot accept this submission.

[56] Le ministère public soutient que si la disposition contestée contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, l'atteinte est justifiée par application de l'article premier. Je ne peux faire droit à sa prétention.

[57] It is difficult, but not impossible, to justify a s. 7 violation under s. 1. Laws that deprive individuals of liberty contrary to a principle of fundamental justice are not easily upheld. However, a law may be saved under s. 1 if the state can point to public

[57] Il est difficile, mais non impossible, de justifier une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. Les tribunaux ne sont pas enclins à valider une disposition qui porte atteinte au droit à la liberté d'une personne au mépris d'un principe de justice

goods or competing social interests that are themselves protected by the *Charter*: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 95. Courts may accord deference to legislatures under s. 1 for breaches of s. 7 where, for example, the law represents a "complex regulatory response" to a social problem: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 37.

fondamentale. La disposition peut toutefois être sauvegardée par application de l'article premier lorsque l'État peut justifier l'atteinte à la liberté en invoquant l'intérêt public ou des intérêts opposés de la société qui sont eux-mêmes protégés par la *Charte* (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 95). En cas d'atteinte à l'art. 7, les tribunaux peuvent, sur le fondement de l'article premier, faire preuve de déférence vis-à-vis du législateur lorsque, par exemple, la règle de droit en cause constitue une « mesure réglementaire complexe » visant à remédier à un problème social (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 37).

[58] An infringement of the *Charter* is justified under s. 1 where the law has a "pressing and substantial object and . . . the means chosen are proportional to that object": *Carter*, at para. 94. A law is proportionate where the means adopted are rationally connected to the law's objective, minimally impairing of the right in question, and the law's salutary effects outweigh its deleterious effects: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[58] Une disposition attentatoire à la *Charte* est justifiée au regard de l'article premier lorsqu'elle possède un « objet [. . .] urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet » (*Carter*, par. 94). Elle est proportionnelle lorsque les moyens choisis ont un lien rationnel avec son objectif, qu'elle porte atteinte le moins possible au droit en cause et que ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets préjudiciables (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

[59] The main objective of the challenged provision in this case is, as noted, enhancing public safety and security with longer and more rehabilitative sentences for violent and chronic offenders. This objective is pressing and substantial.

[59] Le principal objectif de la disposition contestée en l'espèce est, rappelons-le, d'accroître la sûreté et la sécurité publiques par l'infliction de peines d'une durée accrue susceptibles de favoriser la réadaptation des délinquants violents et chroniques. Il s'agit d'un objectif urgent et réel.

[60] The real issue is whether the means chosen here are proportionate to this objective. For reasons much the same as those discussed in the overbreadth analysis, I conclude that this has not been established.

[60] Il faut en fait se demander si les moyens choisis sont proportionnés à cet objectif. Pour à peu près les mêmes raisons que celles invoquées relativement à la portée excessive de la disposition, j'estime que cette proportionnalité n'est pas établie.

[61] The challenged provision is rationally connected to its purpose of enhancing public safety and security. The denial of enhanced credit gives rise to longer periods of custody. It is therefore likely to increase the opportunities of some offenders to access rehabilitative programs.

[61] La disposition contestée a un lien rationnel avec son objectif d'accroître la sûreté et la sécurité publiques. En effet, l'exclusion du crédit majoré entraîne un emprisonnement d'une durée accrue. Elle augmentera donc vraisemblablement la possibilité que certains délinquants aient accès à des programmes de réadaptation.

[62] However, the law is neither minimally impairing nor proportionate in the balance it achieves between salutary and deleterious effects.

[63] To establish minimal impairment, the Crown must show the absence of less drastic means of achieving the objective in a "real and substantial manner": *Carter*, at para. 102. The Crown has not discharged that burden. Alternative and more reasonable means of achieving its purposes were open to Parliament. Strathy J.A. provided one example — a law requiring the sentencing judge to consider whether to grant enhanced credit for pre-sentence custody based on (i) the offender's criminal record, (ii) the availability of rehabilitative programs and the desirability of giving the offender access to those programs, and (iii) whether the offender was responsible for prolonging his or her time in pre-sentence custody. Such a regime would achieve the goal of promoting public safety and security through rehabilitation, without catching chronic or other offenders who pose no risk to public safety.

[64] The Crown argues that the provision is reasonably tailored to its objective because it "applies to a relatively narrow class of offenders, focusing on the most serious recidivists": A.F., at para. 62. But the law plainly does the opposite: it makes any person with a criminal record, even for missed court dates, a potential target for restriction of enhanced credit. In my view, the challenged provision is not minimally impairing of the right to liberty.

[65] Finally, I agree with Court of Appeal that the Crown has failed to establish benefits that outweigh the detrimental effect of the challenged provision on the right to liberty. The benefit to public safety by increasing access to rehabilitation programs is not trivial. But the law's overbreadth means that offenders who have neither committed violent offences nor present a risk to public safety will be

[62] Toutefois, la disposition ne porte pas atteinte le moins possible au droit en cause et elle n'est pas proportionnée quant au rapport qu'elle établit entre ses effets bénéfiques et ses effets préjudiciables.

[63] Pour établir que l'atteinte est minimale, le ministère public doit prouver l'absence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objectif de « façon réelle et substantielle » (*Carter*, par. 102). Il ne l'a pas fait. Des moyens différents et plus raisonnables s'offraient pourtant au législateur pour atteindre ses objectifs. Le juge Strathy mentionne, à titre d'exemple, le recours à une disposition exigeant du juge appelé à déterminer la peine qu'il se demande s'il y a lieu d'accorder un crédit majoré pour la détention présentencielle compte tenu (i) du casier judiciaire du délinquant, (ii) de l'existence de programmes de réadaptation, ainsi que de l'opportunité de permettre au délinquant d'y avoir accès, et (iii) du fait que l'allongement de la détention présentencielle est imputable ou non au délinquant. Une telle mesure permettrait d'atteindre l'objectif d'une sûreté et d'une sécurité publiques accrues grâce à la réadaptation, sans toutefois s'appliquer au délinquant chronique ou d'un autre type qui ne présente pas un risque pour la sûreté publique.

[64] Le ministère public prétend que la disposition contestée est raisonnablement adaptée à son objectif en ce qu'elle [TRADUCTION] « vise une catégorie de délinquants relativement étroite, à savoir les récidivistes les plus endurcis » (m.a., par. 62). Or, la disposition fait carrément le contraire : elle est susceptible d'emporter l'exclusion du crédit majoré dans le cas de toute personne qui possède un casier judiciaire, même lorsque c'est seulement pour avoir omis de comparaître en justice à la date prévue. Il ne s'agit pas à mon sens d'une disposition qui porte atteinte le moins possible au droit à la liberté.

[65] En dernier lieu, je conviens avec la Cour d'appel que le ministère public n'a pas fait la preuve d'effets bénéfiques de la disposition contestée qui supplantent son effet préjudiciable sur le droit à la liberté. Les effets bénéfiques sur la sûreté publique qui découlent de l'accès accru des délinquants à des programmes de réadaptation ne sont pas négligeables. Cependant, la portée excessive de la règle

unnecessarily deprived of liberty. The Crown has failed to meet that high bar required to justify such a deprivation.

[66] I conclude that the challenged provision is not saved under s. 1.

D. *The Court of Appeal's Reliance on Proportionality of Process*

[67] The Court of Appeal held that proportionality in the sentencing process is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, and that the denial of enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) offends that principle. The court erred in doing so. Proportionality in the sentencing process is not a principle of fundamental justice under s. 7.

[68] The content of the principle the Court of Appeal recognized is not entirely clear. Strathy J.A. stated that the principle of proportionality already finds expression in s. 718.1 of the *Criminal Code*: "A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender." He also noted that the principle of proportionality "is informed by other sentencing principles in the Code" (para. 77), including the parity principle, found at s. 718.2(b): "a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances". These statements suggest that the Court of Appeal viewed proportionality in sentencing as a comparative concept, concerned with the relationship between the seriousness of the offence committed and the sentence imposed.

[69] At the same time, Strathy J.A. emphasized that proportionality is about the sentencing process, not its result. As he put it, proportionality in sentencing entitles an offender "to a *process* directed

de droit fait en sorte qu'un délinquant qui n'a pas commis une infraction de violence et qui ne présente pas non plus un risque pour la sûreté publique se voit inutilement privé de liberté. Le ministère public n'a pas franchi le seuil élevé qui permet de justifier l'atteinte au droit à la liberté.

[66] Je conclus que la disposition contestée n'est pas sauvegardée par application de l'article premier.

D. *L'importance accordée par la Cour d'appel à la proportionnalité dans le processus*

[67] La Cour d'appel statue que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* et que l'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle que prévoit le par. 719(3.1) est contraire à ce principe. Elle est dans l'erreur. La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine n'équivaut pas à un principe de justice fondamentale pour l'application de l'art. 7.

[68] La teneur du principe reconnu par la Cour d'appel n'est pas parfaitement claire. Le juge Strathy affirme que le principe de proportionnalité se retrouve déjà à l'art. 718.1 du *Code criminel* : « La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». Il ajoute que le principe de proportionnalité [TRADUCTION] « s'applique en fonction d'autres principes de détermination de la peine prévus par le Code » (par. 77), dont celui d'harmonisation énoncé à l'al. 718.2b) : « l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». La Cour d'appel paraît ainsi voir dans la proportionnalité de la peine l'idée d'une comparaison qui s'attache au rapport entre la gravité de l'infraction perpétrée et la peine infligée.

[69] En même temps, le juge Strathy précise bien que la proportionnalité s'intéresse au processus de détermination de la peine, non au résultat. Il dit que la proportionnalité confère alors au délinquant le

at crafting a just sentence" and "prevents Parliament from making sentencing contingent on factors unrelated to the determination of a fit sentence": paras. 82 (emphasis in original) and 85. Proportionality in this sense is more concerned with what considerations properly belong in the sentencing process, and less with the magnitude of the sentence ultimately imposed.

[70] Proportionality in the sense articulated at s. 718.1 of the *Code* — that a sentence be proportionate to the gravity of an offence and an offender's degree of responsibility — is a fundamental principle of sentencing. As LeBel J. stated for a majority of the Court in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37, proportionality is "the *sine qua non* of a just sanction". It is grounded in elemental notions of justice and fairness, and is indispensable to the public's confidence in the justice system. LeBel J. went so far as to opine that "proportionality in sentencing could aptly be described as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*": para. 36 (emphasis added); see also *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 21. LeBel J. also, however, recognized that the "constitutional dimension" of proportionality in sentencing is the prohibition of grossly disproportionate sentences in s. 12 of the *Charter*: para. 36.

[71] To say that proportionality is a fundamental principle of sentencing is not to say that proportionality in the sentencing process is a principle of fundamental justice for the purpose of determining whether a deprivation of liberty violates s. 7 of the *Charter*, notwithstanding the *obiter* comment of LeBel J. in *Ipeelee*. The principles and purposes for determining a fit sentence, enumerated in s. 718 of the *Criminal Code* and provisions that follow — including the fundamental principle of proportionality in s. 718.1 — do not have constitutional status. Parliament is entitled to modify and abrogate them as it sees fit, subject only to s. 12 of the *Charter*. Parliament can limit a sentencing judge's ability to

droit [TRADUCTION] « à un *processus* qui est voué au prononcé d'une peine juste » et « empêche le Parlement de faire reposer le prononcé de la peine sur des considérations étrangères à la détermination d'une juste peine » (par. 82 (en italique dans l'original) et 85). Ainsi comprise, la proportionnalité s'intéresse beaucoup aux considérations dûment prises en compte dans le processus et peu à l'importance de la peine finalement infligée.

[70] La proportionnalité au sens entendu à l'art. 718.1 du *Code* — une peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant — constitue un principe fondamental de la détermination de la peine. Comme le dit le juge LeBel au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 37, la proportionnalité représente « la condition *sine qua non* d'une sanction juste ». Elle est enracinée dans les notions élémentaires que sont la justice et l'équité et elle est indispensable à la confiance du public dans le système de justice. Le juge LeBel ajoute même qu'« on peut décrire à juste titre la proportionnalité de la peine comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* » (par. 36 (je souligne); voir également *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 21). Cependant, il reconnaît aussi que la « dimension constitutionnelle » de la proportionnalité de la peine réside dans le fait que l'art. 12 de la *Charte* interdit l'infliction d'une peine qui serait exagérément disproportionnée (par. 36).

[71] Malgré la remarque incidente du juge LeBel dans *Ipeelee*, affirmer que la proportionnalité constitue un principe fondamental de la détermination de la peine n'équivaut pas à affirmer que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale pour décider si une atteinte à la liberté contrevient ou non à l'art. 7 la *Charte*. Les principes et les objectifs de la détermination d'une peine juste, énoncés aux art. 718 et suivants du *Code criminel*, y compris le principe fondamental de proportionnalité inscrit à l'art. 718.1, ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. Le législateur peut les modifier et les abroger à son gré, sous réserve du seul respect

impose a fit sentence, but it cannot require a sentencing judge to impose grossly disproportionate punishment. It follows, then, that the Court of Appeal erred in declaring proportionality in the sentencing process to be a principle of fundamental justice under s. 7.

[72] This conclusion accords with precedent. In *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 160, a majority of this Court squarely rejected the proposition that there is "a principle of fundamental justice embedded in s. 7 that would give rise to a constitutional remedy against a punishment that does not infringe s. 12". The standard imposed by s. 7 with respect to sentencing is the same as it is under s. 12: *gross* disproportionality.

[73] I see no reason to depart from that holding here. Proportionality, as expressed in s. 718.1 of the *Criminal Code*, is a foundational principle of sentencing. But the constitutional standard against which punishment is measured is and remains gross disproportionality. Proportionality in the sentencing process is not a principle of fundamental justice under s. 7.

VI. Conclusion

[74] I would dismiss the Crown's appeal. The challenged portion of s. 719(3.1) violates s. 7 of the *Charter*, and the Crown has not justified that infringement under s. 1. It is therefore declared to be of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Presser Barristers, Toronto; Timothy J. Lutes, Toronto.

de l'art. 12 de la *Charte*. Il peut restreindre le pouvoir du tribunal d'infliger une peine juste, mais il ne saurait exiger l'imposition d'une peine exagérément disproportionnée. La Cour d'appel a donc eu tort de déclarer que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

[72] Cette conclusion se concilie avec la jurisprudence. Dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 160, les juges majoritaires de la Cour écartent sans équivoque l'existence d'un « principe de justice fondamentale consacré à l'art. 7 qui donnerait droit à une réparation constitutionnelle lorsqu'une peine ne contrevient pas à l'art. 12 ». La norme qu'impose l'art. 7 au chapitre de la détermination de la peine est la même que pour l'art. 12, c'est-à-dire que la disproportion doit être *exagérée*.

[73] Nul motif ne justifie que l'on se dissocie en l'espèce de cette décision. La proportionnalité dont il est question à l'art. 718.1 du *Code criminel* constitue un principe fondateur de la détermination de la peine. Toutefois, la norme constitutionnelle au regard de laquelle une peine est appréciée est et demeure celle de la disproportion exagérée. La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine ne constitue pas un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

VI. Conclusion

[74] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. La partie contestée du par. 719(3.1) contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, et le ministère public n'a pas établi que l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier. Elle est donc déclarée inopérante suivant l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Presser Barristers, Toronto; Timothy J. Lutes, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Russel Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitors for the intervener the John Howard Society of Canada: Polley Faith, Toronto.

Solicitors for the intervener the West Coast Prison Justice Society: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Russel Silverstein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société John Howard du Canada : Polley Faith, Toronto.

Procureurs de l'intervenante West Coast Prison Justice Society : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.

World Bank Group *Appellant*

v.

Kevin Wallace,
Zulfiquar Bhuiyan,
Ramesh Shah,
Mohammad Ismail and
Her Majesty The Queen in Right of Canada *Respondents*

and

Criminal Lawyers' Association (Ontario), Transparency International Canada Inc., Transparency International e.V., British Columbia Civil Liberties Association, European Bank for Reconstruction and Development, Organisation for Economic Co-operation and Development, African Development Bank Group, Asian Development Bank, Inter-American Development Bank and Nordic Investment Bank *Interveners*

Groupe de la Banque mondiale *Appelant*

c.

Kevin Wallace,
Zulfiquar Bhuiyan,
Ramesh Shah,
Mohammad Ismail et
Sa Majesté la Reine du chef du Canada *Intimés*

et

Criminal Lawyers' Association (Ontario), Transparency International Canada Inc., Transparency International e.V., Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Organisation de coopération et de développement économiques, Groupe de la Banque africaine de développement, Asian Development Bank, Banque interaméricaine de développement et Nordic Investment Bank *Intervenants*

Indexed as: World Bank Group *v.* Wallace

2016 SCC 15

File No.: 36315.

2015: November 6; 2016: April 29.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Public international law — Jurisdictional immunity — International organizations — Financial institutions — Accused in Canadian criminal proceedings applying for third party production order to compel senior investigators of international financial organization to appear before court and produce documents — International financial organization claiming archival and personnel immunities under its Articles of Agreement — Whether

Répertorié : Groupe de la Banque mondiale *c.* Wallace

2016 CSC 15

N° du greffe : 36315.

2015 : 6 novembre; 2016 : 29 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE DE L'ONTARIO

Droit international public — Immunité de juridiction — Organisations internationales — Institutions financières — Demande de communication par des tiers présentée par des inculpés dans une poursuite criminelle au Canada en vue d'obtenir que des enquêteurs seniors d'une organisation financière internationale comparaissent devant les tribunaux canadiens et communiquent des documents — Inviolabilité de ses archives et

claimed immunities apply to international financial organization — Bretton Woods and Related Agreements Act, R.S.C. 1985, c. B-7, Sch. II, arts. I, III, s. 5(b), art. VII, ss. 1, 3, 5, 6, 8, Sch. III, arts. I, V, s. 1(g), (h), art. VIII, ss. 1, 3, 5, 6, 8.

Criminal law — Evidence — Disclosure — Interception of communications — Accused charged with bribing foreign public officials — Accused challenging wiretap authorizations on Garofoli application — Accused seeking production of documents held by third party international financial organization and validation of subpoenas to organization's personnel in support of application — Whether documents sought by accused are relevant to Garofoli application — Proper threshold for third party production on a Garofoli application.

The World Bank Group is an international organization headquartered in Washington, D.C. composed of five separate organizations, including the International Bank for Reconstruction and Development ("IBRD") and the International Development Association ("IDA"). Each constituent organization has its own set of governing documents which set out the immunities and privileges the organization is to enjoy in the territory of each member state.

The World Bank Group provides loans, guarantees, credits and grants for development projects and programs in developing countries. The World Bank Group was originally one of the primary lenders for the project at the heart of this case, the Padma Multipurpose Bridge in Bangladesh. SNC-Lavalin Inc. was one of several companies bidding for a contract to supervise the construction of the bridge. The four individual respondents — three former employees of SNC-Lavalin and one representative of a Bangladeshi official — allegedly conspired to bribe Bangladeshi officials to award the contract to SNC-Lavalin. They are all charged with an offence under the Canadian *Corruption of Foreign Public Officials Act*.

The Integrity Vice Presidency ("INT") is an independent unit within the World Bank Group responsible for

immunité de son personnel invoquées par l'organisation financière internationale en vertu de ses statuts — Les immunités invoquées s'appliquent-elles à l'organisation financière internationale? — Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes, L.R.C. 1985, c. B-7, ann. II, art. I, III, s. 5b), art. VII, s. 1, 3, 5, 6, 8, ann. III, art. I, V, s. 1g), h), art. VIII, s. 1, 3, 5, 6, 8.

Droit criminel — Preuve — Communication de la preuve — Interception de communications — Inculpés accusés d'avoir soudoyé des agents publics étrangers — Contestation par les inculpés des autorisations d'écoute électronique par voie d'une demande de type Garofoli — Communication de documents en la possession d'un tiers, une organisation financière internationale, et validation des assignations à comparaître délivrées à l'égard de membres du personnel de l'organisation sollicitées par les inculpés au soutien de la demande — Les documents dont la communication était requise par les inculpés sont-ils pertinents dans le cadre d'une demande de type Garofoli? — Quel est le critère applicable à la communication par des tiers dans le cadre d'une demande de type Garofoli?

Organisation internationale dont le siège social est situé à Washington, le Groupe de la Banque mondiale se compose de cinq organes distincts, dont la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (« BIRD ») et l'Association internationale de développement (« IDA »). Chaque organisation qui le compose est régie par ses propres statuts, lesquels énoncent les immunités et privilèges dont jouit l'organisation sur le territoire de chaque État membre.

Le Groupe de la Banque mondiale consent des prêts, des garanties, des crédits et des subventions à l'égard de projets et programmes de développement mis en œuvre dans des pays en voie de développement. Le Groupe de la Banque mondiale était à l'origine l'un des principaux prêteurs du projet qui se trouve au cœur du présent litige, le projet de pont polyvalent sur la Padma, au Bangladesh. À l'instar de plusieurs autres sociétés, SNC-Lavalin a soumissionné pour obtenir le contrat de supervision des travaux de construction du pont. Les quatre intimés — trois anciens employés de SNC-Lavalin et un représentant d'un fonctionnaire bangladais — auraient supposément comploté dans le dessein de soudoyer des représentants bangladais afin que le contrat soit accordé à SNC-Lavalin. Ils sont tous accusés d'avoir enfreint la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, une loi canadienne.

La vice-présidence chargée des questions d'intégrité (« INT »), une unité indépendante au sein du Groupe de

investigating allegations of fraud, corruption and collusion in relation to projects financed by the World Bank Group. It was the INT that had initially received a series of emails from tipsters suggesting there was corruption in the process for awarding the supervision contract, involving SNC-Lavalin employees. The INT later shared the tipsters' emails, its own investigative reports and other documents with the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP").

The RCMP then sought and obtained authorizations to intercept private communications in order to obtain direct evidence of the accused's participation in corruption, as well as a search warrant. Sgt. D was assigned to prepare affidavits for the application. He largely relied on information the INT shared based on its communications with the tipsters, as well as knowledge of the bidding process of a senior investigator with INT. Sgt. D also spoke directly to one of the tipsters. Sgt. D did not make any handwritten notes of his work as affiant. All of his emails for the period of the investigation were lost because of a computer problem, though many were recovered through other sources.

The Crown charged the four accused under the *Corruption of Foreign Public Officials Act* and joined their proceedings by direct indictment. The Crown intends to present intercepted communications at trial. For their part, the accused seek to challenge the wiretap authorizations pursuant to *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421. In support of their application, the accused sought an order requiring production of certain INT records, as well as the validation of two subpoenas issued to the investigators of the INT.

However, the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA provide that their archives shall be inviolable. In addition, the Articles of Agreement provide that all officers and employees shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity, except when the IBRD or the IDA waives this immunity. These immunities have been implemented in Canadian law by two Orders in Council, and the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA have been approved by Parliament in their entirety through the *Bretton Woods and Related Agreements Act*.

la Banque mondiale, est chargée d'enquêter sur les allégations de fraude, de corruption et de collusion dans les projets financés par le Groupe. C'est l'INT qui a d'abord reçu une série de courriels provenant d'informateurs suggérant l'existence de corruption dans le processus d'attribution du contrat de supervision impliquant des employés de SNC-Lavalin. Par la suite, l'INT a transmis à la Gendarmerie royale du Canada (la « GRC ») les courriels des informateurs, ses propres rapports d'enquête et d'autres documents.

La GRC a alors demandé et obtenu des autorisations d'intercepter des communications privées en vue de recueillir des éléments de preuve directe de la participation des inculpés à la corruption, ainsi qu'un mandat de perquisition. Le sergent D a été chargé de rédiger les affidavits accompagnant la demande. Il s'est appuyé en grande partie sur les renseignements transmis par l'INT, lesquels étaient fondés sur les communications de cette dernière avec les informateurs, et les connaissances d'un enquêteur senior de l'INT quant au processus de soumission. Le sergent D s'est également entretenu directement avec l'un des informateurs. Le sergent D n'a pas pris de notes manuscrites lors de cette tâche. Tous ses courriels pour la période correspondant à l'enquête ont été perdus à cause d'un problème informatique, mais par ailleurs beaucoup ont pu être récupérés d'autres sources.

La Couronne a accusé les quatre inculpés d'infractions à la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, et a réuni leurs dossiers par voie de mise en accusation directe. Au procès, la Couronne entend introduire en preuve des communications interceptées. Pour leur part, les inculpés cherchent à contester les autorisations d'écoute électronique en se fondant sur l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421. Au soutien de leur demande, ils ont sollicité une ordonnance de communication de certains dossiers en la possession de l'INT et la validation de deux assignations à comparaître délivrées à l'égard des enquêteurs de l'INT.

Or, l'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA disposent que leurs archives sont inviolables. En outre, ils prévoient que tous les fonctionnaires et employés de la BIRD ou de l'IDA ne pourront faire l'objet de poursuites à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf lorsque la BIRD ou l'IDA aura levé cette immunité. Ces immunités ont été incorporées au droit interne canadien en vertu de deux décrets, et l'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA ont été approuvés dans leur intégralité par le Parlement canadien, qui les a annexés à la *Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes*.

Two issues were raised on the application: (1) whether the World Bank Group could be subject to a production order issued by a Canadian court given the immunities accorded to the IBRD and the IDA, and (2) if so, whether in the context of a challenge to the wiretap authorizations pursuant to *Garofoli*, the documents sought met the test for relevance.

With respect to the first issue, the trial judge found that the immunities and privileges claimed were *prima facie* applicable to the archives and personnel of the INT. However, he determined that the World Bank Group had waived these immunities by participating in the RCMP investigation. In any event, he was not persuaded that the documents at issue were "archives". Moreover, in his view, the term "inviolable" in the Articles of Agreement connoted protection from search and seizure or confiscation, but not from production for inspection. On the second issue, the trial judge concluded that the documents were likely relevant to issues that would arise on a *Garofoli* application. Accordingly, he ordered that the documents be produced for review by the court.

Held: The appeal should be allowed and the production order set aside.

Notwithstanding its operational independence, the INT's documents form part of either the IBRD's or the IDA's archives, and the INT's personnel benefit from legal process immunity for acts performed in an official capacity. Because the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA provide the legal foundation for the World Bank Group's integrity regime, and by extension the INT, the immunities outlined in those Articles of Agreement shield the documents and personnel of the INT.

Section 3 of Articles VII and VIII of the IBRD's and the IDA's Articles of Agreement, respectively, which confirms that the IBRD and the IDA can be the subject of a lawsuit in a court of competent jurisdiction, is not engaged in the present appeal. The present appeal involves a request for document production directed at personnel of the INT in the context of criminal charges. It is not the kind of action contemplated by s. 3.

Nor are the immunities outlined in ss. 5 and 8 of Articles VII and VIII, respectively, "functional" in the sense that the immunities only apply where it has been demonstrated that their application is necessary for the organization to carry out its operations and responsibilities. The

La demande soulevait deux questions, à savoir (1) si le Groupe de la Banque mondiale pouvait être sujet à une ordonnance de communication rendue par un tribunal canadien vu les immunités conférées à la BIRD et à l'IDA et (2), dans l'affirmative, si les documents dont la communication était requise satisfaisaient au critère de la pertinence applicable à une contestation des autorisations d'écoute électronique fondée sur l'arrêt *Garofoli*.

À propos de la première question, le juge d'instance a exprimé l'avis que les immunités et privilèges invoqués s'appliquaient a priori aux archives et au personnel de l'INT. Cependant, il est arrivé à la conclusion que le Groupe de la Banque mondiale avait levé ces immunités en participant à l'enquête de la GRC. Quoi qu'il en soit, il n'était pas convaincu que les documents faisant l'objet du litige constituaient des « archives ». En outre, il a estimé que le terme « inviolable » dans l'Accord et dans les Statuts connotait la protection contre la perquisition, la saisie ou la confiscation plutôt que contre la communication pour examen. À l'égard de la deuxième question, le juge d'instance a conclu à la pertinence probable des documents, dans le contexte d'une demande de type *Garofoli*. Par conséquent, le juge a ordonné la communication des documents pour examen par le tribunal.

Arrêt : L'appel est accueilli, et l'ordonnance de communication est annulée.

En dépit de son indépendance fonctionnelle, les documents de l'INT appartiennent aux archives de la BIRD ou de l'IDA, et les employés de l'INT jouissent de l'immunité des poursuites accordée à l'égard des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. L'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA constituant le fondement juridique du régime d'intégrité du Groupe de la Banque mondiale — et partant l'INT —, les immunités qui y sont prévues s'appliquent aux documents et au personnel de l'INT.

La section 3 de l'article VII de l'Accord relatif à la BIRD et de l'article VIII des Statuts de l'IDA, qui confirme que la BIRD et l'IDA peuvent être poursuivies devant un tribunal compétent, ne s'applique pas en l'espèce. Le présent pourvoi porte sur une demande de communication de documents visant le personnel de l'INT dans le contexte d'accusations en matière criminelle. Ce n'est pas le genre de poursuite dont il est question à la section 3.

Les immunités énoncées aux sections 5 et 8 des articles VII et VIII, respectivement, ne sont pas non plus « fonctionnelles », c'est-à-dire qu'elles ne s'appliquent uniquement que si leur nécessité a été expressément démontrée pour l'exercice des opérations et responsabilités

signatory states of the Articles of Agreement set out, in advance, the specific immunities that enable the IBRD and the IDA to fulfill their responsibilities. The very wording of s. 1 of Articles VII and VIII suggests that this was an explicit choice. To import an added condition of functional necessity would undermine what appears to be a conscious choice to enumerate specific immunities rather than to rely on a broad, functional grant of immunity.

As regards the inviolability of the organization's archives, the trial judge erred in construing so narrowly an immunity that is integral to the independent functioning of international organizations. The immunity outlined in s. 5 shields the entire collection of stored documents of the IBRD and the IDA from both search and seizure and from compelled production. This broader interpretation is consistent with the plain and ordinary meaning of the terms of s. 5 and is in harmony with its object and purpose. Partial voluntary disclosure of some documents by the World Bank Group does not amount to a waiver of this immunity. Indeed, the archival immunity is not subject to waiver.

The personnel immunity also applies since the challenged subpoenas required Mr. Haynes and Mr. Kim to give evidence. It is uncontested that the INT personnel were performing acts in their official capacity when they obtained the information that the accused now seek. It is also undisputed that the scope of the legal process immunity in s. 8 of Articles VII and VIII shields employees acting in an official capacity from not only civil suit and prosecution, but from legal processes such as subpoenas. While this personnel immunity can be waived, the object and purpose of the treaty favour an express waiver requirement. Given the absence of such express waiver, the trial judge erred in his finding that the World Bank Group waived this immunity.

Even if the World Bank Group did not possess any of the immunities identified in the Articles of Agreement, the production order should not have been issued under the framework for third party production set out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. A *Garofoli* application is more limited in scope than a typical *O'Connor* application, relating as it does to the admissibility of evidence, namely intercepted communications. An *O'Connor* application made in the context of a *Garofoli*

de l'organisation. Les États signataires de l'Accord et des Statuts ont défini, à l'avance, les diverses immunités qui permettent à la BIRD et à l'IDA de s'acquitter de leurs responsabilités. Le texte même de la section 1 des articles VII et VIII laisse entendre que c'était un choix délibéré. Ajouter une condition de nécessité fonctionnelle minerait ce qui semble être le choix délibéré d'énumérer les diverses immunités plutôt que de prévoir une immunité fonctionnelle générale.

À propos de l'inviolabilité des archives de l'organisation, le juge d'instance a commis une erreur en interprétant de façon aussi étroite une immunité intimement liée au fonctionnement indépendant des organisations internationales. L'immunité définie à la section 5 protège l'ensemble de la collection des documents archivés de la BIRD et de l'IDA à la fois contre les fouilles, perquisitions et saisies et contre la communication. Cette interprétation plus large est conforme au sens ordinaire des termes de la section 5 et elle s'harmonise avec l'objet et le but de cette disposition. En communiquant certains documents volontairement, le Groupe de la Banque mondiale n'a pas levé cette immunité. En effet, l'inviolabilité des archives ne peut être levée.

L'immunité du personnel s'applique aussi, étant donné que les assignations contestées contraignaient également MM. Haynes et Kim à témoigner. Il est incontesté que le personnel de l'INT accomplissait des actes dans l'exercice de ses fonctions lorsqu'il a obtenu les renseignements sollicités par les inculpés. Il n'est pas contesté non plus que l'immunité contre les poursuites prévue à la section 8 des articles VII et VIII protège les employés à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, non seulement contre les poursuites civiles et pénales, mais aussi contre les sommations judiciaires, telles les assignations à comparaître. Si l'immunité du personnel peut être levée, l'objet et le but du traité militent en faveur de la reconnaissance d'une exigence de renonciation expresse. Vu l'absence d'une renonciation expresse, le juge d'instance a conclu à tort que le Groupe de la Banque mondiale avait renoncé à son immunité.

Même si le Groupe de la Banque mondiale ne bénéficiait d'aucune des immunités définies dans l'Accord et dans les Statuts, l'ordonnance de communication n'aurait pas dû être rendue conformément au cadre établi dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, pour la communication de dossiers en la possession de tiers. La demande de type *Garofoli* a une portée plus limitée que la demande classique de type *O'Connor*, car elle concerne la recevabilité de la preuve, à savoir les communications

application must be confined to the narrow issues that a *Garofoli* application is meant to address. The *Garofoli* framework assesses the reasonableness of a search when wiretaps are used to intercept private communications. A search will be reasonable if the statutory preconditions for a wiretap authorization have been met. A *Garofoli* application does not determine whether the allegations underlying the wiretap application are ultimately true — a matter to be decided at trial — but rather whether the affiant had a reasonable belief in the existence of the requisite statutory grounds. What matters is what the affiant knew or ought to have known at the time the affidavit in support of the wiretap authorization was sworn.

While the *O'Connor* process may be used to obtain records for purposes of a *Garofoli* application, the relevance threshold applicable to such an application is narrower than that on a typical *O'Connor* application. To obtain third party records in a *Garofoli* application an accused must show a reasonable likelihood that the records will be of probative value to the narrow issues in play on such an application. This test for third party production is also consistent with another form of discovery on a *Garofoli* application: cross-examination of the affiant. Both forms of discovery serve similar purposes and engage similar policy concerns. The justifications that warrant limiting cross-examination of the affiant apply with equal force to third party production applications. The "reasonable likelihood" threshold is appropriate to the *Garofoli* context and fair to the accused.

The trial judge erred in assessing the accused's arguments. Although he correctly placed the burden on the accused, he did not properly assess the relevance of the documents being sought. In particular, he blurred the distinction in a *Garofoli* application between the affiant's knowledge and the knowledge of others involved in the investigation. In this case, that distinction is crucial. While the documents sought may be relevant to the ultimate truth of the allegations in the affidavits, they are not reasonably likely to be of probative value to what Sgt. D knew or ought to have known since he did not consult them. The accused have not shown that it was unreasonable for him to rely on the information he received

interceptées. La demande de type *O'Connor* présentée dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* doit être circonscrite aux questions limitées que soulève cette dernière. Le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Garofoli* permet d'apprécier le caractère abusif ou non de la fouille ou perquisition que constitue l'écoute électronique interceptant des communications privées. La fouille ou perquisition n'est pas abusive si les conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation d'écoute électronique ont été respectées. La demande de type *Garofoli* vise, non pas la question de savoir si les affirmations qui fondent la dénonciation en vue d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique sont vraies — une question qui sera tranchée au procès —, mais celle de savoir si le déposant a une croyance raisonnable en l'existence des motifs légaux requis. Ce qui importe, c'est ce que le déposant savait ou aurait dû savoir au moment où il a souscrit l'affidavit accompagnant la dénonciation.

Certes, une personne peut se prévaloir de la procédure de type *O'Connor* pour obtenir des documents à l'appui d'une demande de type *Garofoli*, mais le critère de pertinence dans ce cas est plus restrictif que celui qui s'applique ordinairement à la première. Pour obtenir des documents en la possession de tiers pour sa demande de type *Garofoli*, l'accusé doit démontrer qu'il est raisonnablement probable que ces documents auront une valeur probante quant aux questions limitées que soulève sa demande. Ce critère, qui régit la communication de documents par des tiers, s'applique également à une autre forme d'enquête préalable menée dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* : le contre-interrogatoire du déposant. Les deux formes visent des objets similaires et soulèvent des préoccupations de principe semblables. Les raisons qui justifient de limiter le contre-interrogatoire du déposant s'appliquent avec autant de force à la demande de communication par des tiers. Le critère de la « probabilité raisonnable » convient à une demande de type *Garofoli* et est équitable pour l'accusé.

Le juge d'instance a commis une erreur dans son appréciation des arguments des inculpés. Bien qu'il ait à juste titre imposé le fardeau de la preuve aux inculpés, il n'a pas apprécié correctement la pertinence des documents exigés. Tout particulièrement, il a confondu, dans le cadre d'une demande de type *Garofoli*, la connaissance du déposant et celle des enquêteurs. En l'espèce, cette distinction est cruciale. Si les documents demandés sont susceptibles de permettre d'établir la véracité des affirmations contenues dans les affidavits, il n'est pas raisonnablement probable qu'ils aient une valeur probante lorsqu'il s'agit de déterminer ce que le sergent D savait ou aurait dû savoir puisqu'il ne les a pas consultés. Les

from the INT and other officers. Furthermore, accepting the argument that the INT's records should be presumed relevant because first party documents were lost or not created would require a significant change to the *O'Connor* framework. Such a change is not necessary. Any loss of information must be addressed through the remedial framework set forth in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, which may well be the appropriate framework for addressing any prejudice resulting from the World Bank Group's assertion of its immunities. The accused did not argue these issues on this appeal, and they are best left to the trial judge.

Cases Cited

Distinguished: *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; **applied:** *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **referred to:** *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, S.C.C., No. 27108, August 31, 2000 (*Bulletin of Proceedings*, September 29, 2000, p. 1542); *Taypotat v. Taypotat*, S.C.C., No. 35518, August 7, 2014 (*Bulletin of Proceedings*, August 29, 2014, p. 1292); *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Scimet v. African Development Bank* (1997), 128 I.L.R. 582; *Shearson Lehman Bros. Inc. v. Maclaine Watson & Co. (No. 2)*, [1988] 1 All E.R. 116; *R. (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)*, [2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921; *Taiwan v. United States District Court for the Northern District of California*, 128 F.3d 712 (1997); *Iraq v. Vinci Constructions* (2002), 127 I.L.R. 101; *Owens, Re Application for Judicial Review*, [2015] NIQB 29; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Sipes*, 2009 BCSC 612; *R. v. McKinnon*, 2013 BCSC 2212; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Ebanks*, 2009

inculpés n'ont pas démontré qu'il était déraisonnable de sa part de se fier aux renseignements qu'il avait reçus de l'INT et d'autres agents. En outre, accepter l'argument selon lequel la pertinence des documents de l'INT doit être présumée en raison de la disparition ou de l'absence des documents de la partie principale signifierait un changement important du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *O'Connor*. Un tel changement n'est pas nécessaire. Lorsque des renseignements manquent, il doit être remédié à ce manque selon le cadre établi dans l'arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, et il se pourrait très bien que ce soit le bon moyen de redresser le préjudice, s'il en est, découlant des immunités invoquées par le Groupe de la Banque mondiale. Les inculpés n'ont pas soulevé ces questions devant la Cour, et il convient d'en laisser l'appréciation au juge du procès.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; **arrêts appliqués :** *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés :** *Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, C.S.C., nº 27108, 31 août 2000 (*Bulletin des procédures*, 29 septembre 2000, p. 1542); *Taypotat c. Taypotat*, C.S.C., nº 35518, 7 août 2014 (*Bulletin des procédures*, 29 août 2014, p. 1292); *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Scimet c. African Development Bank* (1997), 128 I.L.R. 582; *Shearson Lehman Bros. Inc. c. Maclaine Watson & Co. (No. 2)*, [1988] 1 All E.R. 116; *R. (Bancoult) c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)*, [2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921; *Taiwan c. United States District Court for the Northern District of California*, 128 F.3d 712 (1997); *Iraq c. Vinci Constructions* (2002), 127 I.L.R. 101; *Owens, Re Application for Judicial Review*, [2015] NIQB 29; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Sipes*, 2009 BCSC 612; *R. c. McKinnon*, 2013 BCSC 2212; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Ebanks*, 2009 ONCA 851,

ONCA 851, 97 O.R. (3d) 721; *R. v. Ahmed*, 2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL); *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Croft*, 2013 ABQB 705, 576 A.R. 333; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Ali*, 2013 ONSC 2629; *R. v. Alizadeh*, 2013 ONSC 5417; *R. v. Way*, 2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258; *R. v. Bernath*, 2015 BCSC 632; *R. v. Edwardsen*, 2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191; *R. v. Lemke*, 2015 ABQB 444; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680.

Statutes and Regulations Cited

Bretton Woods and Related Agreements Act, R.S.C. 1985, c. B-7, Sch. II, arts. I, III, s. 5(b), art. VII, ss. 1, 3, 5, 6, 8, Sch. III, arts. I, V, s. 1(g), (h), art. VIII, ss. 1, 3, 5, 6, 8.

Corruption of Foreign Public Officials Act, S.C. 1998, c. 34.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VI, ss. 185, 186, 187(1.4).

International Development Association, International Finance Corporation and Multilateral Investment Guarantee Agency Privileges and Immunities Order, SOR/2014-137.

International Monetary Fund and International Bank for Reconstruction and Development Order, P.C. 1945-7421.

Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order, SOR/80-64, s. 3(1).

Treaties and Other International Instruments

Charter of the United Nations, Can. T.S. 1945 No. 7, art. 105.

Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Can. T.S. 1948 No. 2, art. II, s. 4.

Covenant of the League of Nations, art. 7, published in (1920), 1 *League of Nations O.J.* 3.

Vienna Convention on Consular Relations, Can. T.S. 1974 No. 25, art. 1(1)(k), "consular archives".

Vienna Convention on Diplomatic Relations, Can. T.S. 1966 No. 29, art. 24.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, arts. 31, 32.

Authors Cited

Ahluwalia, Kuljit. *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1964.

97 O.R. (3d) 721; *R. c. Ahmed*, 2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL); *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Croft*, 2013 ABQB 705, 576 A.R. 333; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Ali*, 2013 ONSC 2629; *R. c. Alizadeh*, 2013 ONSC 5417; *R. c. Way*, 2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258; *R. c. Bernath*, 2015 BCSC 632; *R. c. Edwardsen*, 2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191; *R. c. Lemke*, 2015 ABQB 444; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie VI, art. 185, 186, 187(1.4).

Décret sur le Fonds monétaire international et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, C.P. 1945-7421.

Décret sur les privilèges et immunités de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest, DORS/80-64, art. 3(1).

Décret sur les privilèges et immunités relatifs à l'Association internationale de développement, à la Société financière internationale et à l'Agence multilatérale de garantie des investissements, DORS/2014-137.

Loi sur la corruption d'agents publics étrangers, L.C. 1998, c. 34.

Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes, L.R.C. 1985, c. B-7, ann. II, art. I, III, s. 5b), art. VII, s. 1, 3, 5, 6, 8, ann. III, art. I, V, s. 1g), h), art. VIII, s. 1, 3, 5, 6, 8.

Traités et autres instruments internationaux

Charte des Nations Unies, R.T. Can. 1945 nº 7, art. 105.

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 nº 37, art. 31, 32.

Convention de Vienne sur les relations consulaires, R.T. Can. 1974 nº 25, art. 1(1)*k*), « archives consulaires ».

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, R.T. Can. 1966 nº 29, art. 24.

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, R.T. Can. 1948 nº 2, art. II, s. 4.

Pacte de la Société des Nations, art. 7, publié dans (1920), 1 *Société des Nations J.O.* 3.

Doctrine et autres documents cités

Ahluwalia, Kuljit. *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1964.

Black's Law Dictionary, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "archive".

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "archive".

Collins Canadian Dictionary. Toronto: HarperCollins, 2010, "archives".

de Villers, Marie-Éva. *Multidictionnaire de la langue française*, 5e éd. Montréal: Québec Amérique, 2009, "*archives*".

Denza, Eileen. *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Fedder, Edwin H. "The Functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization" (1960), 9 *Am. U.L. Rev.* 60.

Fox, James R. *Dictionary of International and Comparative Law*, 3rd ed. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 2003, "diplomatic archives", "inviolability".

Grant, John P., and J. Craig Barker, eds. *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 2nd ed. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 2004, "archives, diplomatic and consular".

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom*. Melbourne: Law Book Co., 1971.

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated February 2016, release 41).

Jenks, C. Wilfred. *International Immunities*. London: Stevens & Sons, 1961.

Jenks, C. Wilfred. "Some Problems of an International Civil Service" (1943), 3 *P.A.R.* 93.

Jenks, C. Wilfred. *The Proper Law of International Organisations*. London: Stevens & Sons, 1962.

Klabbers, Jan. *An Introduction to International Organizations Law*, 3rd ed. Cambridge: University Press, 2015.

Kunz, Josef L. "Privileges and Immunities of International Organizations" (1947), 41 *A.J.I.L.* 828.

League of Nations. Secretary-General. "Communications from the Swiss Federal Council Concerning the Diplomatic Immunities to be Accorded to the Staff of the League of Nations and of the International Labour Office" (1926), 7 *League of Nations O.J.* 1422.

LeSage, Patrick J., and Michael Code. *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures*.

Black's Law Dictionary, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « *archive* ».

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed., by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « *archive* ».

Collins Canadian Dictionary, Toronto, HarperCollins, 2010, « *archives* ».

de Villers, Marie-Éva. *Multidictionnaire de la langue française*, 5e éd., Montréal, Québec Amérique, 2009, « archives ».

Denza, Eileen. *Diplomatic Law : Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

Fedder, Edwin H. « The Functional Basis of International Privileges and Immunities : A New Concept in International Law and Organization » (1960), 9 *Am. U.L. Rev.* 60.

Fox, James R. *Dictionary of International and Comparative Law*, 3rd ed., Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 2003, « *diplomatic archives* », « *inviolability* ».

Grant, John P., and J. Craig Barker, eds. *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 2nd ed., Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 2004, « *archives, diplomatic and consular* ».

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom*, Melbourne, Law Book Co., 1971.

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure*, vol. 2, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated February 2016, release 41).

Jenks, C. Wilfred. *International Immunities*, London, Stevens & Sons, 1961.

Jenks, C. Wilfred. « Some Problems of an International Civil Service » (1943), 3 *P.A.R.* 93.

Jenks, C. Wilfred. *The Proper Law of International Organisations*, London, Stevens & Sons, 1962.

Klabbers, Jan. *An Introduction to International Organizations Law*, 3rd ed., Cambridge, University Press, 2015.

Kunz, Josef L. « Privileges and Immunities of International Organizations » (1947), 41 *A.J.I.L.* 828.

LeSage, Patrick J., et Michael Code. *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes*, Toronto, ministère du Procureur général de l'Ontario, 2008.

Lexis : le dictionnaire érudit de la langue française, Paris, Larousse, 2009, « archives ».

Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2008.

Lexis: le dictionnaire érudit de la langue française. Paris: Larousse, 2009, "*archives*".

Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, "archive".

Miller, Anthony J. "The Privileges and Immunities of the United Nations" (2009), 6 *I.O.L.R.* 7.

Morton, Charles. *Les privilèges et immunités diplomatiques: étude théorique suivie d'un bref exposé des usages de la Suisse dans ce domaine*. Lausanne: Imprimerie La Concorde, 1927.

Muller, A. S. *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship.* The Hague: Kluwer Law International, 1995.

Preuss, Lawrence. "Diplomatic Privileges and Immunities of Agents Invested with Functions of an International Interest" (1931), 25 *A.J.I.L.* 694.

Reinisch, August. *International Organizations Before National Courts*. Cambridge: University Press, 2000.

Reinisch, August. "Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations — An Introduction", in August Reinisch, ed., *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*. Oxford: University Press, 2013, 1.

Reinisch, August, and Jakob Wurm. "International Financial Institutions before National Courts", in Daniel D. Bradlow and David B. Hunter, eds., *International Financial Institutions and International Law*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, 103.

Salmon, Jean, dir. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant, 2001, "*archives d'une organisation internationale*".

Sands, Philippe, and Pierre Klein. *Bowett's Law of International Institutions*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.

Secretan, Jacques. *Les immunités diplomatiques des représentants des états membres et des agents de la Société des nations*. Lausanne: Librairie Payot, 1928.

Sen, B. *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, 3rd rev. ed. The Hague: Martinus Nijhoff, 1980.

United Nations. International Law Commission. "Fifth report on relations between States and international organizations (second part of the topic)", by Leonardo Díaz González, U.N. Doc. A/CN.4/438, in *Yearbook of the International Law Commission 1991*, vol. II, Part One. New York: United Nations, 1994, 91.

Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 11th ed., Springfield (Mass.), Merriam-Webster, 2003, « *archive* ».

Miller, Anthony J. « The Privileges and Immunities of the United Nations » (2009), 6 *I.O.L.R.* 7.

Morton, Charles. *Les privilèges et immunités diplomatiques : étude théorique suivie d'un bref exposé des usages de la Suisse dans ce domaine*, Lausanne, Imprimerie La Concorde, 1927.

Muller, A. S. *International Organizations and their Host States : Aspects of their Legal Relationship*, The Hague, Kluwer Law International, 1995.

Nations Unies. Commission du droit international. « Cinquième rapport sur les relations entre les États et les organisations internationales (deuxième partie du sujet) », par Leonardo Díaz González, Doc. N.U. A/CN.4/438, dans *Annuaire de la Commission du droit international 1991*, vol. II, première partie, New York, Nations Unies, 1994, 93.

Preuss, Lawrence. « Diplomatic Privileges and Immunities of Agents Invested with Functions of an International Interest » (1931), 25 *A.J.I.L.* 694.

Reinisch, August. *International Organizations Before National Courts*, Cambridge, University Press, 2000.

Reinisch, August. « Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations — An Introduction », in August Reinisch, ed., *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford, University Press, 2013, 1.

Reinisch, August, and Jakob Wurm. « International Financial Institutions before National Courts », in Daniel D. Bradlow and David B. Hunter, eds., *International Financial Institutions and International Law*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Kluwer Law International, 2010, 103.

Salmon, Jean, dir. *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, « archives d'une organisation internationale ».

Sands, Philippe, and Pierre Klein. *Bowett's Law of International Institutions*, 6th ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.

Secretan, Jacques. *Les immunités diplomatiques des représentants des états membres et des agents de la Société des nations*, Lausanne, Librairie Payot, 1928.

Sen, B. *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, 3rd rev. ed., The Hague, Martinus Nijhoff, 1980.

Société des Nations. Secrétaire général. « Communications du Conseil fédéral suisse concernant le régime des immunités diplomatiques du personnel de la Société des

Wouters, Jan, Sanderijn Duquet and Katrien Meuwissen. "The Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations", in Andrew F. Cooper, Jorge Heine and Ramesh Thakur, eds., *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*. Oxford: University Press, 2013, 510.

APPEAL from a decision of the Ontario Superior Court of Justice (Nordheimer J.), 2014 ONSC 7449, [2014] O.J. No. 6534 (QL), granting in part an application by the accused seeking an order for the validation of subpoenas and compelling the production of documents. Appeal allowed.

Alan J. Lenczner, *Q.C.*, *Scott Rollwagen* and *Chris Kinnear-Hunter*, for the appellant.

Scott K. Fenton and *Lynda E. Morgan*, for the respondent Kevin Wallace.

Frank Addario and *Megan Savard*, for the respondent Zulfiquar Bhuiyan.

David Cousins, for the respondent Ramesh Shah.

Kathryn Wells, for the respondent Mohammad Ismail.

Nicholas E. Devlin and *François Lacasse*, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada.

Scott C. Hutchison and *Samuel Walker*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Mark A. Gelowitz and *Geoffrey Grove*, for the interveners Transparency International Canada Inc. and Transparency International e.V.

Gerald Chan and *Nader R. Hasan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Guy J. Pratte and *Nadia Effendi*, for the interveners the European Bank for Reconstruction and

Nations et du Bureau international du Travail » (1926), 7 *Société des Nations J.O.* 1422.

Wouters, Jan, Sanderijn Duquet and Katrien Meuwissen. « The Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations », in Andrew F. Cooper, Jorge Heine and Ramesh Thakur, eds., *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, University Press, 2013, 510.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Nordheimer), 2014 ONSC 7449, [2014] O.J. No. 6534 (QL), qui a accueilli en partie une demande présentée par les inculpés en vue d'obtenir la validation d'assignations à comparaître et une ordonnance de communication de documents. Pourvoi accueilli.

Alan J. Lenczner, *c.r.*, *Scott Rollwagen* et *Chris Kinnear-Hunter*, pour l'appelant.

Scott K. Fenton et *Lynda E. Morgan*, pour l'intimé Kevin Wallace.

Frank Addario et *Megan Savard*, pour l'intimé Zulfiquar Bhuiyan.

David Cousins, pour l'intimé Ramesh Shah.

Kathryn Wells, pour l'intimé Mohammad Ismail.

Nicholas E. Devlin et *François Lacasse*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Scott C. Hutchison et *Samuel Walker*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Mark A. Gelowitz et *Geoffrey Grove*, pour les intervenantes Transparency International Canada Inc. et Transparency International e.V.

Gerald Chan et *Nader R. Hasan*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Guy J. Pratte et *Nadia Effendi*, pour les intervenants la Banque européenne pour la reconstruction

Development, the Organisation for Economic Co-operation and Development, the African Development Bank Group, the Asian Development Bank, the Inter-American Development Bank and the Nordic Investment Bank.

The judgment of the Court was delivered by

[1] Moldaver and Côté JJ. — Corruption is a significant obstacle to international development. It undermines confidence in public institutions, diverts funds from those who are in great need of financial support, and violates business integrity. Corruption often transcends borders. In order to tackle this global problem, worldwide cooperation is needed. When international financial organizations, such as the appellant World Bank Group, share information gathered from informants across the world with the law enforcement agencies of member states, they help achieve what neither could do on their own. As this Court recently affirmed, "International organizations are active and necessary actors on the international stage" (*Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866, at para. 1).

[2] However, without any sovereign territory of their own, international organizations are vulnerable to state interference. In light of this, member states often agree to grant international organizations various immunities and privileges to preserve their orderly, independent operation. Commonly, an organization's archives are shielded from interference, and its personnel are made immune from legal process.

[3] In the present appeal, the World Bank Group's Integrity Vice Presidency ("INT") investigated allegations that representatives of SNC-Lavalin Inc. ("SNC-Lavalin") were planning to bribe officials of the Government of Bangladesh to obtain a contract related to the construction of the Padma

et le développement, l'Organisation de coopération et de développement économiques, le Groupe de la Banque africaine de développement, Asian Development Bank, la Banque interaméricaine de développement et Nordic Investment Bank.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] Les juges Moldaver et Côté — La corruption est un obstacle important au développement international. Elle mine la confiance dans les institutions publiques, détourne les fonds destinés à ceux qui ont grand besoin de soutien financier et compromet l'intégrité des entreprises. La corruption transcende souvent les frontières. La solution à ce problème mondial nécessite une coopération internationale. Les organisations financières internationales comme le Groupe de la Banque mondiale, appelant en l'espèce, qui transmettent des renseignements glanés auprès d'informateurs aux quatre coins de la planète aux forces de l'ordre des États membres contribuent à faire ce que chacun ne pourrait faire seul. Comme le disait récemment notre Cour : « Les organisations internationales jouent un rôle actif et nécessaire sur la scène internationale » (*Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866, par. 1).

[2] Toutefois, sans un territoire souverain qui leur est propre, ces organisations s'exposent à de l'ingérence étatique. C'est ainsi que les États membres acceptent souvent de leur accorder divers immunités et privilèges visant à préserver leur bon fonctionnement en toute indépendance. En règle générale, les archives d'une organisation sont protégées de toute ingérence, et son personnel est à l'abri de toutes poursuites.

[3] En l'instance, la vice-présidence chargée des questions d'intégrité (« INT ») du Groupe de la Banque mondiale (« Groupe ») a mené une enquête relativement à des allégations selon lesquelles des représentants de SNC-Lavalin Inc. (« SNC-Lavalin ») planifiaient en vue de soudoyer des représentants du

Multipurpose Bridge ("Padma Bridge"), a project valued at US$2.9 billion. The World Bank Group shared some of the information from its investigation with the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP"). On the basis of this information and other information gathered by the RCMP, the RCMP obtained wiretap authorizations. Subsequently, the individual accused (the "respondents") were jointly charged with one count of bribing foreign public officials under the *Corruption of Foreign Public Officials Act*, S.C. 1998, c. 34.

[4] The respondents challenged the wiretap authorizations pursuant to *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421. In support of their *Garofoli* application, they applied for a third party production order pursuant to *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, to compel senior investigators of the World Bank Group, Paul Haynes and Christopher Kim, to appear before a Canadian court and produce documents.

[5] The trial judge granted the applications. The World Bank Group, supported by the Crown respondent and several interveners, appeals from that order and seeks to have it overturned for two reasons.

[6] First, the World Bank Group submits that the Schedules of the *Bretton Woods and Related Agreements Act*, R.S.C. 1985, c. B-7 ("*Bretton Woods Act*"), grant immunity to the archives and personnel of certain constituent organizations of the World Bank Group, including the International Bank for Reconstruction and Development ("IBRD") and the International Development Association ("IDA"). Under Schedules II and III of the *Bretton Woods Act*, the IBRD's and the IDA's "archives . . . shall be inviolable" ("archival immunity"), and "[a]ll [g]overnors, [e]xecutive [d]irectors, [a]lternates, officers and employees . . . **(i)** shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity except when the [IBRD or IDA] waives this immunity" ("personnel

gouvernement du Bangladesh pour obtenir un contrat ayant trait à la construction d'un pont polyvalent enjambant le fleuve Padma (« pont sur la Padma »), un projet estimé à 2,9 milliards $ US. Le Groupe a transmis certains renseignements obtenus lors de son enquête à la Gendarmerie royale du Canada (« GRC »). Sur la foi de ceux-ci et d'autres renseignements obtenus par elle, la GRC a été autorisée à faire de l'écoute électronique. Par la suite, les individus (les « intimés ») furent accusés conjointement d'avoir soudoyé des agents publics étrangers, une infraction prévue à la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, L.C. 1998, c. 34.

[4] Les intimés contestent les autorisations d'écoute électronique en se fondant sur l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, et ont présenté, au soutien de cette demande, une demande de communication par des tiers fondée sur l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, en vue d'obtenir que les enquêteurs seniors du Groupe, Paul Haynes et Christopher Kim, comparaissent devant les tribunaux canadiens et communiquent des documents.

[5] Le juge d'instance a accueilli les demandes. Le Groupe, avec l'appui de la Couronne, intimée en l'espèce, et de plusieurs des intervenants, interjette appel de l'ordonnance rendue par le juge et en demande l'infirmation, pour deux motifs.

[6] Premièrement, le Groupe fait valoir que les annexes de la *Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes*, L.R.C. 1985, c. B-7 (« *Loi sur les accords de Bretton Woods* »), protègent les archives et le personnel de certaines organisations qui composent le Groupe, dont la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (« BIRD ») et l'Association internationale de développement (« IDA »). Aux termes des annexes II et III de la *Loi sur les accords de Bretton Woods*, les archives de la BIRD et de l'IDA sont « inviolables » (« inviolabilité des archives ») et, suivant l'annexe II, « [t]ous les gouverneurs, administrateurs, suppléants, fonctionnaires et employés de la Banque **i)** ne pourront faire l'objet de poursuites à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice

immunity") (Sch. II, art. VII, ss. 5 and 8; Sch. III, art. VIII, ss. 5 and 8).

[7] Accordingly, the World Bank Group submits that the documents ordered produced by the trial judge are immune from production.

[8] Second, the World Bank Group and the Crown challenge the relevance of the documents sought in the context of the *Garofoli* application. They submit that the documents ordered produced by the trial judge are not relevant on the *Garofoli* application. Therefore, in their view, the trial judge's order must be set aside on that basis as well.

[9] For reasons that follow, we agree with the appellant on both issues. Accordingly, we would allow the appeal and set aside the trial judge's order.

I. Facts

[10] The World Bank Group is an international organization headquartered in Washington, D.C. It is composed of five separate organizations, the IBRD, the IDA, the International Finance Corporation, the Multilateral Investment Guarantee Agency and the International Centre for Settlement of Investment Disputes. Canada has ratified the Articles of Agreement and conventions establishing these organizations, along with 187 other member states.

[11] Among the World Bank Group's most important responsibilities, it provides loans, guarantees, credits and grants for development projects and programs in developing countries. The World Bank Group was originally one of the primary lenders for the project at the heart of this case. The Padma Bridge project was to construct a six-kilometre long road and railway bridge over the Padma River in Bangladesh. The bridge was intended to link the

de leurs fonctions, sauf lorsque la Banque aura levé cette immunité » (le libellé des Statuts de l'IDA, à l'annexe III, sans être identique, est équivalent) (« immunité du personnel ») (ann. II, art. VII, s. 5 et 8; ann. III, art. VIII, s. 5 et 8).

[7] Par conséquent, le Groupe fait valoir que les documents dont le juge d'instance a ordonné la communication sont protégés de toute communication.

[8] Deuxièmement, le Groupe et la Couronne contestent la pertinence des documents exigés dans le contexte de la demande de type *Garofoli*. Ils font valoir que les documents dont la communication a été ordonnée par le juge d'instance ne sont pas pertinents dans le cadre de la demande de type *Garofoli*. À leur avis, il faut infirmer l'ordonnance rendue par le juge d'instance sur le fondement de cet argument également.

[9] Pour les motifs qui suivent, nous partageons l'avis de l'appelant sur les deux questions. Ainsi, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel et d'infirmer l'ordonnance rendue par le juge d'instance.

I. Faits

[10] Organisation internationale dont le siège social est situé à Washington, le Groupe se compose de cinq organes distincts : la BIRD, l'IDA, la Société financière internationale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Le Canada, à l'instar de 187 autres États membres, a ratifié les Accords, Statuts et Conventions ayant établi ces organisations.

[11] L'une des responsabilités les plus importantes du Groupe consiste à consentir des prêts, des garanties, des crédits et des subventions à l'égard de projets et programmes de développement mis en œuvre dans des pays en voie de développement. Le Groupe était à l'origine l'un des principaux prêteurs du projet qui se trouve au cœur du présent litige. Le projet de pont sur la Padma comportait la construction d'un pont routier et ferroviaire de six kilomètres

capital, Dhaka, to the isolated southwest region. Through the IDA, the World Bank Group was to lend the Government of Bangladesh US$1.2 billion of the total US$2.9 billion cost of the bridge. The rest was to be financed by an international consortium of development banks and agencies.

[12] SNC-Lavalin was one of several companies bidding for a contract to supervise the construction of the bridge (the "Supervision Contract"). A committee of Bangladeshi officials evaluated the bids. The respondents allegedly conspired to bribe the committee to award the contract to SNC-Lavalin. Three of the respondents are former employees of SNC-Lavalin: Kevin Wallace, Ramesh Shah and Mohammad Ismail. The fourth, Zulfiquar Bhuiyan, was allegedly a representative of Abul Chowdhury, a Bangladeshi official alleged to be involved in this matter. They are all charged with an offence under the *Corruption of Foreign Public Officials Act*.

[13] The INT is responsible for investigating allegations of fraud, corruption and collusion in relation to projects financed by the World Bank Group. The INT is an independent unit within the World Bank Group, reporting directly to its President. Mr. Haynes and Mr. Kim were senior investigators with the INT. Mr. Haynes was the primary investigator in this matter.

[14] In 2010, the INT received the first of a series of emails suggesting there was corruption in the process for awarding the Supervision Contract. The tipsters alleged SNC-Lavalin employees were negotiating to pay a portion of the contract amount to Bangladeshi officials in exchange for favourable treatment. Ultimately, the INT received emails from four tipsters. All but one remains anonymous to the RCMP. A second tipster has shared his or her identity with Mr. Haynes, but has refused to share it with the RCMP. The other two never revealed their identities to any investigator in this matter.

enjambant le fleuve Padma au Bangladesh. Le pont devait relier la capitale, Dacca, à la région isolée du Sud-Ouest du pays. Par l'entremise de l'IDA, le Groupe s'était engagé à prêter 1,2 milliard $ US au gouvernement du Bangladesh, le coût total du projet étant estimé à 2,9 milliards $ US. Le reste du financement devait provenir d'un consortium international de banques et d'organismes de développement.

[12] À l'instar de plusieurs autres sociétés, SNC-Lavalin a soumissionné pour obtenir le contrat de supervision des travaux de construction du pont (« contrat de supervision »). Un comité composé de représentants bangladais a examiné les soumissions. Les intimés auraient supposément comploté dans le dessein de soudoyer le comité afin que le contrat soit accordé à SNC-Lavalin. Trois des intimés sont d'anciens employés de cette dernière : Kevin Wallace, Ramesh Shah et Mohammad Ismail. Le quatrième intimé, Zulfiquar Bhuiyan, aurait représenté Abul Chowdhury, un fonctionnaire bangladais soupçonné d'être impliqué. Ils sont tous accusés d'avoir enfreint la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*.

[13] L'INT est chargée d'enquêter sur les allégations de fraude, de corruption et de collusion dans les projets financés par le Groupe. Unité indépendante au sein du Groupe, l'INT relève directement de son président. MM. Haynes et Kim étaient des enquêteurs seniors de l'INT. M. Haynes a dirigé l'enquête dans cette affaire.

[14] En 2010, l'INT recevait le premier d'une série de courriels suggérant l'existence de corruption dans le processus d'attribution du contrat de supervision. Selon les informateurs, des employés de SNC-Lavalin avaient offert de verser une partie de la valeur du contrat à des fonctionnaires bangladais en échange d'un traitement favorable. En tout et pour tout, l'INT a reçu des courriels de la part de quatre informateurs. Tous, sauf un, sont demeurés anonymes pour la GRC. L'identité d'un deuxième informateur est connue seulement de M. Haynes, cet informateur ayant refusé de la dévoiler à la GRC. Les deux autres n'ont jamais révélé leur identité à quelque enquêteur que ce soit dans cette affaire.

[15] In an earlier ruling which is not challenged in this Court, two of the four tipsters were found to be confidential informants under Canadian law, while the other two were not. Therefore, the identities of two informants are protected by informer privilege. As of the hearing of this appeal, the Crown had no intention to call any of the tipsters as witnesses at trial.

[16] The INT contacted the RCMP in March 2011 and shared the tipsters' emails, investigative reports and other documents with the RCMP. The RCMP then sought a wiretap authorization to intercept private communications pursuant to Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in order to obtain direct evidence of the respondents' participation in corruption. The authorization was granted, along with two further authorizations.

[17] The process of applying for these authorizations is at the heart of this matter. Sgt. Jamie Driscoll was assigned to prepare an affidavit for the initial application (also known as an information to obtain). In preparing that affidavit and two subsequent affidavits, Sgt. Driscoll largely relied on information the INT shared based on its communications with the tipsters, as well as Mr. Haynes's knowledge of the bidding process. Sgt. Driscoll also spoke directly to one of the tipsters but not to the others.

[18] Sgt. Driscoll did not make any handwritten notes of his work as affiant. All of his emails for the period of the investigation were lost because of a computer problem, though many were recovered through other sources. The respondents rely on these deficiencies in support of their production applications. More will be said about these deficiencies in our discussion of the *Garofoli* application.

[19] The RCMP applied for and was granted its first wiretap authorization on May 24, 2011. Further authorizations were granted on June 24, 2011 and August 8, 2011. A search warrant was granted in September 2011.

[15] Selon une décision antérieure qui n'est pas remise en cause devant nous, la confidentialité de l'identité de deux des quatre informateurs a été reconnue en droit canadien, ce qui n'est pas le cas des deux autres. Par conséquent, l'identité de deux informateurs est protégée par le privilège relatif aux indicateurs. À la date de l'audition du présent appel, la Couronne n'avait pas l'intention de faire témoigner les informateurs.

[16] En mars 2011, l'INT transmettait à la GRC les courriels des informateurs, les rapports d'enquête et d'autres documents. La GRC a alors demandé l'autorisation d'intercepter des communications privées en vertu de la partie VI du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en vue de recueillir des éléments de preuve directe de la participation des intimés à la corruption alléguée. Une première autorisation a été accordée, de même que deux autres par la suite.

[17] La procédure d'obtention de ces autorisations est au cœur du présent litige. Le sergent Jamie Driscoll a été chargé de rédiger l'affidavit accompagnant la première demande (appelée dénonciation). Pour rédiger cet affidavit et les deux suivants, le serg. Driscoll s'est appuyé en grande partie sur les renseignements transmis par l'INT, lesquels étaient fondés sur les communications de cette dernière avec les informateurs et les connaissances de M. Haynes quant au processus de soumission. Le sergent Driscoll s'est également entretenu directement avec l'un des informateurs.

[18] Le sergent Driscoll n'a pas pris de notes manuscrites lors de cette tâche. Tous ses courriels pour la période correspondant à l'enquête ont été perdus à cause d'un problème informatique, mais par ailleurs beaucoup ont pu être récupérés d'autres sources. Les intimés invoquent ces lacunes à l'appui de leur demande de communication de documents. Nous nous y attarderons davantage lors de notre analyse de la demande de type *Garofoli*.

[19] La GRC a demandé et obtenu l'autorisation de faire de l'écoute électronique le 24 mai 2011. D'autres autorisations ont été accordées le 24 juin et le 8 août de la même année, et, en septembre, un mandat de perquisition a été délivré.

[20] Mr. Ismail and Mr. Shah were charged first, in early 2012. Both were committed for trial after a preliminary hearing in April 2013 and indicted in May 2013. On September 17, 2013, the Crown charged Mr. Wallace and Mr. Bhuiyan and, the following month, joined their proceedings to Mr. Ismail's and Mr. Shah's by direct indictment.

[21] The Crown intends to present intercepted communications at trial. In addition, an alleged co-conspirator, Muhammad Mustafa, has agreed to testify as a Crown witness against the respondents.

[22] As a result of the investigation, the World Bank Group cancelled its financing for the Padma Bridge and debarred SNC-Lavalin from participating in World Bank Group-funded projects for 10 years.

II. Decision Below

[23] The decision under review arises from an application brought in the Ontario Superior Court of Justice, in which the respondents sought the validation of two subpoenas issued to Mr. Haynes and Mr. Kim, as well as an order requiring production of the following documents (the "INT's records"):

a. All notes, memoranda, emails, correspondence and reports received or sent by Mr. Paul Haynes of INT regarding the Investigation;

b. All source documents from all so-called "tipsters" sent to INT, whether or not such information was shared with the RCMP as part of INT's cooperation with the RCMP investigation into the Padma Bridge Project;

c. All emails and other communications between INT and the tipsters;

d. Any sanctions or settlements entered into by the World Bank with any third parties as a result of the Investigation;

[20] MM. Ismail et Shah furent les premiers accusés, et ce au début de 2012. Leurs affaires ont été renvoyées à procès après une enquête préliminaire en avril 2013, et ils ont été mis en accusation en mai 2013. Le 17 septembre 2013, la Couronne accusait MM. Wallace et Bhuiyan et, le mois suivant, elle réunit leurs dossiers à ceux de MM. Ismail et Shah par voie de mise en accusation directe.

[21] Au procès, la Couronne entend introduire en preuve des communications interceptées. En outre, l'un des complices présumés, M. Muhammad Mustafa, a accepté d'être témoin à charge.

[22] Par suite de son enquête, le Groupe a annulé sa participation au financement du pont sur la Padma et radié SNC-Lavalin de toute participation à l'égard des projets financés par le Groupe pour une période de 10 ans.

II. Décision de l'instance inférieure

[23] La décision faisant l'objet du présent appel découle d'une demande présentée par les intimés à la Cour supérieure de justice de l'Ontario en vue de faire valider deux assignations à comparaître délivrées à l'égard de MM. Haynes et Kim et en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à ces derniers de communiquer les documents suivants (les « dossiers de l'INT ») :

[TRADUCTION]

a. L'ensemble des notes, des mémos, des courriels, de la correspondance et des rapports reçus ou envoyés par M. Paul Haynes de l'INT au sujet de l'enquête;

b. Tous les documents source provenant de tous ceux qu'on appelle les « informateurs » et envoyés à l'INT, que les renseignements qu'ils contiennent aient ou non été transmis à la GRC dans le cadre de la collaboration de l'INT à l'enquête menée par la GRC en rapport avec le projet du pont sur la Padma;

c. L'ensemble des courriels et autres communications entre l'INT et les informateurs;

d. Toute sanction imposée ou tout règlement conclu par la Banque mondiale avec des tiers par suite de l'enquête;

e. Any other investigative materials relevant to the Investigation in the possession of other World Bank officials, including Christina Ashton-Lewis (Senior Institutional Intelligence Officer), Kunal Gupta (World Bank's Case Intake Unit), Laura Valli (Senior investigator) and Christopher Kim; and

f. All communications between INT, representatives of SNC, representatives of the Bangladeshi government, members [of] the RCMP and/or the Crown regarding the Investigation, the related RCMP investigation and/or the charges or proceedings commenced by the Crown before the Courts in Ontario.

(2014 ONSC 7449, [2014] O.J. No. 6534 (QL), at Appendix A)

Two issues were raised on the application: (1) whether the World Bank Group could be subject to a production order issued by a Canadian court, and (2) if so, whether in the context of a *Garofoli* application, the documents sought met the test for relevance.

[24] Nordheimer J., the trial judge, found that the INT's archives and personnel formed part of the IBRD, whose immunities are set out in Article VII of the IBRD Articles of Agreement and implemented in Canadian law by an Order in Council, the *International Monetary Fund and International Bank for Reconstruction and Development Order*, P.C. 1945-7421. The immunities and privileges set out in Article VII were therefore *prima facie* applicable to the archives and personnel of the INT. The trial judge further found that both Mr. Haynes and Mr. Kim were acting in an official capacity and were therefore shielded by the personnel immunity provided in Article VII, s. 8. However, he determined that the World Bank Group had waived this personnel immunity.

[25] In so concluding, the trial judge rejected the Crown's submission that the World Bank Group's personnel immunity could only be waived expressly, determining instead that it could be waived either implicitly or expressly. He provided three reasons for this.

e. Tout autre document ayant trait à l'enquête se trouvant en la possession d'autres représentants de la Banque mondiale, dont Christina Ashton-Lewis (agente principale du renseignement organisationnel), Kunal Gupta (Unité de réception de la Banque mondiale), Laura Valli (enquêteur senior) et Christopher Kim; et

f. Toutes les communications entre l'INT, les représentants de SNC, les représentants du gouvernement bangladais, les membres [de la] GRC et les procureurs de la Couronne ayant trait à l'enquête, à l'enquête connexe de la GRC et aux accusations ou aux poursuites déposées par la Couronne devant les tribunaux de l'Ontario.

(2014 ONSC 7449, [2014] O.J. No. 6534 (QL), annexe A)

La demande soulevait deux questions, à savoir (1) si le Groupe pouvait être sujet à une ordonnance de communication rendue par un tribunal canadien et (2) dans l'affirmative, si les documents dont la communication était requise satisfaisaient au critère de la pertinence applicable à une demande de type *Garofoli*.

[24] Le juge d'instance, le juge Nordheimer, a exprimé l'avis que les archives et le personnel de l'INT relevaient de la BIRD, les immunités de laquelle sont énoncées à l'article VII de l'Accord relatif à la BIRD et incorporées en droit interne canadien par le *Décret sur le Fonds monétaire international et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement*, C.P. 1945-7421. Les immunités et privilèges énoncés à l'article VII s'appliquaient donc a priori aux archives et au personnel de l'INT. Le juge d'instance a également conclu que MM. Haynes et Kim agissaient à titre officiel et étaient donc protégés par l'immunité du personnel prévue à la section 8 de l'article VII. Cependant, il est arrivé à la conclusion que le Groupe avait levé cette immunité du personnel.

[25] En concluant ainsi, le juge d'instance a rejeté l'argument de la Couronne selon lequel le Groupe pouvait seulement lever l'immunité du personnel de manière expresse. Il fut plutôt d'avis que le Groupe pouvait y renoncer expressément ou implicitement, et ce pour trois raisons.

[26] First, the trial judge noted that the relevant provisions of the Articles of Agreement do not explicitly require an *express* waiver, as do the provisions providing legal process immunity to the United Nations and to the International Monetary Fund.

[27] Second, the trial judge reasoned by analogy that just as a privilege holder cannot choose to selectively reveal some privileged communications but not others, the World Bank Group similarly could not choose to provide some of its documents for use in the criminal prosecution but refuse to provide other relevant documents.

[28] Finally, the trial judge relied on the "benefit/burden exception" to Crown immunity discussed by La Forest J. in *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015. He found that the World Bank Group had chosen to benefit from Canadian criminal proceedings; for example, it had sought to obtain materials seized pursuant to the search warrants and information obtained from the intercepted communications. Consequently, the World Bank Group was obliged to accept the attendant burdens of doing so, which includes compliance with procedural rules.

[29] The trial judge then turned to the archival immunity provided in Article VII, s. 5. He found that the different sections within Article VII of the IBRD Articles of Agreement do not set out discrete free-standing immunities; in other words, archival immunity was not separate from personnel immunity. Accordingly, he concluded that if the World Bank Group had waived its immunity, it had done so for all purposes. In any event, he was not persuaded that the documents at issue should be considered part of the "archives", which he limited to historical records. Moreover, in his view, the term "inviolable" connoted protection from search and seizure or confiscation, but not from production for inspection.

[30] On the second issue, the trial judge concluded that the documents sought by the respondents were likely relevant to issues that would arise on a

[26] Premièrement, le juge d'instance a signalé que les dispositions pertinentes de l'Accord ne prévoient pas explicitement de renonciation *expresse*, comme c'est le cas des dispositions qui confèrent l'immunité contre les poursuites judiciaires aux Nations Unies et au Fonds monétaire international.

[27] Deuxièmement, procédant par analogie, il a conclu que si le détenteur d'un privilège ne peut décider de révéler certaines communications assujetties au privilège, mais non d'autres, de même, le Groupe ne peut fournir certains documents aux fins de poursuites criminelles et refuser d'en fournir d'autres qui sont pertinents.

[28] Enfin, il a appliqué « l'exception fondée sur les avantages et les obligations » à l'immunité de la Couronne analysée par le juge La Forest dans l'arrêt *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015. Selon le juge d'instance, le Groupe avait choisi de tirer avantage de poursuites criminelles au Canada, en demandant par exemple les éléments saisis lors des perquisitions et des renseignements obtenus lors de l'interception des communications. Le Groupe était donc obligé d'accepter les obligations corollaires, dont celle de se plier aux règles de procédure.

[29] À l'égard de l'inviolabilité des archives prévue à la section 5 de l'article VII, le juge d'instance a conclu que les différentes sections de l'article VII de l'Accord relatif à la BIRD ne créaient pas différentes immunités autonomes; autrement dit, l'inviolabilité des archives n'était pas distincte de l'immunité du personnel. Ainsi, selon lui, si le Groupe avait levé son immunité, il l'avait fait sur toute la ligne. Quoi qu'il en soit, il n'était pas convaincu que les documents faisant l'objet du litige appartenaient réellement aux « archives », lesquelles à son avis ne comprenaient exclusivement que des dossiers historiques. En outre, il a estimé que le terme « inviolable » connotait la protection contre la perquisition, la saisie ou la confiscation plutôt que contre la communication pour examen.

[30] À l'égard de la deuxième question, le juge d'instance a conclu à la pertinence probable des documents que cherchent à obtenir les intimés, dans le

Garofoli application. Virtually all of the information relied on by the affiant in the affidavits filed in support of the wiretap authorizations came from the INT and its investigative file. The affiant did not keep handwritten notes of his work preparing the affidavits. Accordingly, the trial judge ordered that the documents listed under headings a., b., c. and e., in para. 23 above, be produced for review by the court, the second step in an *O'Connor* application.

[31] The World Bank Group appealed the decision to this Court, with leave, on the authority of *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, which allows a third party affected by an order of a superior court judge to challenge that order before this Court.

III. Parties' Submissions

[32] The World Bank Group submits that the INT is a division of the IBRD, and enjoys, as a result, the immunities conferred on that organization. Its personnel are therefore immune from legal processes and its documents are immune from any legal process of compulsion, including production of information and evidence through subpoenas, warrants, or court orders. In their view, the immunities and privileges granted by the Articles of Agreement should be interpreted in a generous and liberal manner, as the immunities are necessary to avoid undue interference in the operations of an international organization.

[33] The World Bank Group argues that the term "waiver" as it applies to its personnel immunity under s. 8 must be interpreted as meaning "express waiver" only, which they define as an expressly stated, positive and intentional act by the President of the World Bank Group or its Executive Board. Regarding the inviolability of the archives under s. 5, the World Bank Group argues that "archives" includes contemporaneous documents, and that archival immunity can never be waived.

contexte d'une demande de type *Garofoli*. Presque tous les renseignements présentés dans les affidavits probants à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique provenaient de l'INT et de son dossier d'enquête. Le déposant n'a pas pris de notes manuscrites sur son travail de préparation des affidavits. Par conséquent, le juge a ordonné la communication pour examen par le tribunal des documents énumérés aux articles a., b., c. et e., reproduits au par. 23. Cet examen par le tribunal constitue la deuxième étape dans le cadre d'une demande de type *O'Connor*.

[31] Le Groupe a interjeté appel de la décision devant la Cour, sur autorisation, alléguant les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, selon lesquels des tiers affectés par l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure peuvent la contester devant la Cour.

III. Arguments des parties

[32] Selon le Groupe, comme l'INT constitue une division de la BIRD, elle jouit des immunités conférées à cette dernière. Par conséquent, son personnel est protégé contre les poursuites, et ses documents sont soustraits aux sommations judiciaires, y compris celles visant la communication de renseignements et de preuve tels les assignations, les mandats et les ordonnances. À son avis, les immunités et privilèges que confère l'Accord doivent être interprétés généreusement et libéralement, car les immunités font obstacle à l'ingérence indue dans les opérations d'organisations internationales.

[33] Le Groupe fait valoir que par le verbe « lever » employé à la section 8 à l'égard de l'immunité du personnel, il faut entendre « lever expressément » seulement, ce qui signifie que ce type de renonciation doit être un acte positif, intentionnel et exprès par le président du Groupe ou son comité de direction. Quant à l'inviolabilité des archives prévue à la section 5, le Groupe affirme que le terme « archives » renvoie non seulement à des documents historiques, mais à des documents contemporains également, et qu'il ne peut y avoir renonciation à l'inviolabilité des archives.

[34] The Crown argues that the production order was erroneously issued under Canadian law, and should not have been made regardless of the World Bank Group's immunities. The application for production was brought within the context of a *Garofoli* application to attack the wiretap authorizations. The respondents must therefore show that the evidence sought has a reasonable likelihood of assisting in the *Garofoli* application. On a *Garofoli* application, the affidavit before the authorizing judge is assessed based on what the affiant "knew or ought to have known", not whether the information is true (*R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343, at para. 41). Thus, the documents sought will only be relevant if they can demonstrate that the affiant knew or ought to have known that the information he relied on was false.

[34] Pour sa part, la Couronne affirme que l'ordonnance de communication ne respecte pas les règles du droit canadien et n'aurait pas dû être rendue sans égard aux immunités conférées au Groupe. La demande de communication de documents a été présentée dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* visant la contestation des autorisations d'écoute électronique. Par conséquent, il revient aux intimés de démontrer l'existence d'une probabilité raisonnable que les éléments de preuve dont la communication est demandée seront utiles au juge appelé à trancher la demande de type *Garofoli*. Dans un tel cas, l'affidavit sur la foi duquel l'autorisation a été délivrée est évalué selon ce que le déposant « savait ou aurait dû savoir » et non selon la véracité des renseignements qu'il contient (*R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, par. 41). Ainsi, les documents dont la communication est demandée ne sont pertinents que s'ils servent à démontrer que le déposant savait ou aurait dû savoir que les renseignements contenus aux affidavits étaient faux.

[35] The respondent Mr. Wallace argues that the materials sought are likely relevant for the purposes of both a third party records application under the *O'Connor* framework, and the *Garofoli* application. He argues that the RCMP investigative file is incomplete as the affiant did not make adequate notes, and submits that the affiant acknowledged in cross-examination that he had misrepresented facts in his affidavits.

[35] Selon M. Wallace, intimé en l'espèce, les documents visés se révéleront probablement pertinents selon les critères établis dans l'arrêt *O'Connor* pour la demande de communication par un tiers et ceux applicables à la demande de type *Garofoli*. Selon lui, le dossier d'enquête de la GRC serait incomplet, car les notes du déposant laissent à désirer. Il prétend aussi que le déposant aurait admis en contre-interrogatoire avoir présenté les faits de manière inexacte dans ses affidavits.

[36] On the issue of immunity, Mr. Wallace argues that there is no evidence explaining how the INT fits within the World Bank Group, or which immunities, if any, apply to the INT.

[36] En ce qui a trait à l'immunité, l'intimé Wallace fait valoir que la preuve est muette quant à la place qu'occupe l'INT au sein du Groupe ou aux immunités qui s'appliquent à l'INT, s'il en est.

[37] Mr. Wallace further argues that the INT's personnel are only immune from legal process insofar as is necessary for the INT to perform its functions without undue interference. Mr. Wallace submits that production of the documents sought would not unduly interfere with the IBRD's operations and that, in any event, the INT's investigative file is simply not a part of the IBRD's archives. Finally, Mr. Wallace argues that the immunities of the World

[37] Il ajoute que le personnel de l'INT est soustrait aux poursuites seulement dans la mesure nécessaire pour permettre à cette dernière d'exercer ses fonctions sans subir d'ingérence indue. Selon lui, la communication des documents recherchés ne constituerait pas une ingérence indue dans le fonctionnement de la BIRD et, au surplus, le dossier d'enquête de l'INT ne fait tout simplement pas partie des archives de la BIRD. Enfin, M. Wallace

Bank Group's constituent organizations are subject to implicit waiver, and that the World Bank Group waived any immunity by its conduct when it actively participated in the domestic criminal investigation and prosecution of the respondents.

[38] On the issue of immunity, the respondent Mr. Bhuiyan also submits that s. 3 of Article VII — stating that "[a]ctions may be brought against the [IBRD]" by private parties in jurisdictions in which the IBRD has a legal presence — demonstrates that Parliament did not intend for the World Bank Group to be immune from Canadian judicial process.

[39] A number of interveners also presented submissions before this Court. Transparency International Canada Inc. and Transparency International e.V. stress the importance of protecting whistleblowers, and submit that failure to uphold an international organization's immunities in a context such as this may result in a chilling effect on these organizations' cooperation with domestic criminal prosecutions. The European Bank for Reconstruction and Development, the Organisation for Economic Co-operation and Development, the African Development Bank Group, the Asian Development Bank, the Inter-American Development Bank and the Nordic Investment Bank submit that the waiver of archival and personnel immunities must always be express, and can never be implied. In their view, only a requirement of express waiver can provide the needed protection and ensure uniformity across international organizations' member states.

[40] The British Columbia Civil Liberties Association, for its part, submits that the right to make full answer and defence, recognized in both domestic and international law, compels the recognition of an implied waiver of immunity in certain circumstances. In a similar vein, the Criminal Lawyers' Association (Ontario) argues that, when deciding whether to compel an international organization

prétend que les immunités dont jouissent les organisations qui composent le Groupe peuvent faire l'objet d'une renonciation implicite et que le Groupe a renoncé à toute immunité en participant activement à l'enquête criminelle et aux poursuites des intimés menées au Canada.

[38] Au sujet de l'immunité, l'intimé M. Bhuiyan fait aussi valoir que le libellé de la section 3 de l'article VII — selon lequel « [i]l ne pourra être intenté d'action en justice contre la Banque que » par des parties privées dans des territoires où elle a une présence juridique — démontre que le législateur n'entendait pas soustraire le Groupe aux poursuites judiciaires au Canada.

[39] Un certain nombre d'intervenants ont également plaidé devant la Cour. Transparency International Canada Inc. et Transparency International e.V. soulignent l'importance de la protection des dénonciateurs et font valoir que si les immunités des organisations internationales ne sont pas respectées dans un contexte comme celui-ci, ces organisations hésiteront à l'avenir à prêter leur concours dans le cadre de poursuites criminelles intentées dans un pays donné. La Banque européenne pour la reconstruction et le développement, l'Organisation de coopération et de développement économiques, le Groupe de la Banque africaine de développement, la Banque asiatique de développement, la Banque interaméricaine de développement et la Banque nordique d'investissement soutiennent que la renonciation à l'inviolabilité des archives et à l'immunité du personnel doit dans tous les cas être expresse; elle ne peut être implicite. À leur avis, c'est seulement en reconnaissant la nécessité d'une renonciation expresse qu'on peut assurer la protection voulue et l'uniformité de traitement des organisations internationales au sein des États membres.

[40] Pour sa part, l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique soutient que le droit de présenter une défense pleine et entière, consacré tant en droit canadien qu'en droit international, exige dans certaines circonstances que soit reconnue la possibilité d'une renonciation implicite à l'immunité. Dans le même ordre d'idée, la Criminal Lawyers' Association (Ontario) fait valoir

to produce its records in the context of a criminal proceeding, the public interest in upholding the immunity must be balanced against the accused's constitutional right to make full answer and defence.

IV. Analysis

A. *Admission of Fresh Evidence*

[41] As a preliminary matter, the respondents ask that portions of the World Bank Group's record and factum be struck out on the ground that they constitute fresh evidence that was not before the trial judge. They primarily take issue with two affidavits. The Mikhlin-Oliver affidavit provides information about the organization and operations of the World Bank Group, and some background on the investigation in the present case. The Gilliam affidavit sets out the chronology of the prosecution, and describes the state of disclosure. Much of the evidence contained in the affidavits was presented in some form before the trial judge.

[42] As the present matter is an appeal of a pretrial motion, we do not have the benefit of a full trial record. In addition, the World Bank Group did not appear in front of the trial judge to assert its immunity. It relied instead on the Crown to do so, which it was entitled to do. Although the affidavits are not admissible as fresh evidence, we find that they assist in completing the record before this Court (see *Law Society of British Columbia v. Mangat*, S.C.C., No. 27108, August 31, 2000, order by Arbour J. (*Bulletin of Proceedings*, September 29, 2000, at p. 1542); *Taypotat v. Taypotat*, S.C.C., No. 35518, August 7, 2014, order by Moldaver J. (*Bulletin of Proceedings*, August 29, 2014, at p. 1292)). Consequently, we admit the affidavits for the limited purpose of providing procedural context to this appeal, which includes the extent of the information which the Crown has disclosed to the respondents.

qu'il faut, pour décider s'il convient de contraindre une organisation internationale à communiquer ses dossiers dans le cadre d'une poursuite criminelle, évaluer d'une part l'intérêt public au respect de l'immunité et d'autre part le droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

IV. Analyse

A. *Admission de nouveaux éléments de preuve*

[41] À titre préliminaire, les intimés demandent la radiation de certains passages du dossier et du mémoire du Groupe au motif qu'il s'agit de nouveaux éléments de preuve qui n'étaient pas à la disposition du juge d'instance. Ils contestent principalement deux affidavits. L'affidavit Mikhlin-Oliver présente des renseignements sur l'organisation et les opérations du Groupe ainsi que des renseignements contextuels à propos de l'enquête en question. L'affidavit Gilliam présente la chronologie des poursuites et l'état de la divulgation de la preuve. La plupart des éléments consignés dans ces affidavits ont été présentés au juge d'instance sous une forme ou une autre.

[42] Comme le présent pourvoi porte sur une demande préliminaire, nous ne disposons pas d'un dossier complet de première instance. En outre, le Groupe n'a pas comparu devant le juge d'instance pour invoquer son immunité. Il s'en est plutôt remis à la Couronne à cet égard, ce qu'il est en droit de faire. Bien que les affidavits ne soient pas admissibles à titre de nouvelle preuve, nous estimons qu'ils sont utiles pour compléter le dossier de la Cour (voir *Law Society of British Columbia c. Mangat*, C.S.C., nº 27108, ordonnance du 31 août 2000 rendue par la juge Arbour (*Bulletin des procédures* du 29 septembre 2000, p. 1542); *Taypotat c. Taypotat*, C.S.C., nº 35518, ordonnance du 7 août 2014 rendue par le juge Moldaver (*Bulletin des procédures* du 29 août 2014, p. 1292)). Par conséquent, nous admettons les affidavits aux seules fins de compléter le contexte procédural de cette affaire, auquel se rapportent tous les renseignements divulgués aux intimés par la Couronne.

B. *The Archival and Personnel Immunities Conferred by the Articles of Agreement*

(1) Background

[43] The World Bank Group does not itself benefit from any immunities conferred by international treaty, and the parties to the present dispute have not pleaded any immunity flowing from customary international law. Rather, certain immunities have been conferred on the World Bank Group's five constituent organizations by their 188 member states. As outlined above, these constituent organizations are the IBRD, the IDA, the International Finance Corporation, the Multilateral Investment Guarantee Agency and the International Centre for Settlement of Investment Disputes. Each of these five institutions has its own set of governing documents, which set out the immunities and privileges the organization is to enjoy in the territory of each member state. The Articles of Agreement of the IBRD and the IDA are most relevant for the purposes of the present appeal.

[44] The IBRD was created alongside the International Monetary Fund at the Bretton Woods Conference in 1944. Its principal purpose was to promote the reconstruction and development of its member states by providing financing on more favourable terms (Articles of Agreement of the IBRD, Article I). Article VII of the IBRD's Articles of Agreement sets out the immunities and privileges to be accorded to the IBRD in the territories of each member state.

[45] The IDA was created in 1960. Its purpose is to further the IBRD's overall objective of promoting economic development by providing financing on more favourable terms to less-developed countries in particular (Articles of Agreement of the IDA, Article I). It was through the IDA that the World Bank Group sought to loan the Government of Bangladesh US$1.2 billion for the construction of the Padma Bridge. The IDA's immunities are set out in Article VIII of its Articles of Agreement and are, for the purposes of the present appeal, identical to those accorded to the IBRD.

B. *Inviolabilité des archives et immunité du personnel conférées par l'Accord et les Statuts*

(1) Contexte

[43] Le Groupe ne jouit d'aucune immunité conférée par traité international, et les parties au litige n'ont soulevé l'existence d'aucune immunité découlant du droit international coutumier. En revanche, les cinq organisations qui composent le Groupe se sont vu accorder des immunités par leurs 188 États membres. Tel qu'indiqué plus avant, ces organisations sont la BIRD, l'IDA, la Société financière internationale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Chacune est régie par ses propres statuts, lesquels énoncent les immunités et privilèges dont jouit chaque organisation sur le territoire de chaque État membre. L'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA sont des plus pertinents en l'espèce.

[44] La BIRD a été créée en même temps que le Fonds monétaire international lors de la Conférence qui s'est tenue à Bretton Woods en 1944. Elle a principalement pour but de favoriser la reconstruction et le développement des États membres en offrant des conditions favorables de financement (Accord relatif à la BIRD, article premier). L'article VII de l'Accord relatif à la BIRD énonce les immunités et privilèges accordés à cette dernière sur le territoire de chacun des États membres.

[45] Fondée en 1960, l'IDA a pour objectif de poursuivre le but principal de la BIRD, qui consiste à favoriser le développement économique, en offrant des conditions favorables de financement, tout particulièrement à des pays moins développés (Statuts de l'IDA, article premier). C'est par l'IDA que le Groupe s'est montré disposé à prêter 1,2 milliard $ US au gouvernement du Bangladesh en vue de la construction du pont sur la Padma. Les immunités dont jouit l'IDA sont énoncées à l'article VIII de ses Statuts. Pour les besoins du présent pourvoi, elles sont identiques à celles conférées à la BIRD.

[46] The immunities accorded in the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA have been implemented in Canadian law by two Orders in Council, the *International Monetary Fund and International Bank for Reconstruction and Development Order*, and the *International Development Association, International Finance Corporation and Multilateral Investment Guarantee Agency Privileges and Immunities Order*, SOR/2014-137 (collectively the "Orders in Council"). The Articles of Agreement of the IBRD and the IDA have been "approved" by Parliament in their entirety through the *Bretton Woods Act*. There is no dispute between the parties that the relevant immunities have the force of law in Canada.

[47] As is the case with implementing legislation, the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA must be interpreted in accordance with the general rules of interpretation set out in the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 ("*Vienna Convention*") (*Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, at paras. 11-12; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 35; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 51-52; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at pp. 577-78). These general rules, set out in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention, are similar to the modern approach to statutory interpretation affirmed by this Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. It is worth reproducing them at length:

ARTICLE 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

[46] Les immunités conférées par l'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA ont été incorporées en droit interne canadien en vertu de deux décrets, à savoir le *Décret sur le Fonds monétaire international et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement* et le *Décret sur les privilèges et immunités relatifs à l'Association internationale de développement, à la Société financière internationale et à l'Agence multilatérale de garantie des investissements*, DORS/2014-137 (collectivement les « Décrets »). L'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA ont été « approuvés » dans leur intégralité par le Parlement canadien, qui les a annexés à la *Loi sur les accords de Bretton Woods*. Les parties ne contestent pas que les immunités pertinentes ont force de loi au Canada.

[47] À l'instar des lois de mise en œuvre, l'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA doivent être interprétés conformément aux règles générales d'interprétation énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 nº 37 (« *Convention de Vienne* ») (*Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, par. 11-12; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 35; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 51-52; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, p. 577-578). Ces règles générales, énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, sont similaires à la démarche moderne d'interprétation législative confirmée par la Cour dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Il est utile de les reproduire intégralement :

ARTICLE 31

Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

ARTICLE 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

Thus, pursuant to the *Vienna Convention*, the scope of the immunities at issue must be interpreted in accordance with the ordinary meaning of the treaty terms and in light of their purpose and object.

[48] Sections 5 and 8 of the IBRD's and the IDA's Articles of Agreement provide as follows:

IBRD Articles of Agreement, Article VII

Section 5 *Immunity of archives*

The archives of the Bank shall be inviolable.

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;

b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;

c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

ARTICLE 32

Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Ainsi, aux termes de la *Convention de Vienne*, l'étendue des immunités en litige doit être interprétée suivant le sens ordinaire des mots du traité et à la lumière de leurs but et objet.

[48] Les sections 5 et 8 de l'Accord relatif à la BIRD et des Statuts de l'IDA sont ainsi rédigées :

Accord relatif à la BIRD, article VII

Section 5 *Inviolabilité des archives*

Les archives de la Banque seront inviolables.

Section 8 *Immunities and privileges of officers and employees*

All governors, executive directors, alternates, officers and employees of the Bank

(i) shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity except when the Bank waives this immunity;

IDA Articles of Agreement, Article VIII

Section 5 *Immunity of Archives*

The archives of the Association shall be inviolable.

Section 8 *Immunities and Privileges of Officers and Employees*

All Governors, Executive Directors, Alternates, officers and employees of the Association

(i) shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity except when the Association waives this immunity;

[49] There remains a certain ambiguity regarding where the INT fits within the World Bank Group's overall structure, and whether it benefits in Canada from the immunities conferred on the World Bank Group's constituent entities. This ambiguity remains in large part because of a dearth of evidence in the record. From this, the trial judge limited himself to noting that the INT is "an independent unit within the World Bank Group reporting directly to the President", and that it was unclear "whether the INT is structurally part of one of the five entities making up the World Bank Group, in terms of its governance, or whether it is separate and apart from them" (para. 24).

[50] Notwithstanding this operational independence, we are of the view that the INT's documents form part of either the IBRD's or the IDA's archives, and that the INT's personnel benefit from either the IBRD's or the IDA's legal process immunity for acts performed in an official capacity. Because these immunities are identical, we need not determine conclusively whether it is Article VII of the IBRD's Articles of Agreement or Article VIII of the IDA's Articles of Agreement that applies.

Section 8 *Immunités et privilèges des fonctionnaires et employés*

Tous les gouverneurs, administrateurs, suppléants, fonctionnaires et employés de la Banque :

i) ne pourront faire l'objet de poursuites à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf lorsque la Banque aura levé cette immunité;

Statuts de l'IDA, article VIII

Section 5 *Inviolabilité des archives*

Les archives de l'Association sont inviolables.

Section 8 *Immunités et privilèges des dirigeants et du personnel*

Les gouverneurs, administrateurs, suppléants, dirigeants et membres du personnel de l'Association :

(i) ne pourront être l'objet de poursuites en raison des actes accomplis par eux dans l'exercice officiel de leurs fonctions, sauf lorsque l'Association aura levé cette immunité;

[49] Une certaine ambiguïté subsiste quant à la place qu'occupe l'INT au sein de la structure d'ensemble du Groupe et quant à savoir si l'INT jouit au Canada des immunités conférées aux organisations qui composent le Groupe. Cette ambiguïté découle en grande partie d'une lacune au niveau de la preuve. À cet égard, le juge d'instance a seulement noté que l'INT constitue [TRADUCTION] « une unité indépendante au sein du Groupe de la Banque mondiale qui relève directement du président » et qu'on ne sait pas « si l'INT fait partie de l'une des cinq organisations qui composent le Groupe de la Banque mondiale, sur le plan de son administration, ou si elle en est distincte » (par. 24).

[50] En dépit de cette indépendance fonctionnelle, nous sommes d'avis que les documents de l'INT appartiennent aux archives de la BIRD ou de l'IDA et que ses employés jouissent de l'immunité des poursuites accordée à ces dernières à l'égard des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Comme les immunités sont identiques, point n'est besoin de décider quelle disposition — soit l'article VII de l'Accord relatif à la BIRD, soit l'article VIII des Statuts de l'IDA — s'applique.

[51] The INT forms part of the World Bank Group's integrity regime. It is charged with identifying and investigating allegations and other indications that sanctionable practices may have occurred in connection with projects financed by the World Bank Group, and in commencing internal sanctions proceedings when appropriate. The legal foundation for this integrity regime is laid out by the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA, which require these organizations to make arrangements to ensure that funds are used for their intended purpose and with due attention to economy and efficiency. Article III, s. 5(b) of the IBRD Articles of Agreement provides:

(b) The Bank shall make arrangements to ensure that the proceeds of any loan are used only for the purposes for which the loan was granted, with due attention to considerations of economy and efficiency and without regard to political or other non-economic influences or considerations.

[52] In the same spirit, Article V, ss. 1(g) and 1(h) of the IDA Articles of Agreement provide:

(g) The Association shall make arrangements to ensure that the proceeds of any financing are used only for the purposes for which the financing was provided, with due attention to considerations of economy, efficiency and competitive international trade and without regard to political or other non-economic influences or considerations.

(h) Funds to be provided under any financing operation shall be made available to the recipient only to meet expenses in connection with the project as they are actually incurred.

[53] Because the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA provide the legal foundation for the World Bank Group's integrity regime, and by extension the INT, common sense demands that the immunities outlined in those Articles of Agreement shield the documents and personnel of the INT. After all, the immunities outlined in the respective Articles of Agreement are accorded to enable the IBRD and the IDA to fulfill the functions with which they are entrusted (Article VII, s. 1 of the

[51] L'INT fait partie du régime d'intégrité du Groupe. Son mandat consiste à mener des enquêtes si elle décèle des actes passibles de sanctions commis dans le cadre des projets financés par le Groupe ou si on lui fait part d'allégations en ce sens. L'INT enclenche également la procédure de sanctions internes, si besoin est. Le fondement juridique de ce régime d'intégrité est énoncé dans l'Accord relatif à la BIRD et dans les Statuts de l'IDA, lesquels obligent ces dernières à prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que les fonds soient utilisés aux fins pour lesquelles ils ont été prêtés, et que toute l'attention requise soit accordée aux considérations d'économie et de rendement. L'article III, al. 5b) de l'Accord relatif à la BIRD est ainsi rédigé :

b) La Banque prendra des dispositions garantissant que les sommes provenant d'un prêt quelconque seront exclusivement utilisées aux fins en vue desquelles le prêt a été accordé, en donnant aux considérations d'économie et de rendement l'importance qui leur est due et sans tenir compte des influences ou des considérations d'ordre politique ou de toutes autres influences ou considérations qui ne sont pas d'ordre économique.

[52] Dans le même esprit, les al. 1g) et h) de l'article V des Statuts de l'IDA énoncent :

g) L'Association prendra des dispositions en vue d'obtenir que le produit d'un financement soit consacré exclusivement aux objets pour lesquels il a été accordé, compte dûment tenu des considérations d'économie, de rendement, et de concurrence des échanges internationaux, et sans laisser intervenir des influences ou considérations politiques ou extra-économiques.

h) Les fonds à fournir au titre d'une opération de financement ne seront mis à la disposition du bénéficiaire que pour faire face à des dépenses liées au projet, au fur et à mesure qu'elles seront réellement effectuées.

[53] L'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA constituant le fondement juridique du régime d'intégrité du Groupe — et partant l'INT —, le bon sens veut que les immunités qui y sont prévues s'appliquent aux documents et au personnel de l'INT. Après tout, ces immunités ont été accordées à la BIRD et à l'IDA pour leur permettre d'exercer les fonctions qui leur ont été confiées (section 1, article VII de l'Accord relatif à la BIRD; section 1, article VIII des Statuts de l'IDA). Le juge d'instance

IBRD Articles of Agreement; Article VIII, s. 1 of the IDA Articles of Agreement). In support of this conclusion, the trial judge observed that the letterhead used by the Director, Operations for the INT bears the name of the IBRD, which provides some evidence that the World Bank Group considers the INT to be part of the IBRD. We turn now to consider the immunities set out in ss. 5 and 8, namely, when they apply, their scope, and under what conditions they may be waived.

(2) Is Section 3 Engaged?

[54] Mr. Bhuiyan argues that Article VII, s. 3 of the IBRD's Articles of Agreement (or Article VIII, s. 3 of the IDA's Articles of Agreement) expressly permits the respondents' document production order, notwithstanding the IBRD's or the IDA's other immunities. Section 3 reads as follows:

> Actions may be brought against the [IBRD or IDA] only in a court of competent jurisdiction in the territories of a member in which the [IBRD or IDA] has an office, has appointed an agent for the purpose of accepting service or notice of process, or has issued or guaranteed securities. No actions shall, however, be brought by members or persons acting for or deriving claims from members. The property and assets of the [IBRD or IDA] shall, wheresoever located and by whomsoever held, be immune from all forms of seizure, attachment or execution before the delivery of final judgment against the [IBRD or IDA].

[55] In our view, s. 3 is not engaged in the present appeal. Section 3 confirms that the IBRD and the IDA, unlike many other international organizations, can be the subject of a lawsuit in a court of competent jurisdiction. This can be explained on the grounds that the IBRD and the IDA, in addition to other international development banks, engage in borrowing and lending operations and, in order to attract lender confidence, the IBRD's and the IDA's creditors must have access to courts to recover their

a appuyé sa conclusion à cet égard sur le fait que l'en-tête du papier à lettres utilisé par la direction des Opérations de l'INT mentionne la BIRD, ce qui tend à prouver que, pour le Groupe, l'INT fait partie de la BIRD. Nous procédons maintenant à l'analyse des immunités énoncées dans les sections 5 et 8, à savoir les circonstances dans lesquelles elles s'appliquent, leur portée et à quelles conditions il peut y avoir renonciation.

(2) La section 3 s'applique-t-elle?

[54] Selon M. Bhuiyan, la section 3 de l'article VII de l'Accord relatif à la BIRD (ou la section 3 de l'article VIII des Statuts de l'IDA) permet expressément que soit rendue l'ordonnance de communication de documents sollicitée par les intimés, peu importe les autres immunités dont jouissent la BIRD ou l'IDA. La section 3 de l'article VII de l'Accord est ainsi libellée :

> Il ne pourra être intenté d'action en justice contre la Banque que devant un tribunal dont la compétence s'étend aux territoires d'un État membre dans lesquels elle possède un bureau ou dans lesquels elle a nommé un agent aux fins de recevoir les assignations ou significations d'ordre judiciaire ou dans lesquels elle a émis ou garanti des valeurs. Toutefois, aucune action en justice ne pourra être intentée par des États membres ou par des personnes agissant pour le compte desdits États ou faisant valoir des droits qu'ils tiennent de ceux-ci. Les biens et avoirs de la Banque, en quelque lieu qu'ils se trouvent et quels qu'en soient les détenteurs, bénéficieront d'une immunité en ce qui concerne toute forme de saisie-exécution, saisie-arrêt ou mesure d'exécution tant qu'une décision non susceptible de recours n'aura pas été rendue contre la Banque. [Le libellé des Statuts de l'IDA, sans être identique, est équivalent.]

[55] Nous sommes d'avis que la section 3 ne s'applique pas en l'espèce. Cette disposition ne fait que confirmer que la BIRD et l'IDA, contrairement à nombre d'autres organisations internationales, peuvent être poursuivies devant un tribunal compétent. Cela tient au fait que la BIRD et l'IDA, comme d'autres banques internationales pour le développement, participent à des opérations de prêt et d'emprunt, et, pour inspirer confiance aux prêteurs, il faut que les créanciers de la BIRD et de l'IDA

claims (A. Reinisch and J. Wurm, "International Financial Institutions before National Courts", in D. D. Bradlow and D. B. Hunter, eds., *International Financial Institutions and International Law* (2010), 103, at pp. 123-24; P. Sands and P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions* (6th ed. 2009), at p. 496). The present appeal involves a request for document production directed at personnel of the INT in the context of criminal charges. It is simply not the kind of action contemplated by s. 3.

(3) Are the Immunities Outlined in the Articles of Agreement "Functional"?

[56] The respondents argue that the immunities outlined in ss. 5 and 8 are "functional". On the respondents' understanding, a functional immunity is one that only applies where it has been specifically demonstrated that the immunity is necessary for the organization to carry out its operations and responsibilities. This was indeed the case for the immunity considered by this Court in *Amaratunga*. By contrast, an immunity said to be "absolute" is not subject to this case-by-case determination of functional necessity.

[57] To support their theory, the respondents draw this Court's attention to s. 1, which states as follows: "To enable the [IBRD or IDA] to fulfill the functions with which [they are] entrusted, the status, immunities and privileges [set forth or provided] in this Article shall be accorded to the [IBRD or IDA] in the territories of each member."

[58] A plain reading suggests that this is merely a descriptive, purposive clause. It states the reason for according the IBRD and the IDA the immunities set out in Article VII and Article VIII of their respective Articles of Agreement. As the Court of First Instance of Brussels concluded with regards to similar immunities outlined in the governing agreement of the African Development Bank, this kind of purposive clause explains why the enumerated immunities were granted. It is not meant

aient la possibilité d'ester en justice pour recouvrer leur créance (A. Reinisch et J. Wurm, « International Financial Institutions before National Courts », dans D. D. Bradlow et D. B. Hunter, dir., *International Financial Institutions and International Law* (2010), 103, p. 123-124; P. Sands et P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions* (6e éd. 2009), p. 496). Le présent pourvoi porte sur une demande de communication de documents visant le personnel de l'INT dans le contexte d'accusations en matière criminelle. Ce n'est tout simplement pas le genre de poursuite dont il est question à la section 3.

(3) Les immunités définies dans l'Accord et dans les Statuts sont-elles « fonctionnelles »?

[56] Les intimés soutiennent que les immunités prévues aux sections 5 et 8 sont [TRADUCTION] « fonctionnelles ». Selon eux, une immunité fonctionnelle ne s'applique uniquement que si sa nécessité a été expressément démontrée pour l'exercice des opérations et responsabilités de l'organisation. C'est effectivement ce que la Cour a conclu dans l'arrêt *Amaratunga* relativement à l'immunité en cause. En revanche, une immunité dite « absolue » n'exige pas d'analyse au cas par cas visant à déterminer s'il y a nécessité fonctionnelle.

[57] Au soutien de leur thèse, les intimés attirent l'attention de la Cour sur la section 1, ainsi libellée : « Pour mettre la Banque en mesure de remplir les fonctions qui lui sont confiées, le statut, les immunités et privilèges définis dans le présent article seront accordés à la Banque dans les territoires de chaque État membre » (le libellé des Statuts de l'IDA, sans être identique, est équivalent).

[58] Le sens ordinaire des termes utilisés révèle qu'il s'agit simplement d'une disposition téléologique descriptive. Elle exprime la raison d'être des immunités conférées à la BIRD et à l'IDA par les articles VII et VIII de l'Accord et des Statuts. Comme l'a conclu le Tribunal de première instance de Bruxelles, au sujet d'immunités similaires énoncées dans les statuts régissant la Banque africaine de développement, de telles dispositions téléologiques expliquent pourquoi les immunités qu'elles

to require international organizations to justify the application of the asserted immunity (*Scimet v. African Development Bank* (1997), 128 I.L.R. 582, at p. 584). Our conclusion that the provision is only an interpretive aid is further supported by the fact that, unlike ss. 3, 5 and 8, s. 1 is not implemented in Canadian law through the Orders in Council.

[59] In addition, the ss. 5 and 8 immunities are not subject to any express condition of functional necessity. This distinguishes ss. 5 and 8 from the functional immunity provision this Court considered in *Amaratunga*, which stated that the Northwest Atlantic Fisheries Organization "shall have in Canada the legal capacities of a body corporate and shall, to such extent as may be required for the performance of its functions, have the privileges and immunities set forth in Articles II and III of the Convention for the United Nations" (*Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order*, SOR/80-64, s. 3(1)).

[60] It is noteworthy that this express condition is stipulated in s. 6 of Article VII and Article VIII. By virtue of s. 6, "all property and assets" of the IBRD and the IDA shall be free from "restrictions, regulations, controls and moratoria of any nature", but *only* "[t]o the extent necessary to carry out the operations provided for in [the Articles of Agreement]". These words would be meaningless if the privileges and immunities outlined in Articles VII and VIII were already subject to this condition by virtue of s. 1.

[61] Fundamentally, the respondents misinterpret the role and significance of s. 1. Functional forms of immunity appear to be inspired from the broad and flexible immunity outlined in the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7 ("U.N. Charter") (A. Reinisch, "Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations — An Introduction", in A. Reinisch, ed., *The Privileges*

prévoient ont été accordées. Elles n'ont pas pour objet d'obliger les organisations internationales à justifier l'application des immunités revendiquées (*Scimet c. African Development Bank* (1997), 128 I.L.R. 582, p. 584). Notre conclusion selon laquelle la disposition ne constitue qu'un outil d'interprétation est de plus étayée par le fait que la section 1, contrairement aux sections 3, 5 et 8, n'a pas été incorporée au droit interne par les Décrets.

[59] De plus, l'application des immunités définies aux sections 5 et 8 n'est pas subordonnée à l'existence d'une quelconque nécessité fonctionnelle. Ceci distingue les sections 5 et 8 de la disposition relative à une immunité fonctionnelle examinée par notre Cour dans l'arrêt *Amaratunga*, aux termes de laquelle l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest « possède, au Canada, la capacité juridique d'un corps constitué et possède, dans la mesure où ses fonctions l'exigent, les privilèges et les immunités prévus pour les Nations Unies aux Articles II et III de la Convention » (*Décret sur les privilèges et immunités de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest*, DORS/80-64, par. 3(1)).

[60] Il convient de noter que cette condition expresse est prévue à la section 6 des articles VII et VIII respectivement. En effet, aux termes de la section 6 de l'Accord relatif à la BIRD, « tous les biens et avoirs » de la BIRD seront exempts de « restrictions, réglementations, contrôles et moratoires de toute nature », mais *seulement* « [d]ans la mesure nécessaire à l'accomplissement des opérations prévues dans [l'Accord] » (le libellé des Statuts de l'IDA, sans être identique, est équivalent). Ces mots ne signifieraient rien si les privilèges et immunités définis aux articles VII et VIII étaient déjà assujettis à cette condition par l'effet de la section 1.

[61] Au fond, les intimés interprètent erronément le rôle et l'importance de la section 1. Les immunités fonctionnelles semblent procéder de l'immunité large et souple définie dans la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 nº 7 (la « Charte de l'ONU ») (A. Reinisch, « Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations — An Introduction », dans A. Reinisch, dir., *The Privileges and*

and Immunities of International Organizations in Domestic Courts (2013), 1, at p. 5). Rather than enumerate specific immunities, Article 105(1) of the U.N. Charter simply provides that "[t]he Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes". Article 105(2) of the U.N. Charter extends this protection to representatives and officials of the U.N., subject to the same condition. As Anthony J. Miller has stated:

> This approach of formulating privileges and immunities in general terms, rather than as a series of detailed rules, enabled the drafters of the Charter to closely connect privileges and immunities "to the realization of the purposes of the Organization, to the free functioning of its organs and to the independent exercise of the functions and duties of officials", rather than trying to formulate concrete provisions dealing with particular privileges and immunities. [Footnote omitted.]

("The Privileges and Immunities of the United Nations" (2009), 6 *I.O.L.R.* 7, at p. 16)

[62] However, flexibility is bought at the price of uncertainty, as what is "functional" is essentially a matter of perspective (J. Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (3rd ed. 2015), at p. 132; C. W. Jenks, *International Immunities* (1961), at p. 26; A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (2000), at p. 206).

[63] Instead of committing the IBRD and the IDA to this uncertainty, the signatory states of the Articles of Agreement set out, in advance, the specific immunities that would enable these organizations to fulfill their responsibilities. The very wording of s. 1 suggests that this was an explicit choice; the immunities are accorded "[t]o enable the [IBRD or IDA] to fulfill the functions with which [they are] entrusted". To import an added condition of functional necessity would undermine what appears to be a conscious choice to enumerate the specific immunities rather than to rely on one broad, functional grant of immunity.

Immunities of International Organizations in Domestic Courts (2013), 1, p. 5). Plutôt que d'énumérer des immunités précises, le par. 1 de l'article 105 de la Charte de l'ONU prévoit simplement que « [l'] Organisation jouit, sur le territoire de chacun de ses Membres, des privilèges et immunités qui lui sont nécessaires pour atteindre ses buts ». Le paragraphe 2 étend cette protection aux représentants et fonctionnaires de l'ONU, sous réserve de la même condition. Pour reprendre les propos d'Anthony J. Miller :

> [TRADUCTION] Cette approche qui consiste à définir des privilèges et des immunités en termes généraux, et non comme une suite de règles détaillées, a permis aux rédacteurs de la Charte de lier étroitement les privilèges et immunités « à la réalisation des buts de l'Organisation, au bon fonctionnement de ses organes, à l'exercice indépendant des fonctions et attributions des fonctionnaires », plutôt que de tenter de formuler des dispositions concrètes portant sur des privilèges et des immunités en particulier. [Note de bas de page omise.]

(« The Privileges and Immunities of the United Nations » (2009), 6 *I.O.L.R.* 7, p. 16)

[62] Il y a cependant un prix à payer pour cette souplesse, soit celui de l'incertitude, car le caractère « fonctionnel » de toute chose est essentiellement une question de point de vue (J. Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (3e éd. 2015), p. 132; C. W. Jenks, *International Immunities* (1961), p. 26; A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (2000), p. 206).

[63] Plutôt que d'imposer cette incertitude à la BIRD et à l'IDA, les États signataires de l'Accord et des Statuts ont défini, à l'avance, les diverses immunités qui permettraient à ces organisations de s'acquitter de leurs responsabilités. Le texte même de la section 1 laisse entendre que c'était un choix délibéré, car les immunités sont accordées « [p]our mettre la Banque en mesure de remplir les fonctions qui lui sont confiées » (le libellé des Statuts de l'IDA, sans être identique, est équivalent). Ajouter une condition de nécessité fonctionnelle minerait ce qui semble être le choix délibéré d'énumérer les diverses immunités plutôt que de prévoir une immunité fonctionnelle générale.

[64] For these reasons, we are of the view that s. 1 does not impose a condition of functional necessity that must be satisfied whenever any immunity is asserted. However, as stated previously, the scope of these immunities should nevertheless be interpreted purposively, taking into consideration their object outlined in s. 1.

[65] Having concluded that the immunities outlined in ss. 5 and 8 apply without the need for further justification, we turn now to interpret the scope of these immunities.

(4) Scope of the IBRD's and the IDA's Archival Immunity

[66] By virtue of s. 5, the "archives of the [IBRD and the IDA] shall be inviolable". The trial judge concluded that this immunity does not shield the IBRD from the respondents' document production order, since, on the basis of a definition provided in a dictionary, "archives" refers exclusively to a "collection of historical documents or records" (para. 54). In addition, the trial judge was of the view that the word "inviolable" only entails protection from a search and seizure order, but not protection from an order for compelled production.

[67] In our respectful view, the trial judge erred in construing so narrowly an immunity that is integral to the independent functioning of international organizations. On our reading, the immunity outlined in s. 5 shields the entire collection of stored documents of the IBRD and the IDA from both search and seizure and from compelled production. This broader interpretation is consistent with the plain and ordinary meaning of the terms of s. 5 and is in harmony with its object and purpose.

[68] First, the word "archive" is frequently defined as a collection of records and documents held by an organization. For example, the *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004) defines "archive" as: "1 . . . a collection of public, corporate or

[64] Pour ces motifs, nous sommes d'avis que la section 1 ne subordonne pas l'application de l'immunité au respect d'une condition de nécessité fonctionnelle. Or, comme nous l'avons dit, la portée de ces immunités doit néanmoins être déterminée de manière téléologique, à la lumière de leur objet, énoncé à la section 1.

[65] Puisque nous avons conclu que les immunités énoncées aux sections 5 et 8 s'appliquent sans nécessiter de justification, nous allons maintenant en déterminer la portée.

(4) Étendue de l'inviolabilité des archives prévue à l'égard de la BIRD et de l'IDA

[66] Aux termes de la section 5, les archives de la BIRD et de l'IDA sont « inviolables ». Selon le juge d'instance, cette disposition ne protège pas la BIRD contre l'ordonnance de communication de documents sollicitée par les intimés, étant donné que, suivant une définition provenant d'un dictionnaire, le terme « archives » s'entend exclusivement d'un [TRADUCTION] « ensemble de documents ou de dossiers historiques » (par. 54). En outre, le juge d'instance a estimé que le terme « inviolable », s'il permet de parer à une ordonnance de fouille, perquisition et saisie, est sans effet contre une ordonnance de communication.

[67] Avec respect, le juge d'instance a commis une erreur en interprétant de façon aussi étroite une immunité intimement liée au fonctionnement indépendant des organisations internationales. Selon notre interprétation, l'immunité définie à la section 5 protège l'ensemble de la collection des documents archivés de la BIRD et de l'IDA à la fois contre les fouilles, perquisitions et saisies et contre la communication. Cette interprétation plus large est conforme au sens ordinaire des termes de la section 5 et elle s'harmonise avec l'objet et le but de cette disposition.

[68] Premièrement, le mot « archives » s'entend souvent de l'ensemble des dossiers et documents que possède une organisation. Par exemple, le *Canadian Oxford Dictionary* (2e éd. 2004) définit ainsi la notion : [TRADUCTION] « 1 [. . .] collection

institutional documents or records. 2 . . . the place where these are stored" (p. 67). The definition in the *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary* (11th ed. 2003) is similarly broad: "1: a place in which public records or historical documents are preserved; *also*: the material preserved — often used in pl. 2: a repository or collection esp. of information" (p. 65), as is the *Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014) definition: "1. A place where public, historical, or institutional records are systematically preserved. 2. Collected and preserved public, historical, or institutional papers and records. 3. Any systematic compilation of materials, esp. writings, in physical or electronic form" (pp. 127-28 (emphasis added)).

[69] For their part, the *Collins Canadian Dictionary* (2010), at p. 42, defines "archives" as "a collection of records or documents", while the *Multidictionnaire de la langue française* (5th ed. 2009) defines the French word "*archives*" firstly as a [TRANSLATION] "[c]ollection of documents, regardless of their dates or their nature, produced or received by a person or an organization for his or its needs or for the performance of his or its activities, and retained for their general information value" (p. 123 (emphasis added)). Finally, *Le Lexis: le dictionnaire érudit de la langue française* (2009) describes "*archives*", at p. 103, as a [TRANSLATION] "[c]ollection of documents (handwritten papers, printed material, etc.) that come from an organization, a family or an individual".

[70] This broader meaning of "archive", which does not differentiate between current versus historical documents, reflects its known usage in international law. The *Vienna Convention on Consular Relations*, Can. T.S. 1974 No. 25, defines "consular archives" as including "all the papers, documents, correspondence books, films, tapes and registers of the consular post, together with the ciphers and codes, the card-indexes and any article of furniture intended for their protection or safekeeping" (art. 1(1)(k)). This definition has also been applied to the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Can. T.S. 1966 No. 29, where the term "archives" is undefined (J. P. Grant and J. C. Barker, eds., *Parry and*

de documents ou dossiers publics, d'entreprise ou organisationnels. 2 [. . .] endroit où ils sont entreposés » (p. 67). Le *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary* (11e éd. 2003) offre une définition aussi large : [TRADUCTION] « 1 : endroit où les dossiers publics ou documents historiques sont conservés; *aussi* : ce qui est conservé — souvent employé au pl. 2 : dépôt ou collection, part. d'information » (p. 65), tout comme le *Black's Law Dictionary* (10e éd. 2014) : [TRADUCTION] « 1. Endroit où les dossiers publics, historiques ou institutionnels sont conservés systématiquement. 2. Documents et dossiers publics, historiques ou institutionnels rassemblés et conservés. 3. Toute compilation systématique de pièces, part. d'écrits, sous forme physique ou électronique » (p. 127-128 (nous soulignons)).

[69] Pour sa part, le *Collins Canadian Dictionary* (2010) définit le terme « *archives* », à la p. 42, comme une [TRADUCTION] « collection de dossiers ou de documents », tandis que le *Multidictionnaire de la langue française* (5e ed. 2009) définit ainsi le mot : « Ensemble des documents, quelle que soit leur date ou leur nature, produits ou reçus par une personne ou un organisme pour ses besoins ou l'exercice de ses activités et conservés pour leur valeur d'information générale » (p. 123 (nous soulignons)). *Le Lexis : le dictionnaire érudit de la langue française* (2009) donne, à la p. 103, la définition suivante : « Ensemble de documents (pièces manuscrites, imprimés, etc.) qui proviennent d'une collectivité, d'une famille ou d'un individu ».

[70] Ce sens plus général du mot « archives », ne faisant aucune distinction entre les documents récents et historiques, correspond au sens dans lequel ce terme est employé en droit international. Dans la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, R.T. Can. 1974 no 25, les « archives consulaires » s'entendent de « tous les papiers, documents, correspondance, livres, films, rubans magnétiques et registres du poste consulaire, ainsi que le matériel du chiffre, les fichiers et les meubles destinés à les protéger et à les conserver » (art. 1(1)*k*)). Cette définition a également été appliquée à la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, R.T. Can. 1966 no 29, qui ne définit pas le terme « archives »

Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law (2nd ed. 2004), at p. 35 ("archives, diplomatic and consular"); see also J. R. Fox, *Dictionary of International and Comparative Law* (3rd ed. 2003), at p. 86 ("diplomatic archives")). The *Dictionnaire de droit international public* (2001) defines "*archives d'une organisation internationale*" (archives of an international organization) in a similarly broad fashion: [TRANSLATION] "Papers and documents related to the functioning of an international organization and whose status is determined by the treaties applicable to that organization" (J. Salmon, ed., at p. 80).

[71] Interpreting "archives" in the narrow manner proposed by the trial judge would not only deviate from the manner in which this term is commonly used in international law, it would also undermine the purpose of s. 5. As this Court held in *Amaratunga*, immunities are extended to international organizations to protect them from intrusions into their operations and agenda by a member state or a member state's courts (paras. 29, 30 and 45). Shielding an organization's entire collection of stored documents, including official records and correspondences, is integral to ensuring its proper, independent functioning. Without it, the "confidential character of communications between states and the organisation, or between officials within the organisation, would be less secure" (Sands and Klein, at p. 502; see also Jenks, *International Immunities*, at p. 54; and K. Ahluwalia, *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations* (1964), at p. 81).

[72] This explains why archival immunity is affirmed in the constituent agreements of many international organizations in such broad, uncompromising terms (Sands and Klein, at pp. 501-2). Jenks has described the importance of international organizations' archival immunity as follows:

> The inviolability of international archives does not appear to have raised any special problem; it is designed

(J. P. Grant et J. C. Barker, dir., *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law* (2e éd. 2004), p. 35 (« *archives, diplomatic and consular* »); voir aussi J. R. Fox, *Dictionary of International and Comparative Law* (3e éd. 2003), p. 86 (« *diplomatic archives* »)). Dans le *Dictionnaire de droit international public* (2001), l'expression « archives d'une organisation internationale » est aussi définie en termes généraux : « Pièces et documents se rattachant au fonctionnement d'une organisation internationale et dont le statut est déterminé par les textes conventionnels applicables à celle-ci » (J. Salmon, dir., p. 80).

[71] Non seulement l'interprétation étroite du mot « archives » proposée par le juge d'instance s'écarte de l'utilisation qui en est habituellement faite en droit international, mais elle n'est pas conforme à l'objet de la section 5. Comme la Cour l'a dit aux par. 29, 30 et 45 de l'arrêt *Amaratunga*, des immunités sont accordées à des organisations internationales afin de les protéger de l'ingérence dans leurs opérations et leur programme par les États membres ou leurs tribunaux. La protection de l'ensemble des documents d'une organisation, y compris les dossiers officiels et la correspondance, est essentielle pour assurer le bon fonctionnement en toute indépendance de l'organisation. Sans cette protection, le [TRADUCTION] « caractère confidentiel des communications entre les États et l'organisation, ou entre les fonctionnaires au sein de l'organisation, serait compromis » (Sands et Klein, p. 502; voir aussi Jenks, *International Immunities*, p. 54; et K. Ahluwalia, *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations* (1964), p. 81).

[72] Voilà pourquoi l'inviolabilité des archives est énoncée dans les statuts de nombreuses organisations internationales en des termes généraux et sans équivoque (Sands et Klein, p. 501-502). L'auteur Jenks dépeint l'importance de l'inviolabilité des archives des organisations internationales en ces termes :

> [TRADUCTION] L'inviolabilité des archives des organisations internationales ne semble pas avoir soulevé

partly to secure the safe-keeping of original documents and partly to preserve the confidential character of official records; it appears to be generally accepted as self-evident that to recognise that the legislative, executive or judicial agencies of any one country may call for the production of documents from international archives would be to undermine the freedom and independence with which international staffs are expected to advise the international organisations towards which they have been vested by treaty with an exclusive responsibility and to destroy the whole basis of reciprocal respect for the confidential character of such archives without which governments would be unwilling to communicate confidential information to international organisations. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(*International Immunities*, at p. 54)

[73] Limiting the protection of s. 5 to historical documents would leave exposed current and more sensitive documents, whose confidentiality is likely more important to the IBRD's independent functioning. For all of these reasons, we are of the view that the term "archives" is better construed as the entire collection of stored documents of the IBRD and the IDA, including their official records and correspondences. We note, in passing, that the House of Lords endorsed a similarly broad definition of "archives" in the context of interpreting the International Tin Council's immunities (*Shearson Lehman Bros. Inc. v. Maclaine Watson & Co. (No. 2)*, [1988] 1 All E.R. 116, at p. 122).

[74] For its part, the term "inviolable" connotes a sweeping protection against any form of involuntary production. Maintaining a distinction, as the trial judge suggests, between document production orders as opposed to searches and seizures is neither suggested by the plain meaning of this provision, nor is it consonant with the purpose for extending immunity. As we have said, shielding the IBRD's and the IDA's archives is integral to ensuring their proper, independent functioning. However, what is truly important is not the documents themselves but the information they contain. From this vantage point, it is irrelevant whether this information is revealed in the context of a search and seizure or in the context of a compelled production order. The

de problème particulier; elle vise en partie à assurer la conservation de documents originaux et, en partie, à assurer le caractère confidentiel des dossiers officiels; il semble généralement aller de soi que permettre aux organismes législatif, exécutif ou judiciaire d'un pays d'exiger la communication de documents appartenant aux archives des organisations internationales saperait la liberté et l'indépendance attendues du personnel international dans ses rapports avec les organisations internationales envers lesquelles il est investi par traité d'une responsabilité exclusive et minerait le respect réciproque du caractère confidentiel de ces archives sans lequel les gouvernements ne consentiraient pas à communiquer des informations confidentielles aux organisations internationales. [Nous soulignons; notes de bas de page omises.]

(*International Immunities*, p. 54)

[73] Restreindre aux documents historiques seulement la protection prévue par la section 5 exposerait les documents courants et ceux de nature plus sensible, dont la confidentialité est vraisemblablement plus importante pour le fonctionnement indépendant de la BIRD. Pour tous ces motifs, nous sommes d'avis que le terme « archives » doit s'entendre de l'ensemble des documents conservés par la BIRD et l'IDA, y compris leurs dossiers officiels et leur correspondance. Nous soulignons, au passage, que la Chambre des lords a adopté une aussi large définition du mot « archives » dans son interprétation des immunités accordées au Conseil international de l'étain (*Shearson Lehman Bros. Inc. c. Maclaine Watson & Co. (No. 2)*, [1988] 1 All E.R. 116, p. 122).

[74] Pour sa part, le terme « inviolable » évoque une protection absolue contre toute forme de communication obligatoire. La distinction que fait le juge d'instance entre les ordonnances de communication de documents et les fouilles, perquisitions et saisies ne découle pas du sens ordinaire des mots de la disposition ni ne concorde avec l'objet pour lequel l'immunité est accordée. Comme nous l'avons déjà dit, la protection des archives de la BIRD et de l'IDA est essentielle au bon fonctionnement indépendant de ces organisations. Ce ne sont cependant pas les documents en soi qui sont vraiment importants, mais plutôt les renseignements qu'ils contiennent. De ce point de vue, il importe peu que les renseignements soient révélés à l'issue d'une fouille, saisie ou perquisition,

purpose underlying the immunity is thwarted in either case.

[75] Admittedly, the use of the word "inviolable" may seem out of place when referring to the archives of an organization. However strange it may seem to speak of violence towards a collection of stored records, documents and correspondence, the term "inviolable" has a history in international law that sheds some light on its meaning in the IBRD and the IDA Articles of Agreement.

[76] Originating in the law of diplomacy, and later becoming common in treaties establishing certain international organizations, the term "inviolable" implies freedom from unilateral interference. Originally, the person of an ambassador was said to be inviolable. This entailed freedom from arrest or any kind of restraint (C. Morton, *Les privilèges et immunités diplomatiques* (1927), at p. 49; J. Secretan, *Les immunités diplomatiques des représentants des états membres et des agents de la Société des nations* (1928), at p. 67). Inviolability was later extended to the premises of diplomatic missions. In that context, "inviolable" connoted an immunity from the enforcement of local law within the premises by local authorities (E. Denza, *Diplomatic Law* (3rd ed. 2008), at p. 136).

[77] Prior to the First World War, many international organizations were accorded the same privileges and immunities known to the law of diplomacy (E. H. Fedder, "The Functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization" (1960), 9 *Am. U.L. Rev.* 60, at p. 60). The personnel of many of the first international organizations were thus inviolable (L. Preuss, "Diplomatic Privileges and Immunities of Agents Invested with Functions of an International Interest" (1931), 25 *A.J.I.L.* 694, at pp. 696-99; J. L. Kunz, "Privileges and Immunities of International Organizations" (1947), 41 *A.J.I.L.* 828, at pp. 828-32). Later, the 1920 *Covenant of the League of Nations* provided that the "buildings and other property

ou de l'exécution d'une ordonnance de communication. L'objet de l'immunité est contrecarré dans les deux cas.

[75] Certes, l'emploi du terme « inviolables » pour qualifier les archives d'une organisation peut surprendre. La notion de violence à l'égard d'un ensemble de dossiers, documents et correspondance conservés peut paraître étrange. Or, le terme « inviolable » a subi une évolution en droit international, jetant un certain éclairage sur le sens qu'il convient de lui donner dans l'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA.

[76] Issu du droit de la diplomatie et communément employé dans les traités constituant certaines organisations internationales, le terme « inviolable » sous-entend l'absence d'ingérence unilatérale. À l'origine, la personne d'un ambassadeur était dite inviolable, ce qui signifiait qu'elle ne pouvait faire l'objet d'une arrestation ou de toute forme de contrainte (C. Morton, *Les privilèges et immunités diplomatiques* (1927), p. 49; J. Secretan, *Les immunités diplomatiques des représentants des états membres et des agents de la Société des nations* (1928), p. 67). Le concept de l'inviolabilité a par la suite été étendu au siège des missions diplomatiques. Dans ce contexte, le terme « inviolable » renvoyait à la protection des locaux des missions et faisait obstacle à l'application du droit interne par les autorités locales (E. Denza, *Diplomatic Law* (3e éd. 2008), p. 136).

[77] Avant la Première Guerre mondiale, les mêmes privilèges et immunités propres au droit de la diplomatie ont été accordés à des organisations internationales (E. H. Fedder, « The Functional Basis of International Privileges and Immunities : A New Concept in International Law and Organization » (1960), 9 *Am. U.L. Rev.* 60, p. 60). Le personnel de plusieurs des premières organisations internationales était donc dit inviolable (L. Preuss, « Diplomatic Privileges and Immunities of Agents Invested with Functions of an International Interest » (1931), 25 *A.J.I.L.* 694, p. 696-699; J. L. Kunz, « Privileges and Immunities of International Organizations » (1947), 41 *A.J.I.L.* 828, p. 828-832). Un peu plus tard, le *Pacte de la Société des Nations* adopté en

occupied by the League or its officials or by Representatives attending its meetings shall be inviolable" (art. 7, (1920), 1 *League of Nations O.J.* 3, at p. 5). A subsequent agreement concluded in 1926 between the League and Switzerland provided that "inviolable" meant "no agent of the public authority may enter" without the consent of the League ("Communications from the Swiss Federal Council Concerning the Diplomatic Immunities to be Accorded to the Staff of the League of Nations and of the International Labour Office" (1926), 7 *League of Nations O.J.* 1422, at p. 1423). The agreement also added for the first time that the "archives of the League of Nations are inviolable" (*ibid.*).

[78] This formulation was reprised in the Articles of Agreement of the IBRD. It has since become standard in the constituent agreements of many international organizations (see e.g. *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, Can. T.S. 1948 No. 2, Article II, s. 4; *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, art. 24). Though the word has been applied in various contexts — to persons, premises, and archives — this history makes clear that the term "inviolable" generally entails freedom from any form of unilateral interference on the part of a state.

[79] This broad interpretation also finds support in international law scholarship. The inviolability of archives is said to afford a complete shield from investigation, confiscation or interference of any kind with the documents belonging to the archives of an international organization (A. S. Muller, *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship* (1995), at p. 205; Fox, at p. 173 ("inviolability"); Morton, at pp. 56-57). Philippe Sands and Pierre Klein write that, as a consequence of the principle that archives are inviolable, "international organisations are under no duty to produce any official document or part of their archives in the context of litigations before national courts" (p. 502, citing C. W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations* (1962), at p. 234). This appears to reflect the consensus view of international law scholarship (see e.g. Jenks, *International Immunities*, at p. 54; B. Sen, *A Diplomat's Handbook of*

1920 a prévu que les « bâtiments et terrains occupés par la Société, par ses services ou ses réunions, sont inviolables » (art. 7, (1920), 1 *Société des Nations J.O.* 3, p. 5). Une convention intervenue en 1926 entre la Société des Nations et la Suisse disposait que le terme « inviolable » signifiait que « nul agent de l'autorité publique ne doit y pénétrer » sans le consentement de la Société (« Communications du Conseil fédéral suisse concernant le régime des immunités diplomatiques du personnel de la Société des Nations et du Bureau international du Travail » (1926), 7 *Société des Nations J.O.* 1422, p. 1423). En outre, la convention prévoit, pour la première fois, que les « archives de la Société des Nations sont inviolables » (*ibid.*).

[78] Cette formulation a été reprise dans l'Accord relatif à la BIRD. Depuis, son emploi est devenu d'usage dans les statuts de bon nombre d'organisations internationales (voir p. ex. *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, R.T. Can. 1948 nº 2, article II, s. 4; *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, art. 24). Bien que ce terme ait été appliqué dans divers contextes — à savoir personnes, lieux et archives —, l'histoire démontre qu'il traduit couramment l'idée d'une absence générale d'ingérence unilatérale de la part d'un État.

[79] Cette large interprétation est également soutenue par la doctrine en droit international, doctrine suivant laquelle l'inviolabilité des archives offre une protection complète contre les enquêtes, les confiscations et les ingérences de toute nature visant les documents faisant partie des archives d'une organisation internationale (A. S. Muller, *International Organizations and their Host States : Aspects of their Legal Relationship* (1995), p. 205; Fox, p. 173 (« *inviolability* »); Morton, p. 56-57). Philippe Sands et Pierre Klein ont écrit qu'en raison du principe d'inviolabilité des archives, [TRADUCTION] « les organisations internationales n'ont aucunement l'obligation de communiquer des documents officiels ou une portion de leurs archives dans le cadre de litiges devant les tribunaux nationaux » (p. 502, citant C. W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations* (1962), p. 234). Cette affirmation semble refléter le consensus exprimé

International Law and Practice (3rd rev. ed. 1980), at pp. 117-18; J. Wouters, S. Duquet and K. Meuwissen, "The Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations", in A. F. Cooper, J. Heine and R. Thakur, eds., *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy* (2013), 510, at p. 523). The United Nations Special Rapporteur was also of the view that the absolute secrecy of an organization's archives protects it from all forms of document production orders (L. Díaz González, "Fifth report on relations between States and international organizations (second part of the topic)", U.N. Doc. A/CN.4/438, in *Yearbook of the International Law Commission 1991* (1994), vol. II, Part One, 91, at pp. 95-99).

[80] Finally, it is worth noting that our interpretation is also favoured in the decisions of foreign courts. The Court of Appeal for England and Wales has written recently that "the universal definition of 'inviolability' is freedom from any act of interference on the part of the receiving state" (*R. (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)*, [2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921, at para. 61 (emphasis added)). What is more, several foreign courts appear to have specifically taken it for granted that the inviolability of archives shields international organizations from document production orders (*Taiwan v. United States District Court for the Northern District of California*, 128 F.3d 712 (9th Cir. 1997); *Iraq v. Vinci Constructions* (2002), 127 I.L.R. 101 (Brussels C.A.); *Owens, Re Application for Judicial Review*, [2015] NIQB 29, at paras. 63 and 69 (BAILII)).

[81] For these reasons, we are of the view that the protection afforded by s. 5 extends to all documents stored by the INT from search, seizure and compelled production.

[82] Further, we are of the view that partial voluntary disclosure of some documents by the World Bank Group does not amount to a waiver of this

par les auteurs en droit international (voir p. ex. Jenks, *International Immunities*, p. 54; B. Sen, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice* (3e éd. rév. 1980), p. 117-118; J. Wouters, S. Duquet et K. Meuwissen, « The Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations », dans A. F. Cooper, J. Heine et R. Thakur, dir., *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy* (2013), 510, p. 523). Le rapporteur spécial des Nations Unies était également d'avis que la confidentialité absolue des archives d'une organisation la protège contre toutes les ordonnances de communication de documents, quelles qu'elles soient (L. Díaz González, « Cinquième rapport sur les relations entre les États et les organisations internationales (deuxième partie du sujet) », Doc. N.U. A/CN.4/438, dans *Annuaire de la Commission du droit international 1991* (1994), vol. II, première partie, 93, p. 96-100).

[80] Il convient enfin de signaler que notre interprétation est également favorisée par plusieurs tribunaux étrangers. La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a récemment écrit que [TRADUCTION] « la définition universelle de l'"inviolabilité" consiste en l'absence de tout acte d'ingérence du pays d'accueil » (*R. (Bancoult) c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)*, [2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921, par. 61 (nous soulignons)). Qui plus est, plusieurs tribunaux étrangers semblent tenir précisément pour acquis que l'inviolabilité des archives protège les organisations internationales contre les ordonnances de communication de documents (*Taiwan c. United States District Court for the Northern District of California*, 128 F.3d 712 (9th Cir. 1997); *Iraq c. Vinci Constructions* (2002), 127 I.L.R. 101 (C.A. Bruxelles); *Owens, Re Application for Judicial Review*, [2015] NIQB 29, par. 63 et 69 (BAILII)).

[81] Pour ces motifs, nous sommes d'avis que la section 5 protège tous les documents de l'INT contre les fouilles, les perquisitions, les saisies et la communication forcée.

[82] Nous sommes aussi d'avis qu'en communiquant certains documents volontairement, le Groupe n'a pas levé cette immunité. En effet, selon

immunity. Indeed, on our reading, the archival immunity is not subject to waiver.

[83] We have already concluded that archival inviolability connotes protection from all forms of unilateral interference with the INT's archives. As a result, where the World Bank Group has expressly permitted the consultation of documents in its archives, the sanctity of those archives is respected. In other words, where there is express permission to consult, s. 5 simply does not apply. This likely explains why, unlike the personnel immunity outlined in s. 8, s. 5 does not contemplate the possibility of waiver. Moreover, where a document has been copied and transmitted to an external party, that transmitted copy no longer forms part of the "archives", as we have defined them. As a result, s. 5 no longer applies to shield that transmitted copy. The House of Lords arrived at a similar conclusion in *Shearson Lehman Bros. Inc.*

[84] Since a qualified representative of the IBRD or the IDA never agreed to allow Canadian officials to consult the documents sought in the document production order, s. 5 applies.

(5) The IBRD's and the IDA's Legal Process Immunity for Personnel

[85] While this appeal primarily concerns a document production order, the challenged subpoenas also required Mr. Haynes and Mr. Kim to give evidence, in addition to producing the requested documents. Therefore, we will address the immunity that protects officers and employees from legal process.

[86] Section 8 provides that "[a]ll [g]overnors, [e]xecutive [d]irectors, [a]lternates, officers and employees of the [IBRD or IDA] **(i)** shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity except when the [IBRD or IDA] waives this immunity".

notre interprétation, l'inviolabilité des archives ne peut être levée.

[83] Nous avons déjà conclu que l'inviolabilité des archives emporte une protection contre toute forme d'ingérence unilatérale visant les archives de l'INT. En conséquence, lorsque le Groupe autorise expressément la consultation de documents conservés dans ses archives, le caractère sacré de ces archives est respecté. Autrement dit, lorsque la consultation est expressément autorisée, la section 5 ne s'applique tout simplement pas. Une telle interprétation permet vraisemblablement d'expliquer pourquoi la section 5, contrairement à la section 8 qui définit l'immunité applicable aux membres du personnel, ne prévoit pas la possibilité de renonciation à l'immunité. En outre, le document qui a été reproduit et transmis à un tiers ne fait désormais plus partie des « archives » telles que nous les avons définies. Par conséquent, la section 5 ne protège plus l'exemplaire transmis. La Chambre des lords est arrivée à une conclusion semblable dans l'arrêt *Shearson Lehman Bros. Inc*.

[84] Comme aucun représentant autorisé de la BIRD ou de l'IDA n'a jamais accepté de permettre à des fonctionnaires canadiens de consulter les documents visés par l'ordonnance de communication, la section 5 s'applique.

(5) Immunité du personnel de la BIRD et de l'IDA à l'égard du processus judiciaire

[85] Si le présent pourvoi concerne principalement une ordonnance de communication, les assignations contestées contraignaient également MM. Haynes et Kim à témoigner. Nous examinerons donc l'immunité qui protège les dirigeants et les employés à l'égard du processus judiciaire.

[86] La section 8 prévoit que « [t]ous les gouverneurs, administrateurs, suppléants, fonctionnaires et employés de la [BIRD] **i)** ne pourront faire l'objet de poursuites à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf lorsque la [BIRD] aura levé cette immunité » (le libellé des Statuts de l'IDA, sans être identique, est équivalent).

[87] It is uncontested that Mr. Haynes and Mr. Kim were performing acts in their official capacity when they obtained the information that the respondents now seek. It is also undisputed that the scope of the legal process immunity in s. 8 shields employees acting in an official capacity from not only civil suit and prosecution, but from legal processes such as subpoenas. After all, an employee who fails to respect a production order would be found in contempt of court. In addition, for the reasons we have outlined above, the application of this immunity is not made conditional on a case-by-case determination of functional necessity. Therefore, the s. 8 immunity applies, subject to waiver.

[87] Il est incontesté que MM. Haynes et Kim accomplissaient des actes dans l'exercice de leurs fonctions lorsqu'ils ont obtenu les renseignements sollicités par les intimés. Il n'est pas contesté non plus que l'immunité contre les poursuites prévue à la section 8 protège les employés à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, non seulement contre les poursuites civiles et pénales, mais aussi contre les sommations judiciaires, telles les assignations à comparaître. Après tout, l'employé qui ne se conformerait pas à une ordonnance de communication serait déclaré coupable d'outrage au tribunal. De plus, pour les motifs exposés précédemment, l'application de cette immunité n'est pas subordonnée à la détermination ponctuelle de l'existence d'une nécessité fonctionnelle. Par conséquent, l'immunité définie à la section 8 s'applique, à moins qu'il n'y ait eu renonciation.

(6) Were the Immunities Waived?

(6) Y a-t-il eu renonciation aux immunités?

[88] The respondents submit that the archival and personnel immunities were waived by the World Bank Group, given the substantial amount of information it shared with the RCMP and its interest in the fruits of the RCMP investigation. As we have already discussed, the archival immunity is not subject to waiver, be it express, implied or constructive. Regarding the organization's personnel immunity, we disagree with the respondents, for the reasons that follow.

[88] Les intimés soutiennent qu'il y a eu renonciation à l'inviolabilité des archives et à l'immunité du personnel par le Groupe, vu la quantité importante de renseignements que ce dernier a communiqués à la GRC et son intérêt dans les résultats de l'enquête menée par elle. Comme nous l'avons dit, il ne peut y avoir renonciation à l'inviolabilité des archives, ni expressément, ni implicitement, ni par interprétation. En ce qui a trait à l'immunité du personnel, nous ne partageons pas l'avis des intimés pour les motifs qui suivent.

[89] The only reference to "waiver" in Article VII or in Article VIII is in the text of s. 8, which confers immunity from legal process to the personnel of the IBRD or the IDA "except when the [IBRD or IDA] waives this immunity". The term "waiver" is not qualified, leaving open the question of whether waiver means "express" waiver, or whether implied waiver or constructive forms of waiver are recognized.

[89] La seule mention du verbe « lever » dans l'article VII ou dans l'article VIII se trouve à la section 8, laquelle accorde une immunité contre les poursuites au personnel de la BIRD ou de l'IDA « sauf lorsque [la BIRD ou l'IDA] aura levé cette immunité ». Ce verbe n'est assorti d'aucune condition; il est donc possible de se demander si seules les renonciations expresses sont reconnues ou si les renonciations implicites ou par interprétation peuvent l'être également.

[90] In our view, the object and purpose of the treaty favour an express waiver requirement. The application of the IBRD's and the IDA's immunity provisions is not subject to a case-by-case determination. To read "waiver" as including forms of

[90] À notre avis, l'objet et le but du traité militent en faveur de la reconnaissance d'une exigence de renonciation expresse. L'application des dispositions relatives aux immunités à la BIRD et à l'IDA n'est pas subordonnée à une analyse ponctuelle, ce

implied or constructive waiver would subject immunities to case-by-case determination. Representatives of the World Bank Group would be required to appear in national courts to argue whether their conduct amounted to waiver, or whether for other reasons they should be deemed to have waived their immunity. Such a conclusion would be inconsistent with our view that the IBRD's and the IDA's immunities apply without further justification.

[91] Further, the purpose for according immunity to international organizations and their personnel is to shield these organizations from interference by member states (*Amaratunga*, at para. 29). Personnel immunity is foundational to international organizations. As one scholar opines, personnel immunity is necessary "to avoid harassment of international officials by way of court proceedings, civil or criminal" (Ahluwalia, at p. 106). Put another way, "If the official acts of world authorities are open to question in national courts in proceedings against the officials of those authorities, every attempt to establish an effective world organization is liable to be completely nullified by the interference of national agencies" (C. W. Jenks, "Some Problems of an International Civil Service" (1943), 3 *P.A.R.* 93, at p. 103). Jenks further observes that the function of international immunities is to "protect international officials against the consequences of the nonexistence of anything in the nature of a federal government to which they can appeal for protection and support against any attempt to prevent the effective discharge of their official duties" (*ibid.*).

[92] In this context, limiting the IBRD's or the IDA's waiver to strictly its own express terms is consistent with the purpose of protecting them from state interference (Muller, at p. 162). If "waiver" is limited to express waiver, then the IBRD and the IDA will be firmly in control of when their personnel may be subjected to domestic legal processes. This is essential for a large international organization

qui serait le cas si les renonciations implicites ou par interprétation étaient reconnues. Les représentants du Groupe seraient alors tenus de comparaître devant les tribunaux nationaux pour débattre la question de savoir si leurs actes équivalaient à une renonciation à l'immunité, ou si pour d'autres raisons ils devraient être réputés avoir renoncé à l'immunité. Une telle conclusion irait à l'encontre de notre opinion selon laquelle les immunités accordées à la BIRD et à l'IDA s'appliquent sans autre justification.

[91] De plus, l'immunité est accordée à des organisations internationales ainsi qu'à leur personnel afin de protéger ces dernières contre l'ingérence des États membres (*Amaratunga*, par. 29). L'immunité du personnel est essentielle aux organisations internationales. Pour reprendre les propos d'un auteur, l'immunité du personnel est nécessaire [TRADUCTION] « pour empêcher que les représentants de l'organisation internationale soient harcelés par des actes judiciaires, en matière civile ou criminelle » (Ahluwalia, p. 106). Autrement dit, [TRADUCTION] « [s]i les actes officiels d'organes mondiaux sont susceptibles de débats devant les tribunaux du pays dans lequel les représentants de ces organes font l'objet de poursuites, chaque tentative en vue d'établir une organisation mondiale efficace risque d'être complètement sapée par l'ingérence des autorités nationales » (C. W. Jenks, « Some Problems of an International Civil Service » (1943), 3 *P.A.R.* 93, p. 103). Jenks fait également remarquer que les immunités internationales ont pour fonction d'« éviter aux représentants des organisations internationales les conséquences découlant de l'absence d'une espèce d'organe fédéral à qui elles pourraient en appeler pour obtenir protection et soutien contre les tentatives d'obstacle à l'exercice efficace de leurs fonctions officielles » (*ibid.*).

[92] Dans un tel contexte, exiger une renonciation expresse de la part de la BIRD et de l'IDA est conforme à l'objet qui consiste à les protéger de l'ingérence étatique (Muller, p. 162). Si la renonciation expresse constitue la seule forme reconnue, la BIRD et l'IDA sauront alors exactement quand leur personnel est assujetti au processus judiciaire d'un pays donné. Il est essentiel qu'il en soit ainsi

which, in this case, comprises 188 member states. If s. 8 were to include forms of implied and constructive waiver — concepts that are liable to vary significantly across the globe — then inconsistencies from jurisdiction to jurisdiction could cause considerable confusion and interfere with the IBRD's and the IDA's orderly operations.

[93] It must be remembered that when a state agrees to become a member of the World Bank Group, it makes a deliberate decision to accept the terms and conditions of the organization, which include archival and personnel immunities. It is part of the original agreement that in exchange for admission to the international organization, every member state agrees to accept the concept of collective governance. As a result, no single member can attempt to control the institution, which may occur if domestic courts apply local and variegated conceptions of implied and constructive waiver. Requiring express waiver avoids these problems.

[94] Further, exposing the World Bank Group to forms of implied or constructive waiver could have a chilling effect on collaboration with domestic law enforcement. Such an effect would be harmful, since multilateral banks including the World Bank Group are particularly well placed to investigate corruption and to serve at the frontlines of international anti-corruption efforts.

[95] Turning to the case at bar, the IBRD's and the IDA's personnel immunity was never expressly waived. On every occasion when the INT provided information, it reiterated that it did so without prejudice to its immunity.

[96] In our view, the trial judge erred in his finding that the World Bank Group waived its immunity, a finding which appears to be rooted in a fairness-based constructive waiver. He found that the INT could not selectively share some of the information, documents or correspondences in its possession with Canadian law enforcement officials. However, the doctrine of selective waiver,

pour une grande organisation internationale comme celle dont il est question, qui regroupe 188 États membres. Si la section 8 reconnaissait également les renonciations implicites et par interprétation — des concepts qui risquent de varier considérablement selon les régions —, les divergences d'un pays à l'autre pourraient créer beaucoup de confusion et nuire au bon fonctionnement de la BIRD et de l'IDA.

[93] Il est important de rappeler que lorsqu'un État accepte de devenir membre du Groupe, il acquiesce délibérément aux conditions de l'organisation, dont l'inviolabilité des archives et l'immunité du personnel. Dans l'accord initial, il est prévu qu'en contrepartie de l'admission au sein de l'organisation internationale, chaque État membre accepte d'adhérer au concept d'une gouvernance collective. Par conséquent, aucun membre ne peut seul tenter d'avoir la mainmise sur l'organisation, ce qui pourrait être le cas si les tribunaux nationaux appliquaient les différents concepts locaux de renonciation implicite ou par interprétation. L'exigence d'une renonciation expresse permet d'éviter ces problèmes.

[94] En outre, le fait pour le Groupe de voir son immunité levée implicitement ou par interprétation pourrait avoir un effet paralysant sur sa collaboration avec les forces de l'ordre de chaque pays ou État membre. Un tel effet serait nuisible, les banques multilatérales, dont le Groupe, étant particulièrement bien placées pour enquêter et intervenir en première ligne à l'échelle internationale dans la lutte contre la corruption.

[95] Dans le cas présent, il n'y a jamais eu renonciation expresse à l'immunité du personnel de la BIRD et de l'IDA. À chacune des occasions où l'INT a fourni des renseignements, elle a réitéré qu'elle le faisait sans préjudice à son immunité.

[96] À notre avis, le juge d'instance a conclu à tort que le Groupe avait renoncé à son immunité. Cette conclusion semble fondée sur la doctrine de la renonciation par interprétation, qui fait intervenir l'équité. Il a jugé que l'INT ne pouvait communiquer sélectivement les renseignements, documents et correspondance en sa possession aux forces de l'ordre canadiennes. Toutefois, la doctrine de common law

developed at common law, should not inform the interpretation of an international treaty.

[97] The trial judge further found that the World Bank Group could not assist in and "benefit" from a Canadian prosecution without sharing other information that might be valuable to the respondents. In support of this theory, the trial judge relied on the "benefit/burden exception" to Crown statutory immunity applied in *Sparling*. The "benefit/burden" principle is a common law exception to the Crown's presumed immunity from statute, which applies when the Crown accepts a statutory benefit that has a sufficient nexus with an attendant burden. The exception is intended to prevent the Crown from simultaneously taking advantage of rights conferred by legislation while invoking its own immunity to shield itself from related liabilities or restrictions.

[98] The "benefit/burden exception" applied in *Sparling* does not apply to the immunities at issue in the present case. First, the World Bank Group has in no relevant sense "benefitted" from the Crown's prosecution of the respondents. Prosecutions are, by their very nature, in the interest of the public and not the complainant or any other private party. Second, the rationale underlying the "benefit/burden exception" has no bearing in the context of international organization immunity. The doctrine is premised on the fact that if the Crown was permitted to take advantage of rights provided by legislation but not be subject to the attendant liabilities or restrictions, it would benefit from more than what the statute intended to provide (P. W. Hogg, *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom* (1971), at p. 183, cited by La Forest J. in *Sparling*, at p. 1023). This rationale simply has no relevance in this context.

[99] For these reasons, the personnel immunity in s. 8 applies to shield Mr. Haynes and Mr. Kim from being compelled by a Canadian court, and the immunity has not been waived. Given our finding, it is

de la renonciation sélective ne s'applique pas à l'interprétation d'un traité international.

[97] Le juge d'instance a aussi conclu que le Groupe ne pourrait prêter son concours à une poursuite intentée au Canada ni « en tirer un avantage » sans communiquer d'autres renseignements susceptibles de se révéler fort utiles aux intimés. À l'appui de sa conclusion, il a invoqué l'exception à l'immunité de la Couronne « fondée sur les avantages et les obligations » appliquée dans l'arrêt *Sparling*. Il s'agit d'une exception de common law à l'immunité présumée de la Couronne qui s'applique lorsque cette dernière accepte un avantage prévu par la loi en lien étroit avec l'obligation qui en découle. L'exception a pour objet d'empêcher la Couronne de se prévaloir des dispositions de la loi tout en invoquant son immunité pour se soustraire aux obligations ou restrictions afférentes.

[98] L'« exception fondée sur les avantages et les obligations » dont il est question dans l'arrêt *Sparling* ne s'applique pas aux immunités en l'espèce. Premièrement, le Groupe n'a pas « tiré d'avantage » à proprement parler de la poursuite engagée contre les intimés. De par leur nature, les poursuites sont engagées dans l'intérêt public, et non dans celui du plaignant ou de toute autre partie privée. Deuxièmement, la raison d'être de « l'exception fondée sur les avantages et les obligations » n'a aucun rapport avec les immunités accordées à des organisations internationales. L'exception a été adoptée pour empêcher que la Couronne soit autorisée à tirer un avantage de droits conférés par la loi sans être assujettie aux obligations ou restrictions qui y sont afférentes, car elle tirerait ainsi un avantage plus important que celui que la loi entendait offrir (P. W. Hogg, *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom* (1971), p. 183, cité par le juge La Forest dans l'arrêt *Sparling*, p. 1023). Ce n'est tout simplement pas pertinent dans le présent contexte.

[99] Pour ces motifs, l'immunité du personnel définie à la section 8 s'applique pour soustraire MM. Haynes et Kim à l'assignation par un tribunal canadien, et il n'y a pas eu renonciation à l'immunité.

not necessary to determine whether the subpoenas were validly served on Mr. Haynes and Mr. Kim.

C. *The Domestic Law of Third Party Production in Criminal Cases*

[100] Even if the World Bank Group did not possess any of the immunities identified in the Articles of Agreement, the production order should not have issued under Canadian law. To obtain third party records in a *Garofoli* application — a proceeding brought to challenge a wiretap authorization — an accused must show a reasonable likelihood that the records will be of probative value to the narrow issues in play on such an application. The respondents have failed to do so.

[101] Before engaging in the *Garofoli* issue, we note that in the material filed before the trial judge, the respondents claimed that the records sought were "'likely relevant' to important issues at trial, the competence of witnesses to testify, and to issues relevant to a motion . . . pursuant to *R. v. Garofoli*". However, only the *Garofoli* issue was particularized and ultimately addressed by the trial judge. Accordingly, we propose to restrict our comments to it.

(1) The Disclosure Already Made in This Case

[102] As noted, the intercepted communications form a significant part of the Crown's case against the respondents. The RCMP obtained the authorizations to intercept largely on the basis of information supplied by the INT.

[103] Shortly after the investigation commenced, the RCMP team commander, Staff Sgt. Martin Bédard, assigned Sgt. Driscoll to prepare an affidavit for the wiretap application. Sgt. Driscoll had

Compte tenu de notre conclusion, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si les assignations à comparaître ont été validement signifiées à MM. Haynes et Kim.

C. *Droit interne en matière de communication de documents par un tiers dans une affaire criminelle*

[100] Même si le Groupe ne bénéficiait d'aucune des immunités définies dans l'Accord et dans les Statuts, l'ordonnance de communication n'aurait pas dû être rendue sous le régime du droit canadien. S'il veut obtenir des documents d'un tiers dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* — pour contester une autorisation d'écoute électronique — l'accusé doit démontrer l'existence d'une probabilité raisonnable que les dossiers se révéleront utiles pour trancher les questions précises qu'emporte ce type de demande. Les intimés ne l'ont pas fait.

[101] Avant de nous pencher sur la demande de type *Garofoli*, signalons que dans les documents déposés auprès du juge d'instance, les intimés affirment que les dossiers demandés étaient [TRADUCTION] « "probablement pertinents" quant à d'importantes questions en litige, à l'habilité de certaines personnes à témoigner et à des points concernant une requête [. . .] conformément à l'arrêt *R. c. Garofoli* ». Seule la question relative à la demande de type *Garofoli* a toutefois été formulée et examinée par le juge d'instance. Nous allons, par conséquent, nous y limiter.

(1) Les documents déjà divulgués en l'espèce

[102] Comme nous l'avons mentionné, les communications interceptées constituent une partie importante de la preuve de la Couronne contre les intimés. La GRC a obtenu les autorisations en grande partie sur la foi des renseignements fournis par l'INT.

[103] Peu après le début de l'enquête, le sergent-chef Martin Bédard, chef d'équipe de la GRC, a confié au serg. Driscoll la tâche de préparer un affidavit en vue d'obtenir l'autorisation d'écoute

extensive experience obtaining wiretap authorizations.

[104] Sgt. Driscoll made no handwritten notes of his work as affiant. He did, however, make a few pages of electronic notes at his initial meetings with World Bank Group officials in Washington, D.C. According to Sgt. Driscoll, those notes were to form the basis of the wiretap affidavits, and they have been disclosed to the respondents.

[105] Sgt. Driscoll testified that in his role as an affiant he did not usually make notes of his work since he was not actively investigating but relying instead on the work of others. When he participated in what he considered to be an "investigative step", such as taking part in the execution of a search warrant at SNC-Lavalin on September 1, 2011, and an interview with one of the respondents, he made handwritten notes. Both events occurred after all of the wiretap authorizations had been issued.

[106] When preparing the affidavits, Sgt. Driscoll primarily relied on documents shared by the INT, and the work product of other officers. He entered the information directly into the draft affidavits, usually citing the source in a footnote. Every INT report that Sgt. Driscoll consulted has been disclosed.

[107] Sgt. Driscoll also spoke to Mr. Haynes on a regular basis and received information from him. While he attributed this information to Mr. Haynes in the affidavits, he kept no independent notes of their conversations. If information was not entered in the affidavits, it was not documented.

[108] Sgt. Driscoll checked the content of the first of his three affidavits with Mr. Haynes, both for accuracy and to prevent the inadvertent identification of the tipsters. He kept an electronic copy of that draft, which has been disclosed to the respondents.

électronique. Le sergent Driscoll avait une longue expérience en la matière.

[104] Le sergent Driscoll n'a pas pris de notes manuscrites sur son travail à titre de déposant, mais il a pris quelques pages de notes électroniques lors de ses premières rencontres avec les représentants du Groupe à Washington. Selon le serg. Driscoll, ces notes devaient servir de base à la rédaction des affidavits, et elles ont été divulguées aux intimés.

[105] Le sergent Driscoll a déclaré que lorsqu'il agit comme déposant, il ne prend généralement pas de notes, car il ne participe pas activement à l'enquête et s'appuie plutôt sur le travail d'autrui. Lorsqu'il a participé à ce qu'il estime être une [TRADUCTION] « étape de l'enquête », comme l'exécution du mandat de perquisition dans les locaux de SNC-Lavalin le 1er septembre 2011 et l'entretien avec l'un des intimés, il a pris des notes manuscrites. Ces deux faits se sont produits après les autorisations d'écoute électronique.

[106] Lorsqu'il a rédigé les affidavits, le serg. Driscoll s'est fondé principalement sur les documents transmis par l'INT et sur le fruit du travail d'autres agents. Il a repris textuellement ces renseignements dans les projets d'affidavits, en citant généralement la source dans une note de bas de page. Chaque rapport de l'INT consulté par le serg. Driscoll a été divulgué.

[107] Le sergent Driscoll s'est aussi entretenu régulièrement avec M. Haynes et a obtenu de sa part des renseignements. Dans les affidavits, il a indiqué que la source de ces renseignements était M. Haynes, mais n'a pas pris de notes séparées de leurs conversations. Si les renseignements n'ont pas été consignés dans les affidavits, ils ne l'ont été nulle part.

[108] Le sergent Driscoll a vérifié le contenu du projet du premier des trois affidavits auprès de M. Haynes, tant pour s'assurer de son exactitude que pour éviter de révéler par inadvertance l'identité des informateurs. Il a conservé une copie électronique de ce projet, qui a été divulgué aux intimés.

[109] Sgt. Driscoll also spoke directly to one of the tipsters on at least two occasions. He made no notes of these conversations, but Staff Sgt. Bédard and other officers sat in on those conversations and made notes. Staff Sgt. Bédard's handwritten notes of the investigation, which run to over 500 pages, have been disclosed to the respondents.

[110] All of Sgt. Driscoll's emails from the period of the investigation were lost when problems occurred during the re-imaging of his office computer in July 2013. Sgt. Driscoll testified that he had no reason to expect that his emails would be lost. Sgt. Erik Martin, the primary investigator in the case, also lost some emails as a result of a computer crash in February 2012.

[111] When the INT learned about the lost emails, it voluntarily provided copies of its entire email correspondence between Mr. Haynes and Sgt. Driscoll to the Canadian authorities. These emails have been disclosed to the respondents. The Crown has also disclosed all emails sent between the INT and the RCMP from March 31, 2011 to April 30, 2014. Furthermore, most of the emails sent from the INT to Sgt. Driscoll were copied to Staff Sgt. Bédard, as well as to Sgt. Driscoll's personal email account, or to other RCMP officers. These emails have been recovered and disclosed.

(2) *O'Connor* and *Stinchcombe*

[112] The respondents seek the INT's records, listed above at para. 23, under the *O'Connor* framework for third party production. The *O'Connor* framework addresses the right of an accused to obtain documents that are in the hands of third parties. In view of the privacy interests at stake, an accused bears the burden of demonstrating that the documents sought are "logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify" (*O'Connor*, at para. 22 (emphasis in original)).

[109] Le sergent Driscoll a aussi parlé directement à l'un des informateurs à au moins deux reprises. Il n'a pas pris de notes lors de ces conversations, mais le sergent-chef Bédard et d'autres agents ont assisté à ces conversations et pris des notes. Les notes manuscrites du sergent-chef Bédard à l'égard de l'enquête, qui font plus de 500 pages, ont été divulguées aux intimés.

[110] Tous les courriels du serg. Driscoll se rapportant à la période visée par l'enquête ont été perdus lorsque le disque dur de son ordinateur de bureau a été réimagé en juillet 2013. Selon lui, il n'avait aucune raison de s'attendre à ce que ses courriels soient perdus. Le sergent Erik Martin, l'enquêteur principal dans l'affaire, a également perdu des courriels à la suite d'une panne d'ordinateur survenue en février 2012.

[111] Lorsque l'INT a été mise au courant de la disparition des courriels, elle a fourni de son plein gré des copies de la correspondance électronique intégrale entre M. Haynes et le serg. Driscoll aux autorités canadiennes. Ces courriels ont été divulgués aux intimés. La Couronne a également divulgué tous les échanges électroniques entre l'INT et la GRC du 31 mars 2011 au 30 avril 2014. En outre, la plupart des courriels adressés par l'INT au serg. Driscoll avaient été envoyés en copie conforme au sergent-chef Bédard et à l'adresse de courriel personnelle du serg. Driscoll ou à d'autres agents de la GRC. Ces courriels ont été récupérés et divulgués.

(2) Arrêts *O'Connor* et *Stinchcombe*

[112] Les intimés demandent la communication des dossiers de l'INT énumérés ci-dessus au par. 23, conformément au cadre établi dans l'arrêt *O'Connor* pour déterminer le droit d'un accusé d'obtenir la communication de dossiers en la possession de tiers. Compte tenu des intérêts en matière de protection de la vie privée en cause, il incombe à l'accusé de démontrer que les documents dont la communication est demandée ont « une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin » (*O'Connor*, par. 22 (souligné dans l'original)).

[113] An *O'Connor* application is a two-step process. At the first step, an accused must demonstrate that the records sought are *likely relevant* to an issue at trial, such as the credibility or reliability of a witness. If an accused meets the likely relevance threshold, the documents will be produced to the trial judge, who must then weigh the "salutary and deleterious effects of a production order and determine whether a non-production order would constitute a reasonable limit on the ability of the accused to make full answer and defence" (*O'Connor*, at para. 30).

[114] This process is distinct from the *Stinchcombe* framework which applies when documents are in the hands of the Crown or the police. Under that framework, the Crown must disclose all documents in its "possession or control" which are relevant to an accused's case (*R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 22; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326). To withhold disclosure, the Crown must demonstrate that the documents sought are "clearly irrelevant, privileged, or [that their] disclosure is otherwise governed by law" (*McNeil*, at para. 18; see also *Stinchcombe*, at p. 336).

[115] *Stinchcombe* places the burden on the Crown to justify non-disclosure. In contrast, *O'Connor* requires the accused to justify production. These two regimes share a fundamental purpose: protecting an accused person's right to make full answer and defence, while at the same time recognizing the need to place limits on disclosure when required.

(3) The Proper Threshold for Third Party Production on a *Garofoli* Application

[116] The respondents seek the INT's records in a *Garofoli* application designed to challenge the wiretap authorizations. A typical *O'Connor* application is designed to deal with production of documents

[113] La demande de type *O'Connor* est une procédure comportant deux étapes. À la première, l'accusé doit démontrer que les dossiers dont la communication est sollicitée sont *probablement pertinents* à l'égard d'une question en litige, comme la crédibilité ou la fiabilité d'un témoin. Si l'accusé satisfait au critère de la pertinence probable, les documents sont communiqués, et le juge d'instance doit alors soupeser « les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une ordonnance de production et déterminer si une ordonnance de non-production constituerait une restriction raisonnable de la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière » (*O'Connor*, par. 30).

[114] Cette procédure est distincte du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Stinchcombe*, qui s'applique lorsque les documents sont entre les mains de la Couronne ou de la police. Selon ce cadre d'analyse, la Couronne doit divulguer tous les documents « en [s]a possession [. . .] ou [. . .] sous son contrôle » qui sont pertinents à l'égard de la poursuite engagée contre l'accusé (*R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 22; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326). Pour refuser la divulgation, la Couronne doit démontrer que les documents demandés « n'ont manifestement aucune pertinence ou sont privilégiés, ou [que] leur communication est autrement régie en droit » (*McNeil*, par. 18; voir aussi *Stinchcombe*, p. 336).

[115] L'arrêt *Stinchcombe* impose à la Couronne le fardeau de justifier la non-divulgation, tandis que l'arrêt *O'Connor* oblige l'accusé à justifier la communication. Ces deux régimes partagent un objectif essentiel : protéger le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, tout en reconnaissant la nécessité de restreindre la communication au besoin.

(3) Critère applicable à la communication de dossiers en la possession de tiers dans le cadre d'une demande de type *Garofoli*

[116] Les intimés demandent la communication des dossiers de l'INT dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* présentée en contestation des autorisations d'écoute électronique. La demande de

that relate to material issues at trial bearing directly on the guilt or innocence of the accused. A *Garofoli* application is more limited in scope, relating as it does to the admissibility of evidence, namely intercepted communications (*Pires*, at paras. 29-30). This is an important distinction — and one which requires clarification. An *O'Connor* application made in the context of a *Garofoli* application must be confined to the narrow issues that a *Garofoli* application is meant to address. Policy considerations in this context dictate a similar narrow approach.

[117] The *Garofoli* framework assesses the reasonableness of a search when wiretaps are used to intercept private communications. A search will be reasonable if the statutory preconditions for a wiretap authorization have been met (*Garofoli*, at p. 1452; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 44-46).

[118] In this case, the authorization was sought under ss. 185 and 186 of the *Criminal Code*. The statutory preconditions are straightforward. Granting an authorization must be in the best interests of the administration of justice (*Criminal Code*, s. 186(1)(a)). This means that there must be reasonable grounds to believe an offence has been committed and that information concerning the offence will be obtained (*Duarte*, at p. 45). Other investigative procedures must also "have been tried and have failed", be "unlikely to succeed", or the matter must be urgent "such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures" (*Criminal Code*, s. 186(1)(b)).

[119] A *Garofoli* application does not determine whether the allegations underlying the wiretap application are ultimately true — a matter to be decided at trial — but rather whether the affiant had "a reasonable belief in the existence of the requisite statutory grounds" (*Pires*, at para. 41). What matters is what the affiant knew or ought to have

type *O'Connor* concerne généralement la communication de documents qui se rapportent à des questions importantes ayant une incidence directe sur la reconnaissance de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. La demande de type *Garofoli* a une portée plus limitée, car elle concerne la recevabilité de la preuve, à savoir les communications interceptées (*Pires*, par. 29-30). Il s'agit d'une distinction importante, qu'il convient de clarifier. La demande de type *O'Connor* présentée dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* doit être circonscrite aux questions limitées que soulève cette dernière. Les considérations de principe dans ce contexte commandent aussi une démarche restrictive.

[117] Le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Garofoli* permet d'apprécier le caractère abusif ou non de la fouille ou perquisition que constitue l'écoute électronique interceptant des communications privées. La fouille ou perquisition n'est pas abusive si les conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation d'écoute électronique ont été respectées (*Garofoli*, p. 1452; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 44-46).

[118] En l'espèce, l'autorisation a été demandée en vertu des art. 185 et 186 du *Code Criminel*. Les conditions légales préalables sont simples : l'octroi de l'autorisation doit servir au mieux l'administration de la justice (*Code criminel*, al. 186(1)a)). Il doit donc exister des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise et que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus (*Duarte*, p. 45). D'autres méthodes d'enquête doivent également avoir « été essayées et [avoir] échoué » ou avoir « peu de chance de succès », ou l'urgence de l'affaire doit être « telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête » (*Code criminel*, al. 186(1)b)).

[119] La demande de type *Garofoli* vise, non pas la question de savoir si les affirmations qui fondent la dénonciation en vue d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique sont vraies — une question qui sera tranchée au procès —, mais celle de savoir si le déposant a « une croyance raisonnable en l'existence des motifs légaux requis » (*Pires*, par. 41). Ce qui

known at the time the affidavit in support of the wiretap authorization was sworn. As this Court stated in *Pires*, albeit in the context of an application to cross-examine the affiant:

> . . . cross-examination that can do no more than show that some of the information relied upon by the affiant is false is not likely to be useful unless it can also support the inference that the affiant knew or ought to have known that it was false. We must not lose sight of the fact that the wiretap authorization is an investigatory tool. [para. 41]

When an accused seeks evidence in support of a *Garofoli* application by way of cross-examination, this narrow test must be kept in mind. As we will explain, the same test applies when production of third party records is sought.

[120] As a general rule, there are two ways to challenge a wiretap authorization: first, that the record before the authorizing judge was insufficient to make out the statutory preconditions; second, that the record did not accurately reflect what the affiant knew or ought to have known, and that if it had, the authorization could not have issued (*R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at paras. 50-54; *Pires*, at para. 41; see also *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, on the exclusion of unconstitutionally obtained information from warrant applications). The challenge here is brought on the second basis, sometimes referred to as a subfacial challenge.

[121] In view of the fact that a subfacial challenge hinges on what the affiant knew or ought to have known at the time the affidavit was sworn, the accuracy of the affidavit is tested against the affiant's reasonable belief at that time. In discussing a subfacial challenge to an information to obtain a search warrant, Smart J. of the British Columbia Supreme Court put the matter succinctly as follows:

importe, c'est ce que le déposant savait ou aurait dû savoir au moment où il a souscrit l'affidavit accompagnant la dénonciation. Comme le dit la Cour dans *Pires*, dans le contexte du droit de contre-interroger le déposant :

> . . . un contre-interrogatoire qui ne fait que démontrer la fausseté de certains des renseignements sur lesquels se fonde le déposant est peu susceptible d'être utile à moins qu'il ne permette également d'étayer l'inférence que le déposant savait ou aurait dû savoir que ces renseignements étaient faux. Il ne faut pas oublier que l'autorisation d'écoute électronique constitue un outil d'enquête. [par. 41]

Il convient d'avoir ce critère étroit à l'esprit lorsqu'il s'agit d'autoriser ou non l'accusé voulant obtenir des éléments de preuve pour étayer sa demande de type *Garofoli* à procéder au contre-interrogatoire. Comme nous allons l'expliquer, le même critère s'applique s'il sollicite la communication de dossiers par des tiers.

[120] En règle générale, il existe deux motifs de contestation d'une autorisation d'écoute électronique : le dossier dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation ne permettait pas d'établir l'existence des conditions légales préalables, ou le dossier ne représentait pas fidèlement ce que le déposant savait ou aurait dû savoir et, s'il avait constitué un reflet fidèle, n'aurait pas justifié l'autorisation (*R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 50-54; *Pires*, par. 41; voir également *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à propos de l'exclusion de renseignements obtenus de manière inconstitutionnelle et consignés dans les dénonciations en vue d'obtenir le mandat). En l'espèce, la contestation repose sur le deuxième motif (parfois appelée contestation au fond).

[121] Étant donné que la contestation au fond porte sur ce que le déposant savait ou aurait dû savoir au moment où il a souscrit l'affidavit, la fidélité de ce dernier est déterminée à la lumière de la croyance raisonnable du déposant au moment pertinent. Le juge Smart de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a résumé ainsi l'analyse relative à une contestation au fond d'une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition :

During this review, if the applicant establishes that the affiant knew or should have known that evidence was false, inaccurate or misleading, that evidence should be excised from the [information to obtain] when determining whether the warrant was lawfully issued. Similarly, if the defence establishes that there was additional evidence the affiant knew or should have known and included in the [information to obtain] in order to make full, fair and frank disclosure, that evidence may be added when determining whether the warrant was lawfully issued.

(*R. v. Sipes*, 2009 BCSC 612, at para. 41 (CanLII))

[122] Smart J.'s comments apply equally to a *Garofoli* application (see *R. v. McKinnon*, 2013 BCSC 2212, at para. 12 (CanLII); see also *Grant*, at p. 251; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at paras. 40-42). They accord with this Court's observation in *Pires* that an error or omission is not relevant on a *Garofoli* application if the affiant could not reasonably have known of it (para. 41). Testing the affidavit against the ultimate truth rather than the affiant's reasonable belief would turn a *Garofoli* hearing into a trial of every allegation in the affidavit, something this Court has long sought to prevent (*Pires*, at para. 30; see also *R. v. Ebanks*, 2009 ONCA 851, 97 O.R. (3d) 721, at para. 21).

[123] When assessing a subfacial challenge, it is important to note that affiants may not ignore signs that other officers may be misleading them or omitting material information. However, if there is no indication that anything is amiss, they do not need to conduct their own investigation (*R. v. Ahmed*, 2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL), at para. 47; see also *Pires*, at para. 41).

[124] With these principles in mind, while we do not foreclose the possibility that the *O'Connor* process may be used to obtain records for purposes of a *Garofoli* application, the relevance threshold applicable to such an application is narrower than that on a typical *O'Connor* application. Specifically, where an accused asserts that third party documents are relevant to a *Garofoli* application, he

[TRADUCTION] Si le requérant démontre que le déposant savait ou aurait dû savoir la preuve fausse, inexacte ou trompeuse, cette preuve doit être retranchée de la [dénonciation] lorsqu'il s'agit de statuer sur la légalité du mandat. De même, si la défense démontre l'existence d'une autre preuve connue du déposant ou que ce dernier aurait dû connaître et inclure dans la [dénonciation] pour assurer une communication entière, impartiale et sincère, cette preuve peut être ajoutée lorsqu'il s'agit de statuer sur la légalité du mandat.

(*R. c. Sipes*, 2009 BCSC 612, par. 41 (CanLII))

[122] Les commentaires du juge Smart peuvent s'appliquer à une demande de type *Garofoli* (voir *R. c. McKinnon*, 2013 BCSC 2212, par. 12 (CanLII); voir aussi *Grant*, p. 251; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 40-42). Ils vont dans le même sens que l'observation de la Cour dans *Pires* selon laquelle une erreur ou une omission n'est pas pertinente dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* si le déposant ne pouvait pas raisonnablement en connaître l'existence (par. 41). S'il fallait évaluer l'affidavit à la lumière de la vérité ultime plutôt que de la croyance raisonnable du déposant, l'audition de la demande de type *Garofoli* servirait à faire le procès de chaque affirmation dans l'affidavit, ce que la Cour veut depuis longtemps éviter (*Pires*, par. 30; voir aussi *R. c. Ebanks*, 2009 ONCA 851, 97 O.R. (3d) 721, par. 21).

[123] Il importe de souligner, pour le tribunal appelé à examiner une contestation au fond, que le déposant ne peut faire abstraction des éléments donnant à penser que d'autres agents peuvent l'induire en erreur ou omettre des renseignements importants. Toutefois, en l'absence de tels signes, il n'a pas à mener sa propre enquête (*R. c. Ahmed*, 2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL), par. 47; voir aussi *Pires*, par. 41).

[124] Ayant ces principes à l'esprit, nous n'écartons pas la possibilité qu'une personne se prévale de la procédure de type *O'Connor* pour obtenir des documents à l'appui d'une demande de type *Garofoli*, mais le critère de pertinence dans ce cas est plus restrictif que celui qui s'applique ordinairement à la première. Plus précisément, l'accusé prétendant que des documents en la possession

or she must show a reasonable likelihood that the records sought will be of probative value to the issues on the application. The fact that the documents may show errors or omissions in the affidavit will not be sufficient to undermine the authorization. They must also support an inference that the affiant knew or ought to have known of the errors or omissions. If the documents sought for production are incapable of supporting such an inference, they will be irrelevant on a *Garofoli* application (*Pires*, at para. 41).

de tiers sont pertinents pour sa demande de type *Garofoli* doit démontrer qu'il est raisonnablement probable que ces documents auront une valeur probante quant aux questions que soulève sa demande. Le fait que les documents soient susceptibles de démontrer des erreurs ou omissions dans l'affidavit ne suffit pas à miner l'autorisation. Ils doivent aussi permettre de démontrer que le déposant connaissait ou aurait dû connaître l'existence des erreurs ou des omissions. Si les documents dont la communication est sollicitée ne peuvent étayer cette inférence, ils ne sont pas pertinents dans le cadre de la demande de type *Garofoli* (*Pires*, par. 41).

[125] This test for third party production is also consistent with another form of discovery on a *Garofoli* application: cross-examination of the affiant — and so it should be. Both forms of discovery serve similar purposes and engage similar policy concerns. They should be treated alike.

[125] Ce critère, qui régit la communication de documents par des tiers, s'applique également — à juste raison — à une autre forme d'enquête préalable menée dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* : le contre-interrogatoire du déposant. Les deux formes visent des objets similaires et soulèvent des préoccupations de principe semblables. Elles doivent être traitées de la même façon.

[126] On a *Garofoli* application, an accused may only cross-examine the affiant with leave of the trial judge. Leave will only be granted if the accused shows "a reasonable likelihood that cross-examination of the affiant will elicit testimony of probative value to the issue for consideration by the reviewing judge" (*Pires*, at para. 3; see also *Garofoli*, at p. 1465). Simply put, the accused must show that the cross-examination is reasonably likely to be *useful* on the application.

[126] L'accusé qui présente une demande de type *Garofoli* ne peut contre-interroger le déposant qu'avec l'autorisation du juge du procès, qui l'accorde si l'accusé démontre « qu'il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du déposant apporte un témoignage probant à l'égard de la question soumise à l'appréciation du juge siégeant en révision » (*Pires*, par. 3; voir aussi *Garofoli*, p. 1465). Bref, l'accusé doit démontrer que le contre-interrogatoire est raisonnablement susceptible de se révéler *utile* lorsqu'il s'agit de trancher sa demande.

[127] In *Pires*, this Court upheld the constitutionality of the requirement that leave be sought to cross-examine the affiant, as well as the applicable threshold. The Court did so for three reasons. First, only a limited range of questioning will be relevant to the test on a *Garofoli* application (*Pires*, at paras. 40-41). The threshold primarily ensures that the cross-examination will be relevant (paras. 3 and 31). Second, cross-examination creates a risk of inadvertently identifying confidential informants (para. 36). Third, cross-examination can create waste and unnecessary delays. The threshold is "nothing

[127] Dans l'arrêt *Pires*, la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'exigence subordonnant le contre-interrogatoire du déposant à l'autorisation judiciaire ainsi que du critère applicable, et ce, pour trois raisons. Premièrement, le critère applicable à une demande de type *Garofoli* circonscrit le type de questions sur lesquelles peut porter le contre-interrogatoire (*Pires*, par. 40-41). Le critère sert principalement à assurer la pertinence du contre-interrogatoire (par. 3 et 31). Deuxièmement, le contre-interrogatoire comporte le risque que l'identité confidentielle des informateurs soit

more than a means of ensuring that . . . the proceedings remain focussed and on track" (para. 31).

[128] The three justifications that warrant limiting cross-examination of the affiant apply with equal force to third party production applications. First, the issues on a *Garofoli* application remain narrow. The relevance of the information sought will be judged in relation to these narrow issues. A finding that some information in Sgt. Driscoll's affidavits is false will only be relevant if it tends to support the inference that he knew or ought to have known that it was false.

[129] Second, production of documents the affiant did not consult risks identifying confidential informants. Although it is easier to vet documents than to vet an affiant's testimony, this Court has recognized that it is "virtually impossible for the court to know what details may reveal the identity of an anonymous informer" (*R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 28). Lower courts have also recognized that it is difficult and time-consuming for the police to adequately vet original informer notes, which in complex cases can involve many officers and hundreds of reports (*Ahmed*, at para. 46; *R. v. Croft*, 2013 ABQB 705, 576 A.R. 333, at para. 32).

[130] Finally, broad third party production requests can derail pre-trial proceedings. The production order in this case could involve hundreds or even thousands of pages. Sweeping disclosure requests are a common cause of delays (P. J. LeSage and M. Code, *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures* (2008), at pp. 45-55). The same can be said of third party requests. The process of obtaining, reviewing and vetting documents in wiretap cases may require significant resources on the part of police (see, on this point, R. W. Hubbard, P. M. Brauti and S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure* (loose-leaf), vol. 2, at pp. 8-12 to 8-12.7). In the case of an *O'Connor*

révélée par inadvertance (par. 36). Troisièmement, le contre-interrogatoire peut entraîner du gaspillage et des retards inutiles. Le critère « n'est rien de plus qu'un moyen de s'assurer que [. . .] l'instance demeure sur la bonne voie » (par. 31).

[128] Ces trois raisons s'appliquent avec autant de force à la demande de communication par des tiers. Premièrement, les questions que soulève une demande de type *Garofoli* sont limitées. La pertinence des renseignements demandés s'apprécie en fonction de ces questions limitées. Une conclusion quant à la fausseté d'un renseignement dans les affidavits du serg. Driscoll n'est pertinente que dans la mesure où elle étaye l'inférence qu'il le savait ou aurait dû le savoir faux.

[129] Deuxièmement, la communication de documents auxquels le déposant n'a pas eu accès risque de révéler l'identité confidentielle d'informateurs. Bien qu'il est plus facile de censurer des documents que le témoignage d'un déposant, la Cour a reconnu qu'il est « quasi impossible pour le tribunal de savoir quel détail peut permettre de révéler l'identité d'un indicateur anonyme » (*R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 28). Les tribunaux d'instance inférieure ont également reconnu qu'il est long et difficile pour la police de censurer adéquatement les notes originales des informateurs, ce qui, dans une affaire complexe, est susceptible de représenter des centaines de rapports et d'occuper plusieurs agents (*Ahmed*, par. 46; *R. c. Croft*, 2013 ABQB 705, 576 A.R. 333, par. 32).

[130] Enfin, les demandes en vue d'obtenir la communication de volumineux dossiers par des tiers risquent de perturber les étapes préalables au procès. En l'espèce, l'ordonnance de communication pourrait viser des centaines, voire des milliers, de pages. Les demandes de divulgation massive sont une cause fréquente de retards (P. J. LeSage et M. Code, *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes* (2008), p. 54-66). Il en va de même des demandes de communication de dossiers par des tiers. La procédure qui consiste à obtenir, réviser et censurer les documents dans les affaires d'écoute électronique peut requérir d'importantes ressources policières (voir, à ce sujet, R. W. Hubbard, P. M. Brauti et

request, the same would apply to third parties. A narrow relevance threshold is therefore needed to prevent "speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming" production requests (*R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 32, quoted by Lamer C.J. and Sopinka J., who were in the majority on this issue, in *O'Connor*, at para. 24).

[131] Lower courts have acknowledged these concerns, both as regards documents in the hands of the police and documents in the hands of third parties (*Ahmed*; *R. v. Ali*, 2013 ONSC 2629; *R. v. Alizadeh*, 2013 ONSC 5417; *Croft*; *R. v. Way*, 2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258). We need not address the boundaries of *Stinchcombe* disclosure in the *Garofoli* context, as that issue is not before us. However, it is clear that lower courts consider disclosure and production of documents to be analogous to cross-examination. They have therefore applied the same relevance threshold. Where courts have departed from this proposition, they have done so in cases where the documents being sought were found to come within *Stinchcombe* disclosure requirements (see *R. v. Bernath*, 2015 BCSC 632, at paras. 78-80 (CanLII); *R. v. Edwardsen*, 2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191, at paras. 73-74; *R. v. Lemke*, 2015 ABQB 444). It is axiomatic that if in fact the documents in question are in the hands of the authorities and are determined to be subject to *Stinchcombe* disclosure, they must be produced.

[132] We agree that these two discovery tools — cross-examination of affiants and third party production orders — should be subject to the same relevance threshold. Therefore, to obtain third party production in the *Garofoli* context, an accused must show a reasonable likelihood that the records sought will be of probative value to the issues on the application. As with cross-examination of an affiant,

S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 8-12 à 8-12.7). Ce serait la même chose pour les tiers dans le cas d'une demande de type *O'Connor*. Un critère de pertinence étroit est donc nécessaire pour faire obstacle aux demandes de communication « qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires » (*R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 32, cité par le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, majoritaires sur ce point, dans *O'Connor*, par. 24).

[131] Les tribunaux inférieurs ont reconnu ces préoccupations, que les documents soient entre les mains de la police ou de tiers (*Ahmed*; *R. c. Ali*, 2013 ONSC 2629; *R. c. Alizadeh*, 2013 ONSC 5417; *Croft*; *R. c. Way*, 2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258). Nous n'avons pas à examiner la portée du régime de divulgation de la preuve établi dans l'arrêt *Stinchcombe* dans le contexte d'une demande de type *Garofoli*, car nous ne sommes pas saisis de cette question. Toutefois, il est clair que les tribunaux inférieurs assimilent au contre-interrogatoire la divulgation de la preuve par la Couronne et la communication d'autres documents. Ils ont donc appliqué le même critère de pertinence. Lorsqu'ils y ont dérogé, c'était parce que les documents demandés appartenaient au genre de renseignements qui doivent être divulgués suivant l'arrêt *Stinchcombe* (voir *R. c. Bernath*, 2015 BCSC 632, par. 78-80 (CanLII); *R. c. Edwardsen*, 2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191, par. 73-74; *R. c. Lemke*, 2015 ABQB 444). Il va sans dire que si les documents en question sont en la possession des autorités et que les règles de divulgation établies dans l'arrêt *Stinchcombe* s'y appliquent, ils doivent faire l'objet de la divulgation.

[132] Nous convenons que ces deux outils d'enquête préalable — le contre-interrogatoire du déposant et l'ordonnance de communication de dossiers par des tiers — doivent être assujettis au même critère de pertinence. Par conséquent, pour obtenir la communication de dossiers par des tiers dans une demande de type *Garofoli*, l'accusé doit démontrer qu'il existe une probabilité raisonnable

it must be reasonably likely that the records will be *useful*.

[133] The "reasonable likelihood" threshold is appropriate to the *Garofoli* context and fair to the accused. It does not require an accused to first prove the evidence which is being sought. By the same token, it prevents fishing expeditions and ensures efficient use of judicial resources. In short, it focuses on the issues relevant to a *Garofoli* application, which are narrower than those relevant to the case as a whole.

[134] As in the case of applications to cross-examine the affiant, the accused will already have access to the documents that were before the authorizing judge, including the affidavit in support of the authorization (*Criminal Code*, s. 187(1.4); *Pires*, at paras. 25-26). These documents are clearly relevant and the accused is presumptively entitled to them (*Criminal Code*, s. 187(1.4); *Pires*, at paras. 25-26; *Ahmed*, at para. 30). The accused also has a right to access the rest of the investigative file under *Stinchcombe* disclosure, subject of course to the exceptions identified in *Stinchcombe* and *McNeil*. This disclosure should be sufficient to enable the accused to show a basis for third party production requests, if such a basis exists. While an accused has a right to production of relevant documents, there is no right to embark on a fishing expedition. The right does not extend to every document relating to the case, regardless of who holds it or where it is. This is especially so when production is sought in aid of a *Garofoli* application.

[135] Having addressed the relevant legal test, we turn now to its application in this case.

que les dossiers demandés auront une valeur probante quant aux questions que soulève la demande. Comme c'est le cas pour le contre-interrogatoire d'un déposant, il doit être raisonnablement probable que les dossiers se révèlent *utiles*.

[133] Le critère de la « probabilité raisonnable » convient à une demande de type *Garofoli*. Il est équitable pour l'accusé, qui n'a pas à prouver au préalable la preuve sollicitée. Du même coup, il empêche les recherches à l'aveuglette et assure une utilisation efficace des ressources judiciaires. Bref, il circonscrit l'analyse aux questions pertinentes à l'égard d'une demande de type *Garofoli*, qui sont plus limitées que celles qui intéressent l'affaire dans son ensemble.

[134] Comme lorsqu'il demande la permission de contre-interroger le déposant, l'accusé a déjà accès aux documents dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation, y compris l'affidavit présenté en vue d'obtenir l'autorisation (*Code criminel*, par. 187(1.4); *Pires*, par. 25-26). Ces documents sont manifestement pertinents, et l'accusé est présumé y avoir droit (*Code criminel*, par. 187(1.4); *Pires*, par. 25-26; *Ahmed*, par. 30). L'accusé a également le droit de consulter le reste du dossier d'enquête selon les normes de divulgation établies dans l'arrêt *Stinchcombe*, sous réserve, évidemment, des exceptions énoncées dans ce dernier et dans l'arrêt *McNeil*. Cette divulgation devrait suffire à établir le bien-fondé de sa demande de communication de dossiers par des tiers, si elle est effectivement fondée. Certes, l'accusé a droit à la communication des documents pertinents, or rien ne lui permet de se lancer dans une recherche à l'aveuglette. Ce droit ne s'étend pas à tous les documents se rapportant à l'affaire, peu importe qui les a en sa possession et où ils se trouvent, tout particulièrement si leur communication est demandée à l'appui d'une demande de type *Garofoli*.

[135] Ayant traité du critère juridique applicable, nous analysons maintenant son application en l'espèce.

(4) Application

[136] The respondents argue that the documents they seek are likely relevant to their *Garofoli* application and therefore should be produced. In the alternative, they argue that the documents in the World Bank Group's possession should be presumed relevant because certain documents which would have been disclosed under *Stinchcombe* were lost or not created.

[137] Respectfully, the trial judge erred in assessing both arguments. Although he correctly placed the burden on the respondents, he did not properly assess the relevance of the documents being sought. In particular, he blurred the distinction in a *Garofoli* application between the affiant's knowledge and the knowledge of others involved in the investigation.

[138] In this case, that distinction is crucial. While the documents sought may be relevant to the ultimate truth of the allegations in the affidavits (a matter upon which we make no comment), they are not reasonably likely to be of probative value to what Sgt. Driscoll knew or ought to have known since he did not consult them. Even if the documents were to reveal material omissions or errors in the affidavits, this would not undermine the preconditions for issuing the authorization unless there was something in the documents which showed that Sgt. Driscoll knew or ought reasonably to have known of them.

[139] To show that Sgt. Driscoll knew or ought reasonably to have known about the information contained in these documents, the respondents must show that it was unreasonable for him to rely on the information he received from the INT and other officers. The respondents have not done so. The World Bank Group was forthcoming and cooperative with the RCMP. The INT shared what it knew about the tipsters, including concerns regarding

(4) Application

[136] Les intimés soutiennent que les documents dont ils demandent la communication seront probablement pertinents à l'égard de leur demande de type *Garofoli* et devraient, par conséquent, être communiqués. Subsidiairement, ils nous exhortent à considérer comme pertinents d'office les documents qui sont en la possession du Groupe, car certains renseignements dont la divulgation aurait été exigée en application de l'arrêt *Stinchcombe* ont été perdus ou n'ont jamais été consignés par écrit.

[137] Soit dit en tout respect, le juge d'instance a commis une erreur dans son appréciation des deux arguments. Bien qu'il ait à juste titre imposé le fardeau de la preuve aux intimés, il n'a pas apprécié correctement la pertinence des documents exigés. Tout particulièrement, il a confondu, dans le cadre d'une demande de type *Garofoli*, la connaissance du déposant et celle des enquêteurs.

[138] En l'espèce, cette distinction est cruciale. Si les documents demandés sont susceptibles de permettre d'établir la véracité des affirmations contenues dans les affidavits (une question sur laquelle nous ne nous prononçons pas), il n'est pas raisonnablement probable qu'ils aient une valeur probante lorsqu'il s'agit de déterminer ce que le serg. Driscoll savait ou aurait dû savoir puisqu'il ne les a pas consultés. Même si les documents devaient révéler des omissions ou erreurs importantes dans les affidavits, cette situation n'annulerait pas les conditions préalables à la délivrance de l'autorisation, à moins que les documents ne démontrent que le serg. Driscoll était au courant de l'existence des erreurs ou omissions ou aurait raisonnablement dû l'être.

[139] Pour démontrer que le serg. Driscoll connaissait ou aurait raisonnablement dû connaître l'existence des renseignements consignés dans les documents, les intimés doivent démontrer qu'il était déraisonnable de sa part de se fier aux renseignements qu'il avait reçus de l'INT et d'autres agents. Les intimés ne l'ont pas fait. Le Groupe a fait preuve de franchise et de coopération envers la GRC. L'INT a transmis ce qu'elle savait au sujet des informateurs, y

their credibility and their reasons for seeking anonymity, if known.

[140] Furthermore, Mr. Haynes is a professional investigator with a reputable international organization. Like the RCMP, the INT was attempting to uncover the truth behind the tipsters' allegations. Under these circumstances, Sgt. Driscoll did not need to double-check his information with the original communications between the tipsters and the INT — though, in fact, he did consult many of these communications. He also provided his draft affidavit to Mr. Haynes to check for accuracy, completeness and protection of source identity. Mr. Haynes did so and Sgt. Driscoll had no reason to doubt his integrity.

[141] Mr. Haynes's position in this case is analogous to that of an informer handler: someone who acts as an intermediary between an affiant or investigator and an informant. Lower courts have repeatedly rejected the proposition that affiants must have directly consulted informers or informer handler notes, or otherwise investigated the information communicated to them by other officers (see e.g. *Croft*; *Ahmed*; *Ali*). While affiants must not allow themselves, either knowingly or through wilful blindness, to be misled by informer handlers and other officers, there is no evidence of any discrepancies or errors that should have put Sgt. Driscoll "on notice" to investigate further.

[142] Only one set of documents among those sought would tend to show what Sgt. Driscoll knew: Mr. Haynes's notes of any conversations he had with Sgt. Driscoll. But the record is silent on whether Mr. Haynes made any such notes. Regardless, the fact remains that the respondents have received voluminous disclosure, including all documents in the Crown's possession covered by *Stinchcombe*. It is not unfair to ask them to demonstrate the relevance of their requests on the basis of the information they already have. This disclosure includes:

compris ses préoccupations quant à leur crédibilité et les raisons pour lesquelles ils demandaient à conserver l'anonymat, si elles étaient connues.

[140] En outre, M. Haynes est un enquêteur professionnel au sein d'une organisation internationale réputée. Comme la GRC, l'INT s'efforçait de découvrir la part de vérité dans les affirmations des informateurs. Dans ces circonstances, le serg. Driscoll n'avait pas à comparer ses renseignements aux échanges originaux entre les informateurs et l'INT — quoiqu'il en ait, dans les faits, consulté plusieurs. Il a également fourni son projet d'affidavit à M. Haynes, qui a vérifié s'il était exact et complet et si l'identité des sources était protégée, et le serg. Driscoll n'avait aucune raison de douter de son intégrité.

[141] La position de M. Haynes en l'espèce s'apparente à celle d'un agent traitant, l'intermédiaire entre le déposant ou l'enquêteur et l'informateur. Les tribunaux d'instance inférieure ont maintes fois refusé de reconnaître l'obligation pour le déposant de consulter directement les informateurs ou les notes de l'agent traitant ou de vérifier les renseignements qui lui ont été communiqués par d'autres agents (voir p. ex. *Croft*; *Ahmed*; *Ali*). Certes, le déposant ne doit pas, sciemment ou par aveuglement volontaire, se laisser induire en erreur par l'agent traitant ou un autre agent. Or, il ne semble y avoir aucune divergence ou erreur susceptible d'avoir « mis la puce à l'oreille » du serg. Driscoll et incité ce dernier à pousser l'enquête.

[142] Un seul ensemble de documents parmi ceux qui sont sollicités serait à même de démontrer ce que le serg. Driscoll savait : les notes de M. Haynes sur les conversations qu'il a eues avec lui. Or, le dossier ne dit pas si M. Haynes a pris de telles notes. Il n'en demeure pas moins que les intimés se sont vu divulguer une documentation volumineuse, dont tous les documents en la possession de la Couronne dont la divulgation est exigée en application de l'arrêt *Stinchcombe*. Il n'est pas inéquitable d'exiger qu'ils démontrent la pertinence de leurs demandes à partir des renseignements qu'ils possèdent déjà, à savoir :

- The redacted wiretap and search warrant affidavits;
- A draft of the affidavit used for the first wiretap application;
- All materials that were before the authorizing judges;
- The notes made by all of the main RCMP investigators, including those of the lead investigator, Staff Sgt. Bédard;
- Forty liaison reports sent between the INT and the RCMP from March 31, 2011 to January 27, 2012, including 33 that contained source information;
- Transcripts and the original audio of all relevant intercepted communications;
- More than one million items seized in the execution of search warrants at SNC-Lavalin offices, including 2,332 potentially relevant documents.

[143] Of particular importance, the respondents have the affidavits presented to the authorizing judges (redacted to protect the tipsters' identities), as well as every report and document referred to therein that the RCMP have in their possession. They have the handwritten notes of Staff Sgt. Bédard, which include conversations he sat in on between Sgt. Driscoll and the second tipster. The respondents have also cross-examined Sgt. Driscoll on some issues relevant to the *Garofoli* application, albeit in the context of a prior disclosure motion. It is speculative that an examination of the records sought would reveal an omission or error which Sgt. Driscoll knew or ought to have known about but which escaped the already extensive disclosure.

- les copies caviardées des affidavits à l'appui des dénonciations en vue d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique et les mandats de perquisition;
- l'ébauche de l'affidavit à l'appui de la première dénonciation en vue d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique;
- tous les documents dont disposaient les juges qui ont accordé les autorisations;
- les notes prises par tous les enquêteurs principaux de la GRC, dont celles de l'enquêteur principal, le sergent-chef Bédard;
- quarante rapports de liaison échangés par l'INT et la GRC entre le 31 mars 2011 et le 27 janvier 2012, dont 33 qui contenaient des renseignements sur les sources;
- les transcriptions et les bandes sonores originales de toutes les communications interceptées pertinentes;
- plus d'un million d'articles saisis au cours des perquisitions dans les bureaux de SNC-Lavalin, dont 2 332 documents susceptibles d'être pertinents.

[143] Fait particulièrement important, les intimés disposent des affidavits présentés aux juges qui ont accordé les autorisations (caviardés pour protéger l'identité des informateurs), ainsi que tous les rapports et documents y mentionnés que la GRC a en sa possession. Ils disposent des notes manuscrites du sergent-chef Bédard, y compris celles prises au sujet des conversations entre le serg. Driscoll et le deuxième informateur auxquelles il a assisté. Les intimés ont également contre-interrogé le serg. Driscoll relativement à certaines questions pertinentes à l'égard de la demande de type *Garofoli*, quoique dans le contexte d'une requête antérieure relative à la divulgation. La prétention selon laquelle un examen des dossiers demandés révélerait une erreur ou omission dont le serg. Driscoll connaissait ou aurait dû connaître l'existence, mais qui aurait échappé à une divulgation déjà volumineuse, relève de la spéculation.

[144] We also reject the respondents' second argument. The respondents claim that *Stinchcombe* disclosure is incomplete because Sgt. Driscoll's emails were lost, and because Sgt. Driscoll took no notes of his work preparing the affidavits. They submit that while third party documents would not ordinarily be presumed relevant, the World Bank Group's documents benefit from such a presumption because these first party documents were lost or not created.

[145] Accepting this argument would require a significant change to the *O'Connor* framework. We do not believe such a change is necessary. When information covered by *Stinchcombe* disclosure is missing, destroyed or otherwise unavailable, the loss must be addressed through the remedial framework set forth in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680. This is the appropriate framework for addressing the lost emails and missing notes, and it may well be the appropriate framework for addressing any prejudice resulting from the World Bank Group's assertion of its immunities.

[146] The respondents did not argue these issues on this appeal, and they are best left to the trial judge. We do, however, note that the trial judge has already ordered disclosure of the draft affidavit as a remedy for the lost emails and missing notes. We further note that most of Sgt. Driscoll's emails have been recovered. Most were copied to other RCMP officers, and the INT has voluntarily provided all emails sent from Mr. Haynes to Sgt. Driscoll. These factors will no doubt play a role in determining whether the alleged deficiencies in *Stinchcombe* disclosure have occasioned any actual prejudice to the respondents.

[147] The respondents have failed to show the relevance of the documents sought to their planned *Garofoli* application. The relevance of the World

[144] Nous rejetons également le deuxième argument des intimés, qui affirment que la divulgation de la preuve qu'exige l'arrêt *Stinchcombe* est incomplète en l'espèce en raison de la disparition des courriels du serg. Driscoll et de l'absence de notes de ce dernier lors de la préparation des affidavits. Ils soutiennent que si la pertinence des documents en la possession de tiers n'est normalement pas présumée, une telle présomption s'applique à ceux du Groupe, car les renseignements en la possession de la partie principale ont disparu ou n'ont jamais été consignés.

[145] Retenir cet argument signifierait un changement important du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *O'Connor*. Nous n'en voyons pas la nécessité. Lorsque des renseignements dont la divulgation est exigée en application de l'arrêt *Stinchcombe* ont disparu, ont été détruits ou ne peuvent être obtenus, il doit être remédié à ce manque selon le cadre établi dans l'arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680. C'est le bon moyen de régler le problème des courriels disparus et des notes manquantes, et il se pourrait très bien que ce soit le bon moyen de redresser le préjudice, s'il en est, découlant des immunités invoquées par le Groupe.

[146] Les intimés n'ont pas soulevé ces questions devant nous, et il convient d'en laisser l'appréciation au juge du procès. Nous signalons que ce dernier a déjà ordonné la divulgation du projet d'affidavit pour remédier aux courriels disparus et à l'absence de notes. Nous faisons également remarquer que la plupart des courriels du serg. Driscoll ont été récupérés. La plupart des messages avaient été envoyés en copie conforme à d'autres agents de la GRC, et l'INT a de son plein gré fourni tous les courriels que M. Haynes avait envoyés au serg. Driscoll. Ces faits entreront sans doute en ligne de compte lorsqu'il s'agira de décider si les présumées lacunes dans la divulgation de la preuve que prévoit l'arrêt *Stinchcombe* ont causé un préjudice véritable aux intimés.

[147] Les intimés n'ont pas réussi à démontrer la pertinence des documents exigés à l'égard de la demande de type *Garofoli* qu'ils entendent présenter.

Bank Group's documents to other issues in this case is a matter for the trial judge.

V. Conclusion

[148] The World Bank Group's immunities cover the records sought and its personnel, and they have not been waived. Moreover, the INT's records were not disclosable under Canadian law. In the result, we would dismiss the respondents' motion to strike, allow the appeal and set aside the production order.

[149] In the circumstances, given the issues raised, we would make no order as to costs. In doing so, we wish to make it clear that we do not accept Mr. Bhuiyan's submission as to the World Bank Group's conduct in this case.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the respondent Kevin Wallace: Fenton, Smith, Toronto.

Solicitors for the respondent Zulfiquar Bhuiyan: Addario Law Group, Toronto.

Solicitor for the respondent Ramesh Shah: David B. Cousins, Toronto.

Solicitors for the respondent Mohammad Ismail: Wells Criminal Law, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

Solicitors for the interveners Transparency International Canada Inc. and Transparency International e.V.: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

La détermination de la pertinence des documents du Groupe à l'égard des autres questions dans le cadre de l'instance appartient au juge du procès.

V. Conclusion

[148] Les immunités du Groupe s'appliquent aux dossiers dont la communication est requise et à son personnel et il n'y a pas eu renonciation. En outre, les règles du droit canadien ne prévoient pas la communication des dossiers de l'INT. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter la requête en radiation présentée par les intimés, d'accueillir l'appel et d'annuler l'ordonnance de communication.

[149] Dans les circonstances et vu les questions soulevées, nous n'adjugeons pas de dépens. Nous tenons par cette décision à indiquer clairement que nous rejetons l'argument de M. Bhuiyan à propos des actes du Groupe dans la présente affaire.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l'intimé Kevin Wallace : Fenton, Smith, Toronto.

Procureurs de l'intimé Zulfiquar Bhuiyan : Addario Law Group, Toronto.

Procureur de l'intimé Ramesh Shah : David B. Cousins, Toronto.

Procureurs de l'intimé Mohammad Ismail : Wells Criminal Law, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs des intervenantes Transparency International Canada Inc. et Transparency International e.V. : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the interveners the European Bank for Reconstruction and Development, the Organisation for Economic Co-operation and Development, the African Development Bank Group, the Asian Development Bank, the Inter-American Development Bank and the Nordic Investment Bank: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Stockwoods, Toronto.

Procureurs des intervenants la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, l'Organisation de coopération et de développement économiques, le Groupe de la Banque africaine de développement, Asian Development Bank, la Banque interaméricaine de développement et Nordic Investment Bank : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

John Thomas Shaoulle *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Indexed as: R. *v.* Shaoulle

2016 SCC 16

File No.: 36704.

2016: April 29.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Verdict of trial judge reasonable — Accused's conviction for first degree murder upheld.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Jackson, Klebuc and Ottenbreit JJ.A.), 2015 SKCA 101, 467 Sask. R. 86, 651 W.A.C. 86, [2016] 2 W.W.R. 246, [2015] S.J. No. 492 (QL), 2015 CarswellSask 572 (WL Can.), upholding the accused's conviction for first degree murder entered by Allbright J., 2013 CarswellSask 978 (WL Can.). Appeal dismissed.

Brian Pfefferle and *Amy L. Kolenick*, for the appellant.

W. Dean Sinclair, *Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] The Chief Justice — The appeal is dismissed for the reasons of the majority of the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pfefferle Law Office, Saskatoon.

John Thomas Shaoulle *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

Répertorié : R. *c.* Shaoulle

2016 CSC 16

N° du greffe : 36704.

2016 : 29 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Verdict raisonnable rendu par le juge du procès — Confirmation de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Jackson, Klebuc et Ottenbreit), 2015 SKCA 101, 467 Sask. R. 86, 651 W.A.C. 86, [2016] 2 W.W.R. 246, [2015] S.J. No. 492 (QL), 2015 CarswellSask 572 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé par le juge Allbright, 2013 CarswellSask 978 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Brian Pfefferle et *Amy L. Kolenick*, pour l'appelant.

W. Dean Sinclair, *c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] La Juge en chef — L'appel est rejeté, pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Pfefferle Law Office, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Pierre-Olivier Laliberté *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LALIBERTÉ

2016 SCC 17

File No.: 36712.

2016: April 29.

Present: McLachlin C.J. and Cromwell, Wagner, Gascon and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to jury — Defences — Alibi — Fabrication of alibi — Application of curative proviso — Trial judge's instruction to jury with respect to fabrication of alibi was erroneous, but evidence is so overwhelming that trier of fact would inevitably have entered conviction against accused — Convictions for first degree murder and attempted murder upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Cases Cited

Referred to: *R. v. O'Connor* (2002), 62 O.R. (3d) 263; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Hilton and Bélanger JJ.A.), 2015 QCCA 1633, [2015] AZ-51220898, [2015] J.Q. nº 9961 (QL), 2015 CarswellQue 9461 (WL Can.), upholding the accused's convictions for first degree murder and attempted murder entered by Grenier J. Appeal dismissed.

Ariane Gagnon-Rocque and *Carl Thibault*, for the appellant.

Pierre-Olivier Laliberté *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* LALIBERTÉ

2016 CSC 17

Nº du greffe : 36712.

2016 : 29 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Wagner, Gascon et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Exposé au jury — Moyens de défense — Alibi — Fabrication d'un alibi — Application de la disposition réparatrice — Directive du juge du procès au jury sur la fabrication d'un alibi erronée mais preuve à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité de l'accusé — Déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et tentative de meurtre confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. O'Connor* (2002), 62 O.R. (3d) 263; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Hilton et Bélanger), 2015 QCCA 1633, [2015] AZ-51220898, [2015] J.Q. nº 9961 (QL), 2015 CarswellQue 9461 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et tentative de meurtre prononcées contre l'accusé par le juge Grenier. Pourvoi rejeté.

Ariane Gagnon-Rocque et *Carl Thibault*, pour l'appelant.

Régis Boisvert and *Justin Tremblay*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] WAGNER J. — This appeal as of right is based on the dissent of Hilton J.A. in the Quebec Court of Appeal. In Hilton J.A.'s view, the trial judge erred in not admitting in evidence out-of-court statements made by one of the victims and in giving the jury an instruction, the content of which was also erroneous, with respect to the fabrication of an alibi even though sufficient evidence had not been adduced to link the appellant to the fabrication of an alibi. The dissenting judge found that the trial judge's instruction was so inappropriate and so seriously in error that the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, was inapplicable.

[2] The majority agreed with Hilton J.A.'s conclusion regarding the out-of-court statements of one of the victims and also agreed that the content of the instruction with respect to the fabrication of an alibi was erroneous. However, they found that deference was owed to the trial judge's decision to give an instruction in that regard. Concluding that the case against the accused was overwhelming, they applied the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

[3] We agree with the majority and with the dissenting judge that the instruction the trial judge gave with respect to the fabrication of an alibi was erroneous. A trial judge must specify in such an instruction that the fabrication of an alibi supports an inference of *consciousness* of guilt, but no more than that. The instruction in this case did not satisfy this requirement.

[4] Moreover, there must be other evidence independent of the finding that the alibi is false on the basis of which a reasonable jury could conclude that the alibi was deliberately fabricated and that the accused was involved in that attempt to mislead the jury: *R. v. O'Connor* (2002), 62 O.R. (3d) 263 (C.A.); *R. v.*

Régis Boisvert et *Justin Tremblay*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE WAGNER — Cet appel de plein droit s'appuie sur la dissidence du juge Hilton de la Cour d'appel du Québec. Selon ce dernier, le juge du procès a erré en ne permettant pas la production au dossier des déclarations extrajudiciaires de l'une des victimes et en donnant au jury une directive de fabrication d'un alibi, dont le contenu était également erroné, en l'absence des éléments de preuve suffisants pour relier l'appelant à la fabrication d'un alibi. Selon le juge dissident, le caractère inapproprié et erroné de la directive du juge de première instance était si grave que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, était inapplicable.

[2] Les juges majoritaires partagent son avis sur le sort réservé aux déclarations extrajudiciaires de l'une des victimes et sur le contenu erroné de la directive portant sur la fabrication d'un alibi. Cependant, ils sont d'avis qu'il fallait respecter la décision du juge du procès de donner une directive sur le sujet. D'avis que la preuve à charge était accablante, ils ont appliqué la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

[3] Nous sommes d'accord avec les juges majoritaires et le juge dissident que la directive sur la fabrication d'un alibi donnée par le juge de première instance était erronée. Le juge du procès doit préciser dans sa directive que la fabrication d'un alibi permet d'inférer une *conscience* de culpabilité, sans plus. La directive en l'espèce ne satisfaisait pas à cette exigence.

[4] De plus, il doit y avoir d'autres éléments de preuve indépendants de la conclusion que l'alibi est faux qui permettent à un jury raisonnable de conclure que l'alibi a été fabriqué délibérément et que l'accusé a participé à cette tentative d'induire le jury en erreur : *R. c. O'Connor* (2002), 62 O.R. (3d) 263

Hibbert, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (B.C.C.A.) (per Ryan J.A.).

[5] However, we are of the opinion that, despite the trial judge's errors, the evidence in the case at bar is so overwhelming that the trier of fact would inevitably have entered a conviction against the accused: *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

[6] For these reasons, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Thibault, Roy, Avocats, Québec.

Solicitors for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

(C.A.); *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (C.A. C.-B.) (la juge Ryan).

[5] Cependant, nous sommes d'avis qu'en dépit des erreurs du juge du procès, la preuve en l'espèce est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité de l'accusé : *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

[6] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Thibault, Roy, Avocats, Québec.

Procureurs de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca